

Ana Raquel Gonçalves Moniz

A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez

Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas

Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

Janeiro 2011

Ana Raquel Gonçalves Moniz

**A Recusa de Aplicação de Regulamentos
pela Administração com Fundamento em Invalidez**

(Contributo para a Teoria dos Regulamentos)

Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-
Políticas, elaborada sob a orientação do Senhor Professor
Doutor José Carlos Vieira de Andrade, na Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

Janeiro 2011

Um Amigo

Esta noite deitei-me triste.
Abri um livro, passei uma folha, outra folha.
Quando cheguei ao fim tinha o coração cheio de folhas e de flores...

Matilde Rosa Araújo, *O Cantar da Tila*

Índice

Introdução	5
------------------	---

Parte I

O sentido actual do exercício do poder regulamentar

1. A Administração, o direito e o interesse público: notas sobre o regulamento no contexto da actual compreensão do Direito Administrativo e da acção administrativa	16
2. O recentramento do princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar e o fenómeno da deslegalização	32
2.1. O princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar: generalidades	33
2.2. O princípio da precedência de lei	41
2.3. O princípio da reserva de lei	51
2.4. O princípio da preeminência da lei	53
2.5. O fenómeno da deslegalização	57
3. As finalidades prosseguidas na atribuição do poder regulamentar: as funções do regulamento	79
3.1. Função de execução da lei	81
3.2. A autonomização de uma função de interpretação?	88
3.3. Função de dinamização legislativa	93
3.4. Função de dinamização da ordem jurídica	95
3.4.1. Fundamentação e caracterização	97
3.4.2. Limites; em especial, o princípio da reserva de lei	115
3.4.3. Garantias	131
3.4.3.1. Garantias procedimentais	131
3.4.3.2. Garantias processuais	157
4. Os limites ao poder regulamentar: uma introdução ao problema dos parâmetros de vinculação do regulamento	168
5. A força jurídica do regulamento: o regulamento como forma de autovinculação administrativa ...	173
5.1. O relevo da distinção entre regulamentos externos e regulamentos internos: o princípio da inderrogabilidade singular	174
5.2. Força jurídica vinculativa: heterovinculação e autovinculação	182
5.3. Autovinculação administrativa através de regulamentos	187

Parte II

A recusa de aplicação de regulamentos

1. Autovinculação e recusa de aplicação	200
2. A delineação do problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração	205
2.1. Recusa de aplicação de <i>normas regulamentares</i>	205

2.2. Os contornos da figura da recusa de aplicação	211
2.2.1. A vigência formal da norma no ordenamento jurídico.....	211
2.2.1.1. Recusa de aplicação, revogação, modificação, declaração de ilegalidade e suspensão administrativas	211
2.2.1.2. Recusa de aplicação e caducidade.....	231
2.2.1.3. Recusa de aplicação e cumprimento de sentenças declarativas da inconstitucionalidade e da ilegalidade com força obrigatória geral	237
2.2.2. A recusa de aplicação como decisão da Administração no contexto da realização administrativa do direito	245
2.2.2.1. Recusa de aplicação e obrigatoriedade das decisões judiciais.....	246
2.2.2.2. Recusa de aplicação, dispensa e isenção	249
2.2.3. A inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso concreto.....	254
2.2.3.1. Recusa de aplicação e interpretação	254
2.2.3.2. Recusa de aplicação e preferência aplicativa	275
2.2.3.3. Recusa de aplicação e relevância do resultado da decisão	309
2.3. Recusa de aplicação com fundamento em invalidade, «direito de exame» (<i>Prüfungsrecht</i>) e «competência de rejeição» (<i>Verwerfungskompetenz</i>)	320
2.4. Contributos proporcionados pela solução de problemas próximos.....	330
2.4.1. A recusa de aplicação pelas autoridades nacionais de normas de direito secundário da União Europeia com fundamento na contrariedade com normas de direito originário da União Europeia	330
2.4.2. A recusa de aplicação de leis inconstitucionais pela Administração.....	334
2.4.3. A recusa de aplicação de regulamentos inválidos pelos tribunais.....	352

Parte III

A invalidade do regulamento como fundamento da recusa de aplicação

1. Fundamentos de recusa de aplicação e limites jurídicos do poder regulamentar	372
2. Validade e parâmetros de vinculação do regulamento	373
2.1. A vinculação do regulamento aos princípios normativos	375
2.2. A vinculação do regulamento à Constituição	383
2.2.1. O «bloco da constitucionalidade»: significado e funções	384
2.2.2. Em especial, a vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias	388
2.2.3. A vinculação directa à Constituição e o problema da autonomia da inconstitucionalidade dos regulamentos	404
2.3. A vinculação do regulamento ao direito internacional e ao direito da União Europeia.....	418
2.3.1. Regulamento e direito internacional	419
2.3.2. Regulamento e direito da União Europeia	431
2.4. A vinculação do regulamento à lei.....	439
2.5. A vinculação do regulamento a outros regulamentos	442
2.5.1. As relações inter-regulamentares	443

2.5.2. O problema da incompatibilidade entre regulamentos	467
2.6. A vinculação do regulamento a outras formas de acção administrativa.....	469
2.6.1. A vinculação do regulamento ao contrato administrativo	469
2.6.1.1. Contratos de delegação do poder regulamentar	472
2.6.1.2. Contratos sobre o exercício do poder regulamentar	474
2.6.2. A vinculação do regulamento ao acto administrativo	496
3. A invalidade do regulamento.....	501
3.1. Invalidade, violação dos parâmetros de vinculação e momentos estruturais do regulamento	502
3.2. Invalidade e irregularidade do regulamento	509
3.3. Invalidade e inexistência do regulamento	513
3.4. Invalidade do regulamento e respectivas consequências jurídicas.....	517
3.4.1. A anulabilidade como “regra” no Direito Administrativo e o «dogma da nulidade das normas».....	518
3.4.2. Os regimes delineados no direito positivado.....	530
3.4.2.1. O regime da invalidade do regulamento por violação da Constituição	530
3.4.2.2. O regime da invalidade do regulamento por violação de outros parâmetros de vinculação.....	533
3.4.3. Nulidade, anulabilidade ou invalidade atípica?.....	541

Parte IV

O regime da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade

1. Premissas do problema	552
1.1. Uma compreensão não absoluta do princípio da inderrogabilidade singular	552
1.2. A pluridimensionalidade da função administrativa e a realização administrativa do direito no caso concreto.....	553
1.3. O “ <i>decisor pensante</i> ”, a autonomia de decisão e a intervenção da ética na acção administrativa.....	558
1.4. A existência de um conflito real entre normas, gerador da invalidade da norma regulamentar.....	561
2. Condições de exercício da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade	563
2.1. Condições objectivas: a ponderação entre valores.....	563
2.1.1. Princípio da justiça.....	565
2.1.2. Princípio da juridicidade	572
2.1.2.1. Aplicabilidade directa e vinculação administrativa pelos direitos, liberdades e garantias	573
2.1.2.2. Unidade do sistema jurídico, coerência do ordenamento jurídico administrativo e auto-controlo da juridicidade pela Administração.....	583
2.1.2.3. Princípios da igualdade, da segurança jurídica, da tutela da confiança e da boa fé.....	593
2.1.3. Eficiência	617
2.1.4. Natureza e consequência jurídica do vício	623

2.1.5. Urgência e estado de necessidade	627
2.1.6. Proposta de solução: proporcionalidade e concordância prática	639
2.2. Condições subjectivas: organização administrativa, tipologia e competência do órgão decisor.....	654
2.2.1. Autoria e competência para a declaração de ilegalidade.....	656
2.2.2. Competência decisória suprema.....	660
2.2.3. Hierarquia e dever de obediência	662
2.2.4. Superintendência e tutela	680
2.2.5. Autonomia	685
2.2.6. Independência	710
2.2.7. Exercício de competências parajurisdicionais.....	724
2.2.8. Exercício de poderes públicos por entidades privadas.....	733
3. Consequências jurídicas da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade	748
3.1. Na perspectiva da norma cuja aplicação foi recusada.....	748
3.2. Na perspectiva da decisão do caso concreto	751
4. Patologias	766
4.1. A recusa ilegal de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade	767
4.2. A aplicação ilegal de regulamentos inválidos: a existência de um dever de recusa de aplicação.....	772
5. Justicialização: o controlo jurisdicional da (recusa de) aplicação de regulamentos pela Administração	786
5.1. Causa de pedir	786
5.2. Poderes de cognição do juiz.....	788
5.3. Conteúdo e efeitos das sentenças.....	792
Considerações finais	799
Resumo – <i>Abstract</i>	803
Bibliografia Citada.....	807

Resumo – Abstract

A presente dissertação tem por objecto o problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade. A complexidade da questão debatida exige, porém, uma reflexão mais profunda sobre o sentido do exercício do poder regulamentar, que não desconsidera os recentes fenómenos da pluralização organizatória no interior da Administração e da proliferação dos vários centros normativos, aspectos que implicam um aumento exponencial dos regulamentos administrativos.

Assim, na Parte I, procuram delinear-se os traços da localização e das funções desempenhadas pelos regulamentos no sistema jurídico, bem como aferir da força jurídica que os há-de caracterizar. Destas considerações decorre que o regulamento assume uma força jurídica autovinculativa, que tem uma correspondência no tradicional princípio da inderrogabilidade singular.

É partindo desta ideia de autovinculação que a Parte II se vai debruçar sobre a figura da «recusa de aplicação». A delimitação desta última – na medida em que implica o afastamento pela Administração (por um órgão administrativo), num caso concreto, de um regulamento (ou norma regulamentar) que não foi formalmente retirado(a) do ordenamento jurídico – exige o confronto com noções paralelas, de molde a permitir a sua correcta compreensão. Para o mesmo efeito concorre a análise das questões suscitadas por problemas próximos do analisado, em particular, a recusa de aplicação pelas autoridades nacionais de normas de direito secundário da União Europeia com fundamento na contrariedade com normas de direito originário da União Europeia, a recusa de aplicação de leis inconstitucionais pela Administração e a recusa de aplicação de regulamentos inválidos pelos tribunais.

Considerando que o objecto problemático da dissertação reside na recusa de aplicação de regulamentos *com fundamento em invalidade*, a Parte III versa precisamente sobre a invalidade do regulamento administrativo: trata-se de aferir quais os parâmetros de vinculação a que este último se encontra adstrito (princípios normativos, Constituição, direito da União Europeia, direito internacional, lei, outros regulamentos e outras formas de acção administrativa), bem como de determinar quais as consequências jurídicas emergentes da respectiva violação.

A Parte IV incide especificamente sobre o regime jurídico da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade. Havendo concluído pela

vigência de uma concepção não absoluta do princípio da inderrogabilidade singular, mas sem prescindir das exigências da força jurídica autovinculativa do regulamento administrativo, conclui-se que o exercício da competência administrativa de recusa de aplicação se apresenta limitado pela imprescindibilidade do preenchimento de um conjunto de condições objectivas e subjectivas. Daqui resulta que ao decisor é imposta a realização de complexos juízos atinentes não apenas à avaliação da validade das normas regulamentares *prima facie* aplicáveis aos casos concretos, mas também à verificação, *in concreto*, das mencionadas condições. As dificuldades inerentes a estes juízos não permitem escamotear a possibilidade da existência de situações patológicas – como sucede com a recusa ilegal de aplicação de um regulamento (válido ou inválido) ou com a aplicação ilegal de um regulamento inválido – impondo a necessidade da respectiva fiscalização jurisdicional.

This essay aims to approach the problem of the decline or reject of enforcement of regulations considered void by administrative authorities. This difficult question needs a point of view on the regulatory power, in a context of standard and regulation pluralism and of public powers proliferation. These are, in fact, the reasons which explain the increase of statutory instruments in the present legal systems.

On Part I the essential topics about the functions and the place of regulations among other sources of law are drawn. Furthermore, it is discussed the special “legal strength” of regulations: if this is traditionally explained by the so-called “princípio da inderrogabilidade singular” (which means that no administrative authority is authorised to derogate a regulation in a single case), we appeal also to the concept of self-binding force.

Part II reflects upon the idea of the “decline of enforcement” (or “reject of enforcement”), understood as the non-application of a formally in force regulation by an administrative authority in a single case. The correct meaning of the figure needs a comparison with other notions, as well as with similar problems, such as the decline of enforcement by national authorities of acts of the EU Institutions on the grounds of their invalidity, due to the incompatibility with EU Treaties, the decline of enforcement of unconstitutional laws by administrative authorities and the decline of enforcement of regulations by courts.

In regard that the thesis object relies on the reject of regulations considered void, Part III refers to the invalidity of regulations. This subject implies the analysis of the binding parameters of regulations (normative principles, Constitution, EU law, international law, legislative acts, other regulations and other forms of administrative action) and the assessment of the consequences of their infringement.

Part IV reveals the legal framework of the administrative power to refuse the enforcement of regulations considered void. The non-absolute perspective of the so-called “princípio da inderrogabilidade singular” is nevertheless accompanied by the self-binding force of regulations. Both those ideas suggest that the power to decline enforcement exists as an administrative competence, although it is limited and demands the accomplishment of objective and subjective conditions. Behind those conditions stay fundamental Administrative Law principles and/or rules on material and organizatory matters. This perception entails that the judgement fulfilled by administrative authorities is complicated, and engages not only the evaluation of the normative validity, but also the estimation of the achievement of both objective and subjective conditions. Due to the difficulties of this judgement it is highly probable that pathologic situations may emerge – such as the illegal refusal to enforcement of a (void or not void) regulation or the illegal application of a void regulation –, which imposes the inevitability of judicial review.

Introdução

[Ao jurista] não se lhe pede que deixe de ser jurista; apenas que, sendo-o, vá acreditar que a sua missão é mais ampla e digna que a de prestar homenagem passiva a tudo aquilo que se fornece como sendo direito.

Rogério SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 162

Afirmar que a actividade normativo-pública se não reconduz exclusiva ou predominantemente à lei não constitui uma novidade no panorama do direito público actual, onde se deve reconhecer um papel determinante aos regulamentos administrativos. Muito distantes estamos da concepção liberal-positivista do princípio da separação de poderes, quando postulava que o poder normativo (o único poder de criação do direito) se encontrava conferido ao legislador, corporizado no Parlamento, enquanto órgão de *decisão* por excelência, que, nessa medida, exprimia os seus comandos de forma geral e abstracta – pensamento para o qual, as normas emitidas no seio da Administração (precipualemente vocacionadas para a disciplina da respectiva organização interna ou das relações com os seus funcionários) não consubstanciavam o exercício de um poder normativo *jurídico*, mas constituíam uma simples consequência do funcionamento do poder *executivo*, ao qual estava necessariamente vedada qualquer vertente criadora de direito, porquanto a função administrativa se reconduzia apenas ao *agere* em concreto de decisões legislativamente já adoptadas¹. Pelo contrário, uma vez aceite que o princípio da separação de poderes, na acepção enunciada, não poderia ser levado às últimas consequências, compreendeu-se que o poder executivo teria de exercer também uma função normativa².

¹ Efectuando também a contraposição entre *decidir* e *agir* no confronto entre os poderes legislativo e executivo, v. Rogério SOARES, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, p. 172. Nesta medida, e estabelecendo uma ruptura decisiva com a sobrevivência de qualquer poder assimilável ao poder legislativo régio, o artigo 6.º da Constituição francesa de 1791 estabelecia que “o poder executivo não pode fazer qualquer lei, ainda que provisória, mas somente proclamações conformes com as leis, para as regulamentar ou executar”. Daí que os regulamentos assumissem natureza interna e estivessem fora do direito – cf., por todos, *Op. cit.*, pp. 173 e ss.. Tratava-se, aliás, de uma tentação de negar a História, visto que o poder regulamentar já existia muito antes de constituir objecto de qualquer construção teórica – v. DOUENCE, *Recherches sur le Pouvoir Réglementaire de l'Administration*, LGDJ, Paris, 1968, pp. 7 e ss..

² Colocando neste ponto a tónica do fundamento histórico do poder regulamentar, cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria dos Regulamentos», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra 2000, p. 235; na senda deste Autor, cf. também Paulo OTERO, *Legalidade e*

A evolução no sentido da crescente importância dos regulamentos no contexto do poder normativo público e da actividade administrativa carece de uma adequada perspectivação que não prescindia de princípios ancilares do Estado constitucional. A teoria geral do Direito Administrativo exige hoje uma reflexão renovada sobre os regulamentos, que os perspetive quer no horizonte do exercício do poder normativo-público, quer no plano da sua mobilização enquanto critérios de decisão para a resolução administrativa dos casos concretos. Em causa está a intelecção de dois momentos fulcrais da vida do regulamento administrativo: *primo*, o seu nascimento, radicado num acto de produção normativa, consonante com a perspectivação do papel conformador das relações sociais cumprido pelo Estado e pela Administração e com a concepção do direito enquanto meio de direcção dos processos sociais³ – o que postula a necessidade de aquilatar o sentido da função que os regulamentos exercem nesse contexto, enquanto um dos instrumentos de direcção, sem descurar o facto de o actual Direito Administrativo abraçar outros instrumentos (para além dos regulatórios) de intervenção pública, já que o Estado hodierno não é apenas aquele que comanda, mas também o que informa, influencia, incentiva ou fomenta⁴; *secundo*, a actuação em concreto do programa normativo que o regulamento consubstancia, o qual se materializa aquando da respectiva convocação para a solução dos casos integrados no seu âmbito problemático – o que exige uma clara definição das opções metodológicas em sede da realização administrativa do direito.

Ora, a percepção da dupla matriz que, do ponto de vista do agir administrativo, reveste o regulamento permite compreender a dupla função por ele desempenhada: por um lado, quando é perspectivado no plano normativo (*i.e.*, como «fonte do direito»), constitui, simultaneamente, um instrumento de autoprogramação da Administração Pública (*Selbstprogrammierung/Eigenprogrammierung der Verwaltung*) e um padrão de conduta vinculador do agir dos cidadãos (*Breitensteuerungsinstrument*)⁵; por outro lado, quando

Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, Almedina, Coimbra, 2003, p. 383.

³ Cf. MELERO ALONSO, *Reglamentos y Disposiciones Administrativas: Análisis Teórico y Práctico*, Lex Nova, 2005, p. 84; v. ainda SCHUPPERT, «Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht», in: HOFFMAN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 65 e ss., pp. 93 e ss..

⁴ SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones Fundamentales sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la Innovación y Presupuestos Metodológicos», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 40 e s..

⁵ Esta dupla função é identificada, desde SCHMIDT-ASSMANN, pela doutrina alemã mais recente – v., por exemplo, MÖSTL, «Normative Handlungsformen», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines*

concebido como *forma* de actuação administrativa⁶, representa um dos modos do *agere* da Administração, e, como tal, uma das formas de prossecução dos interesses públicos colocados a seu cargo. Esta pluridimensionalidade assumida constituiu o mote para o recentramento da temática do regulamento administrativo, que abandona uma posição discreta (*rectius*, diminuída), seja ao nível das «fontes de direito» – obliterado pela lei, enquanto o acto criador do direito –, seja ao nível das formas de actuação administrativa – ofuscado pelo acto administrativo, enquanto conceito polarizador da dogmática jus-administrativa⁷. A adequada teorização do regulamento administrativo pressupõe, pois, um equilíbrio entre aquelas suas dimensões⁸. A temática da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração propõe-se justamente dar voz a esta visão dual do regulamento como «fonte do direito» e como forma de actuação administrativa que pauta o respectivo regime jurídico; em especial, trata-se de averiguar em que medida a Administração se encontra vinculada aos regulamentos no seio dela elaborados, aquando da sua tarefa de decisão de casos concretos, cujo âmbito problemático se revela assimilável pela norma regulamentar. Distinguir, para este efeito, entre exercício do poder regulamentar (corporizado na emissão de regulamentos administrativos) e resolução administrativa de casos concretos pela mediação de normas regulamentares não significa senão contemplar duas faces de um problema mais amplo, que consiste na perspectivação do sentido do exercício do poder regulamentar. A problemática da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração permitirá, pois, reflectir sobre a necessária articulação entre a *intensio* dos regulamentos administrativos na complexa teia de normas

Verwaltungsrecht, 13.^a ed., 2006, p. 548; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, 11.^a ed, Verlag C. H. Beck, München, 1999, p. 351. Cf. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.^a ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2006, pp. 325 e ss.. V. ainda, com outra formulação, GARRIDO FALLA/PALOMAR OLMEDA/LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2010, p. 276.

⁶ Sobre as repercussões da identificação de uma determinada actuação com uma forma jurídico-administrativa, cf. HOFFMANN-RIEM, «Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, München, 2008, p. 887.

⁷ Não é por acaso que SCHMIDT-ASSMANN (*Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 324) coloca agora o regulamento no cume (*Spitze*) da doutrina das formas de acção administrativa.

⁸ Que a própria autonomização do conceito de regulamento administrativo no seio das formas de acção administrativa já permite – atente-se, v. g., no que se passa no panorama jus-administrativo francês, em que, sob o super-conceito de *acte administratif* se designam actuações individuais e concretas (correspondentes aos actos administrativos) e actuações gerais e abstractas (equivalentes aos regulamentos). Cf., por todos, CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 15.^a ed., tomo I, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 491 e ss., esp.^{1c} pp. 524 e ss. (dentro dos *acte administratifs* distinguem-se os contratos e os actos unilaterais, abrangendo estes os actos não decisórios e decisórios, incluindo os últimos os que revestem ou não natureza regulamentar).

caracterizadora do sistema jurídico contemporâneo, a vinculação administrativa pelas normas infra-legislativas⁹ e a garantia dos particulares.

Ainda que a noção de regulamento se encontre mais ou menos estabilizada na doutrina – que o identifica como acto normativo, emanado por entidades administrativas no exercício da função administrativa, com um valor infra-legal («força de regulamento» e, por conseguinte uma fonte de direito derivada¹⁰), e dotado de eficácia vinculativa (não necessariamente externa)¹¹ –, a verdade é que a mesma se revela hoje susceptível de abarcar realidades com funções muito diversas. Com efeito, o papel assumido pelo regulamento pressupõe uma correcta compreensão das relações que intercedem entre ele, a lei e as demais fontes do ordenamento jurídico, num contexto de «crise» do princípio da legalidade, tal-qualmente este foi compreendido durante o Estado liberal e mesmo após a superação deste. Além disso, a ultrapassagem da concepção da lei como a «fonte de direito» conduz a uma pluralidade normativa no seio do ordenamento jurídico, polarizada em entidades igualmente diversas, dando azo a uma necessária tarefa de *regulatory choice* (*hoc sensu*)¹² – ora, como veremos, quer em virtude da menor complexidade procedimental, quer em razão da especialização técnica dos seus autores, os regulamentos

⁹ Que não se reconduzem apenas aos regulamentos administrativos – cf. os inúmeros exemplos aduzidos por AXER, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 22.

¹⁰ Caracterizando também o regulamento, em face do vínculo que o une à lei, como uma fonte de direito derivada, cf. OSSENBUHL, «Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung», in: ERICHSEN/EHLERS (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2002, pp. 147 e s..

¹¹ Sobre a noção de regulamento, v., na doutrina nacional, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 214 e ss.; Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.ª ed. (7.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2001, p. 95; Sérvulo CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982, p. 95; Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento Jurídico Administrativo Português», in: *Contencioso Administrativo (Breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga)*, Livraria Cruz, Braga, 1986, p. 58; Jorge MIRANDA, «Regulamento», in: *Pólis*, vol. V, Verbo, Lisboa, 1987, p. 266; Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, reimp., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 151 e s.; Coutinho de ABREU, «Os Regulamentos Administrativos em Direito do Trabalho», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito, 1984, p. 39; J. Ferreira de ALMEIDA, «Regulamento Administrativo», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, s.n., Lisboa, 1996, p. 194; M. Aroso de ALMEIDA, «Os Regulamentos no Ordenamento Jurídico Português», in: *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 503 e ss.. V. também o nosso trabalho «A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português (Algumas Questões)», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX, 2004, pp. 484 e ss..

¹² Com a expressão *regulatory choice* não nos reportamos apenas à escolha dos modos ou instrumentos de regulação (cf., v. g., SCHUPPERT, «The Ensuring State», in: GIDDENS, *The Progressive Manifesto*, Polity Network, Cambridge, 2003, pp. 63 e ss.; EIFERT, «Regulierungsstrategien», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, München, 2006, pp. 1303 e ss.), mas à opção entre os vários níveis (normativos ou não) para a disciplina jurídica de determinada matéria.

levam vantagem significativa como instrumentos de normação no contexto actual¹³: à superior dignidade e à mais-valia da lei parlamentar (fruto da legitimidade democrática directa) opõe-se a capacidade de adaptação e a flexibilidade das normas infra-legislativas, às quais acresce, no caso dos regulamentos autónomos, a circunstância de se assumirem como manifestações de autonomia normativa dos entes de que emanam (e, por conseguinte, do respectivo substrato subjectivo)¹⁴. Nesta medida, o regulamento constitui o produto de um procedimento de normação (*Rechtsetzung*) contextualizado na complexa dinâmica de produção normativa jurídico-pública característica do sistema jurídico actual¹⁵.

É certo que as mutações ocorridas não deixaram de possuir refrações determinantes no plano das formas de acção administrativa e, em especial, dos regulamentos, a ponto de alguma doutrina se referir à «transformação» ou até ao «debilitamento» do regulamento¹⁶, de que são expressão, *v. g.*, a diluição de algumas notas características dos regulamentos¹⁷, bem como a tecnicidade¹⁸ característica de alguns deles

¹³ Nas expressivas palavras de Coutinho de ABREU (*Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 13), “nos tempos que correm, contam-se por centenas os regulamentos administrativos que em cada ano engordam a nossa ordem jurídica. Na reprodução «motorizada» do direito administrativo, são eles, de longe, os ganhadores”.

¹⁴ Assim, HOFFMANN-RIEM, «Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, fasc. 1, vol. 130, Fevereiro 2005, p. 57.

¹⁵ Cf. também BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 55.

¹⁶ Cf., *v. g.*, BASSOLS COMA, «El Control de la Elaboración de los Reglamentos: Nuevas Perspectivas desde la Técnica Normativa y de la Evaluación de la Simplificación y Calidad de las Normas», in: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 33, 2008, p. 53.

¹⁷ Se os binómios generalidade/abstracção e individualidade e concretude permitiriam uma distinção clara entre regulamento e acto administrativo, a verdade é que a identificação em certos actos destas características distintivas se revela problemática – não sendo de excluir, como sublinha a doutrina alemã, a existência de «regulamentos-medida» (*Maßnahmeverordnungen* ou, no caso dos regulamentos autónomos, *Maßnahmesatzungen*), *i. e.*, à semelhança do que sucede com os actos legislativos, actos individuais e concretos adoptados no final de um procedimento normativo-regulamentar. Sobre o conceito de «regulamentos-medida», cf. AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 40. Trata-se, aliás, de problema que não é privativo do direito alemão e que, no âmbito deste, se afigura transversal a todos os ordenamentos jurídicos. Sobre as dificuldades suscitadas pelo conceito de norma, cf. AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 35 e ss. (numa perspectiva jus-administrativa).

Aliás, e agora na óptica inversa, a dificuldade em distinguir entre norma e acto aparece reconhecida pelo próprio legislador processual, quando admite a impugnação de actos administrativos, para lá do prazo de três meses, quando se demonstre que a tempestiva apresentação da petição não era exigível ao cidadão normalmente diligente por o atraso se revelar desculpável, atendendo às dificuldades que, no caso concreto, se colocavam quanto à sua qualificação como acto administrativo ou como norma [cf. artigo 58.º, n.º 4, alínea b), do CPTA]. Em idêntico sentido, a conjugação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 89.º do CPTA viabiliza que, não obstante a absolvição da instância decorrente da inadequação do pedido formulado em processo impugnatório, nomeadamente por erro na qualificação do acto jurídico impugnado como norma ou como acto administrativo, o autor apresente nova petição, considerando-se esta última apresentada na data em que o tinha sido a primeira, para efeitos de tempestividade.

¹⁸ E já não estamos aqui a reportar-nos às normas técnicas, ainda que emanadas por entidades públicas e dotadas de relevância jurídica. Pense-se, *v. g.*, nas normas técnicas (NP) elaboradas pelo Instituto

(*maxime* quando emanados por autoridades reguladoras independentes) ou o incremento exponencial da actividade normativa da Administração.

A própria separação entre política e administração, com repercussões nítidas no horizonte da organização administrativa, vai acabar por contender com a temática do poder regulamentar: a tendência para a desgovernamentalização conduz ao fenómeno da criação de entidades administrativas independentes (em especial, as autoridades reguladoras), que permitem não só libertar o Governo para a tomada de decisões de natureza política (*decisões governamentais*), como também garantir o exercício neutral e imune às pressões políticas da função regulatória¹⁹; ora, daqui decorre a atribuição de amplos poderes normativo-regulamentares (muitos deles de natureza independente) a entidades administrativas desprovidas de legitimidade democrática, criando como que um «direito paralelo» concorrente, em muitas circunstâncias, com a própria legislação, assumindo-se, como tal, numa autêntica *delegated legislation*²⁰. Além disso, é a complexidade inerente à *rede ou teia regulamentar* característica do actual ordenamento jurídico administrativo que

Português da Qualidade, na qualidade de Organismo Nacional de Normalização – cf. artigo 7.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 140/2004, de 8 de Junho. *V.*, a título de exemplo, o elenco de normas aplicáveis à concepção, instalação e manutenção das balizas de futebol, de andebol, de hóquei e de pólo aquático e dos equipamentos de basquetebol publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 100/2003, de 23 de Maio, e que, nos termos do artigo 2.º, dele fazem parte integrante.

O problema da vinculatividade ou da refracção jurídica das normas técnicas vai para além daquelas que sejam elaboradas pela Administração e atinge as normas de natureza técnica acolhidas pelas entidades administrativas ou pelo mundo jurídico, independentemente de as mesmas terem como suporte uma fonte de direito (cf., *v. g.*, Freitas do AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 540 e ss.; Pedro GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 721 e ss.; Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 199, sobre as normas técnicas da contabilidade; cf. também, em termos mais gerais, THIBIERGE, «Au Cœur de la Norme: Le Tracé et la Mesure», in: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 51, 2008, p. 362). Eis o que sucede no âmbito da avaliação do pressuposto da ilicitude nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho): estando em causa uma operação material causadora de danos, a verificação daquele pressuposto passa justamente pela prova da violação das “regras de ordem técnica” – assim acontece, *v. g.*, no âmbito da responsabilidade médica, em que assume importância decisiva o respeito por regras técnico-científicas, pelo que a prova da ilicitude implicará a prova da violação das *leges artis*, atentos os conhecimentos existentes no momento da prática do facto (sobre esta questão, *v. o* nosso trabalho «Quando Caem em Desgraça os Discípulos de Hipócrates... – Algumas Questões Sobre Responsabilidade Civil Médica da Administração», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 50, Março/Abril 2005, pp. 17 e s., embora a propósito do artigo 6.º do já revogado Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967).

¹⁹ Sobre a desgovernamentalização das administrações estaduais e a separação entre política e administração, *v.* Pedro GONÇALVES, «Direito Administrativo da Regulação», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 548 e s..

²⁰ Neste sentido, *v.* POLITI, «Regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti», in: *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2001, vol. XXVI, p. 6. Cf., entre nós, Pedro GONÇALVES, «Direito...», *cit.*, p. 555. Aludindo à concepção do regulamento como uma «espécie de para-legislação», A. Salgado de MATOS, «Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 197.

justifica uma atenção especial ao problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração: com efeito, longe vão os tempos em que esta questão revestia um interesse menor, por coincidirem o órgão emissor e aplicador do regulamento²¹.

À necessidade de uma tematização renovada do poder regulamentar não é alheia uma certa concepção do Direito Administrativo como um *direito perturbado* no contexto actual²². Sem ignorarmos as novidades introduzidas sobretudo a partir do último quartel do século XX, julgamos ainda fazer sentido uma reflexão a partir das formas clássicas do agir administrativo e de uma concepção de Administração que, apesar da diversidade de tarefas que se lhe encontram cometidas, ainda constitui uma instância de realização do direito no caso concreto, *maxime* através da prática de actos administrativos. Sem que tal signifique olvidar que, nos tempos hodiernos, a actividade da Administração não passa, em exclusivo, pela tarefa de «aplicação do direito» ao caso concreto.

Especial relevância para a nossa perspectiva interessada assume a ideia da actual pluridimensionalidade da função administrativa, a qual não é refractária à identificação de três momentos fundamentais, com relevâncias diferentes para a temática que nos ocupa: o momento político-administrativo, o momento da emissão normativa (*Rechtsetzung*) e o momento da decisão administrativa (*Rechtsanwendung*)²³. Se o primeiro respeita à definição das políticas a implementar pela Administração (correspondendo a autênticas decisões de governo) – apenas tocando a problemática do poder regulamentar, na medida em que contribua para a definição do seu alcance no contexto do actual Direito Administrativo –, a questão da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração representa o ponto charneira entre os outros dois momentos. Estamos, pois, diante de uma

²¹ Era com este fundamento que, v. g., em 1968, OSSENBÜHL (*Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Verlag Gehlen – Bad Homburg v.d.H., Berlin/Zürich, 1968, p. 293, n. 44) entendia que o problema do reconhecimento da *Verwerfungskompetenz* relativamente a *Verordnungen* não tinha importância prática, não se afigurando necessário debatê-lo. Mesmo nas circunstâncias prefiguradas, importa sublinhar que a questão da recusa de aplicação de normas regulamentares pelos órgãos decisores não se afigurava totalmente despicinda: o problema da rejeição de normas regulamentares pela Administração colocava-se (e coloca-se) perante um caso concreto e, a menos que, antes da decisão, se adoptasse um regulamento com eficácia retroactiva que anulasse ou substituísse as disposições inválidas constantes do primeiro, tornava-se sempre premente saber se a situação em causa poderia ou não ser decidida com base na solução prevista nas normas inválidas.

²² A levar muita doutrina a aludir à existência autónoma de um «Novo Direito Administrativo» com características próprias (assim, entre nós, Suzana Tavares da SILVA, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010), susceptível de gerar a elaboração de manuais (cf., v. g., FRANCO, *Manuale del Nuovo Diritto Amministrativo*, IPSOA/Wolters Kluwer, Vicenza, 2007).

²³ Debruçando-se sobre três momentos análogos enquanto «funções jurídicas», cf. VOGEL, *Juristische Methodik*, De Gruyter, Berlin/New York, 1998, pp. 171 e ss. (embora nem sempre em termos coincidentes com os do texto; específico deste Autor é o alinhamento do conceito de *rechtliche Gestaltung*, para se reportar à actividade jurídica prospectiva, concretizada, designadamente, na elaboração de planos).

consequência quer da concepção dos regulamentos como formas, por excelência, de auto-programação da Administração Pública, quer da difícil tarefa de distinção entre emissão normativa e aplicação do direito²⁴.

Assim, e como procuraremos defender, as realidades emergentes das tendências de evolução recentes do Direito Administrativo revelam-se susceptíveis de absorção mediante uma renovada compreensão do regulamento administrativo (com implicações essenciais no plano das respectivas funções e força jurídica) e do poder regulamentar, enquanto prerrogativa de autoridade constitucional e/ou legislativamente concedida aos órgãos da Administração para a emissão de normas dotadas de vinculatividade jurídica.

A temática que nos propomos analisar mergulha fundo no Direito Administrativo e exige ainda uma atenção a aspectos fundamentais da organização administrativa, bem como a perspectivação dos órgãos administrativos como decisores, aos quais se encontra cometida a tarefa de realização administrativa do direito no caso concreto. Por um lado, não pode ignorar que a questão da recusa de aplicação, na medida em que associada à decisão de casos concretos, é transversal a todos os entes que integram a Administração Pública, em sentido organizatório, aí incluindo não apenas as pessoas colectivas públicas, mas também as entidades privadas com poderes públicos: embora susceptível de respostas diferenciadas, em função da tipologia e das competências conferidas a cada órgão, a resposta à interrogação sobre a possibilidade da recusa de aplicação exige uma perspectivação integrada. Por outro lado, a acentuação da tarefa da realização administrativa do direito que a problemática da recusa de aplicação traz subjacente constitui uma nota não despicienda, porquanto representará o reconhecimento de uma igualmente renovada compreensão das funções adstritas aos órgãos da Administração. Efectivamente, admitir que estes possam fiscalizar a validade de normas regulamentares e agir em conformidade com o juízo assim formulado – afastando, na decisão do caso concreto, a norma viciada – implica um novo entendimento acerca das competências cognitivas e decisórias que se lhes encontram atribuídas, muito afastado da concepção weberiana do burocrata ou de uma compreensão positivista do exercício da função administrativa.

²⁴ A miscigenação entre formas jurídicas e a complexidade das funções colocadas a cargo da Administração (tal-qualmente o demonstra a configuração actual dos regulamentos, como teremos oportunidade de assinalar) levam a doutrina a aludir às «formas de acção» (*Handlungsformen*), como alternativa à referência exclusiva às «formas jurídicas» (*Rechtsformen*). Cf. HILL, «Normsetzung und Andere Formen Exekutivischer Selbstprogrammierung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, München, 2006, p. 961; HOFFMANN-RIEM, «Rechtsformen...», cit., pp. 891 e ss..

Eis que chegámos ao âmago da nossa questão: *quid iuris*, se um órgão administrativo tiver de decidir um caso concreto, cuja relevância problemática é assimilada por uma norma regulamentar inválida?

Apesar do interesse, simultaneamente dogmático e prático, que esta interrogação suscita, a mesma não tem merecido grande atenção no direito português²⁵. Esta indiferença – fruto da ausência de uma teorização do problema das invalidades normativas (sobretudo da invalidade do regulamento), bem como da negligência a que se encontra votada a compreensão da tarefa decisória de casos concretos como realização administrativa do direito – encontra uma repercussão na actual *praxis* jus-administrativa, onde os órgãos ainda hesitam em controlar a juridicidade dos regulamentos administrativos, apegados que estão à formulação tradicional (sem dúvida, tranquilizadamente anestésiante) do princípio da inderrogabilidade singular. Todavia, nas raríssimas vezes em que a jurisprudência tem sido instada a pronunciar-se sobre o problema²⁶ chegou a revelar

²⁵ Ao contrário do que sucede noutros ordenamentos – paradigmaticamente, no direito alemão: embora estudado *ex professo* desde meados do século XX (data de 1976 o estudo de PIETZCKER relativo à recusa de aplicação de normas infra-legais pela Administração – «Zur Inzidentverwerfung Untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Vollziehende Gewalt», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 101.º, 1976, pp. 374 e ss.), o problema da recusa de aplicação foi relançado na Alemanha a partir do início dos anos 80, em resultado das decisões judiciais que negavam a possibilidade de a Administração urbanística recusar a aplicação de um plano, com fundamento na respectiva nulidade: ao invés de ignorar o plano, a Administração deveria revogar (nos termos gerais aplicáveis à revogação de actos administrativos) o acto que o tinha aprovado, de forma a que aquele deixasse, apenas nessa altura, de ter eficácia ou, em alternativa, desencadear o processo de fiscalização de normas previsto no §47 da *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO). Cf. VOLHARD, «Amtspflichten bei Nichtigen Bebauungspläne – Zur „Verwerfungskompetenz“ der Verwaltung», in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 2, ano 5.º, Fevereiro 1986, p. 106). V. também PIETZCKER, «Inzidentverwerfung Rechtswidriger Untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 16, ano 101.º, Agosto 1986, pp. 806 e ss..

²⁶ Cf. os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 19.01.2005, e de 02.03.2006, ambos referentes ao P. 51/03, que aludem, lateralmente, à questão, quando defendem que a ilegalidade de normas de natureza regulamentar aplicadas por actos administrativos pode ser invocada pelos meios próprios para impugnação de actos administrativos, quer de natureza administrativa, quer de natureza contenciosa. Em qualquer dos Acórdãos, tratava-se de determinar se se poderia, em sede de recurso hierárquico, invocar, como fundamento da invalidade do acto administrativo, a circunstância de este se ter reconduzido à aplicação de regulamentos ilegais: se a autoridade recorrida argumentava que, não havendo os interessados impugnado as normas administrativas em causa (despachos normativos) através do meio processual adequado, as mesmas se deveriam considerar “firmes” ou “consolidadas”, não tendo aqueles legitimidade impugnatória, o STA veio sublinhar que os actos normativos (*in casu*, provenientes da Administração central) são impugnáveis a todo o tempo (impedindo qualquer consolidação na ordem jurídica, diversamente do que sucede quanto ao acto administrativo) e que a circunstância de o interessado poder solicitar ao tribunal a declaração de ilegalidade de normas não impede que possa invocar essa ilegalidade, incidentalmente, no âmbito quer da impugnação contenciosa, quer da impugnação administrativa do acto administrativo de aplicação – acabando por concluir que os interessados tinham o direito de discutir, no referido recurso hierárquico, a legalidade dos despachos normativos e tendo pretendido fazê-lo, não se admite que, com base na sua hipotética legalidade “firme” ou “consolidada”, se lhes recuse legitimidade para impugnarem os actos que foram objecto do recurso hierárquico.

Mais recentemente, o STA analisou, *ex professo*, a recusa de aplicação de regulamentos ilegais, mas nem sempre adoptou uma posição uniforme: no Acórdão de 02.04.2008, P. 1418/03, o Tribunal pronunciou-

alguma abertura (essencialmente alicerçada no princípio da juridicidade e na vinculação administrativa ao direito, ou, mais amplamente, no princípio do Estado de direito), mas sem abrir as asas em voos mais altos (na medida em que, quando a admite, circunscreve a possibilidade de recusa de aplicação aos autores do regulamento ou aos órgãos com competência revogatória).

Num regresso à bipolaridade da temática que principiámos por sublinhar, temos que a dilucidação do problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade postula uma análise que vive de uma alternância entre a concepção do regulamento como forma de actuação administrativa (pondo a tónica no momento da sua emissão) e como critério de decisão (sublinhando o momento da respectiva aplicação). Deste modo, e adoptando uma perspectiva propositadamente cruzada, as Partes I e III incidem sobre o regulamento no momento do seu nascimento, enquanto as Partes II e IV atendem ao regulamento quando este é convocado para a decisão dos casos concretos. Se, na Parte I, procuraremos identificar o sentido do exercício do poder regulamentar no actual cenário jurídico-dogmático (tomando-o como ponto de partida para a recompreensão do lugar do regulamento no esquema normativo e no contexto das formas de acção administrativa), na Parte III, avaliaremos a questão da validade e invalidade do regulamento, sob a óptica dos respectivos parâmetros de vinculação. Por sua vez, a Parte II dedica-se a delinear o conceito de recusa de aplicação, por confronto com outras figuras, enquanto a Parte IV respeita ao cerne do tema, versando sobre os condicionalismos a que uma (eventual) recusa de aplicação de regulamentos inválidos se encontra adstrita, bem como sobre as consequências jurídicas associadas ao exercício (legítimo ou não) daquele poder.

Que o recentramento da teoria dos regulamentos administrativos passa por uma adequada compreensão das suas funções e da respectiva articulação com outros níveis de normatividade e que a respectiva mobilização pelos órgãos administrativos para a decisão dos casos concretos exige uma postura metodológica activa – eis o que procuraremos sustentar nas páginas seguintes.

se no sentido da admissibilidade, embora condicionada à verificação de um conjunto de pressupostos; já no Acórdão de 25.03.2009, P. 55/09, o STA propugnou uma posição oposta (embora estranhamente remetendo, na sua fundamentação, para o citado Acórdão de 02.04.2008), defendendo, com base no princípio da inderrogabilidade singular (concebido como corolário do princípio da legalidade), que “a desaplicação da norma regulamentar inválida não possa ser efectuada sem a sua revogação”.

Parte I

O Sentido Actual do Exercício do Poder Regulamentar

A Administração abandona o estatuto de Gata Borralheira, com a tarefa servil de ser apenas simplesmente executiva, isto é, de pôr em concreto as palavras da lei, para se tornar no poder que dá sentido à ânsia do Estado de construir e manter uma sociedade mais justa e equilibrada.

Rogério SOARES, «Administração Pública e Controlo Judicial», p. 65

O problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração postula, antes de mais, uma panorâmica sobre as suas coordenadas constitutivas. Com efeito, a própria noção de regulamento e, sobretudo, as funções que este desempenha no ordenamento jurídico surgem-nos hoje rodeadas de algumas perplexidades. Impõe-se, por isso, uma reflexão sobre a intervenção neste plano do princípio da legalidade, enquanto fundamento do poder regulamentar. A acentuada perspectivação do regulamento sob duas lupas – como «fonte de direito » e enquanto forma de actuação administrativa de autoridade (um «instrumento de direcção geral» – *Breitensteuerungsinstrument*) – permite, desde já, sedimentar um ponto de partida para a compreensão desta figura: o de que o regulamento constitui uma forma de agir da Administração que não só obriga os seus destinatários, como também vincula a futura actuação administrativa.

No contexto do problema que nos ocupa (a perspectivação das possibilidades de não aplicação de regulamentos inválidos pela Administração), uma abordagem à relevância e ao sentido actual do exercício do poder regulamentar destina-se, pois, a identificar o *porquê* e *para quê* da emissão de regulamentos pelos órgãos administrativos, com um objectivo teleologicamente orientado¹: a ponderação no sentido da recusa de aplicação das normas regulamentares deverá ocorrer sempre que, no caso concreto, os factores (normativos e intencionais) determinantes da emissão de regulamentos não se verificarem; por outras palavras, se a intenção que justifica a existência do regulamento não se realiza

¹ Está aqui pressuposta uma dicotomia entre «poder regulamentar» e «regulamento administrativo», tal-qualmente surge esboçada por SANDULLI (*L'Attività Normativa della Pubblica Amministrazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1970, p. 10, n. 13), a propósito da diferenciação entre *poder* e *acto*: a referência ao poder dirige-se à dinâmica de produção de um determinado acto e a alusão ao acto reporta-se à estática, correspondendo ao fruto do exercício do poder.

naquela situação (por motivos teleológicos ou normativos, incluindo, nestes últimos, razões de invalidade), coloca-se o problema de saber se o órgão administrativo deve ou não solucionar o caso mediante a mobilização de determinada norma regulamentar. Só após a intelecção das coordenadas actuais que pautam a morfologia dos regulamentos, contextualizadas no cenário de uma evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade e de uma tendência para a desregulação, se poderá percepção qual a medida de vinculação dos órgãos administrativos às normas emitidas no seio da Administração.

1. A Administração, o direito e o interesse público: notas sobre o regulamento no contexto da actual compreensão do Direito Administrativo e da acção administrativa

Afirmar que a Administração Pública vem sofrendo profundas alterações, abrindo-se para cima (à internacionalização e europeização) e para os lados (à Sociedade)² exprime um *topos* amiúde revisitado. Não pretendemos, pois, neste ponto, traçar uma história do Direito Administrativo ou caracterizar, com exaustividade, o actual estado deste ramo jurídico-dogmático. Trata-se, pelo contrário, de esboçar, em pinceladas rápidas e esparsas, os principais aspectos que marcam os actuais ordenamentos jurídico-administrativos e que, simultaneamente, apresentam refacções imprescindíveis ao enquadramento da temática do poder regulamentar, em geral, e da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade, em especial – aspectos esses que, aqui e além, serão retomados e aprofundados a propósito dos específicos problemas que os solicitem.

Sempre se poderá afirmar que a evolução do Direito Administrativo surge marcada pelo equilíbrio entre os dois pólos fundamentais que orientam o agir da Administração Pública: o interesse público e o direito – pólos estes que não representam caminhos alternativos, mas, pelo contrário, correm paralelamente. Atingir um salutar equilíbrio entre direito e interesse público, ou, por outras palavras, lograr a prossecução do interesse público dentro das margens oferecidas pelo direito constitui o objectivo último da actuação administrativa. A adequada compreensão do sentido dos termos da vinculação simultânea ao direito e ao interesse público permitirá lançar luz sobre alguns problemas relativos à teoria dos regulamentos. Aliás, a satisfação dos interesses públicos intendida pelos órgãos administrativos é necessariamente filtrada pelo legislador, que, ao definir (no mínimo) o

² SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 34.

fim e a competência do agir da Administração, fixa a plêiade de interesses públicos a prosseguir – permitindo sublinhar a relevância da intrínseca e conatural articulação entre juridicidade e interesse público, quer na actividade vinculada, quer no exercício do poder discricionário³, sem prejuízo da acentuação das notas da progressiva «perda de capacidade da lei para governar o interesse público» e da tendencial substituição de uma «legislação imperativa» por uma «legislação optativa»⁴.

I. Se “todo o Direito tem a ver com interesse”, correspondendo este último a uma «categoria fundamental do pensamento jurídico»⁵, afigura-se inegável o relevo que um determinado tipo de interesse⁶ – o interesse público – assume no Direito Administrativo. O interesse público constitui uma manifestação (directa ou indirecta) das necessidades fundamentais de uma comunidade política⁷, representando o motor dirigente da acção administrativa, sendo inclusivamente concebido como elemento de legitimação do Estado, na medida em que, como fim a atingir, vincula todos os poderes públicos⁸. O interesse público (concebido como categoria) não oblitera, porém, a presença real de vários interesses públicos, num contexto de «politeísmo de valores»⁹, dando azo à concepção da Administração Pública também como «administração dos interesses»¹⁰.

³ Cf. também Orlando de CARVALHO, *Contrato Administrativo e Acto Jurídico Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 1953, pp. 40 e ss., que diferencia o Direito Administrativo de outros ramos do Direito, pela preocupação com a «satisfação óptima» das necessidades, satisfação essa sempre mediada por um juízo de valor legal – princípio evidente, ainda quando a satisfação do interesse público exige o recurso ao direito privado.

⁴ SALA, «Accordi sul Contenuto Discrezionale del Provvedimento e Tutela delle Situazioni Soggettive», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, ano X, Junho 1992, p. 229.

⁵ SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 37.

⁶ Relativamente aos tipos de interesse, cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 418; SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., pp. 37 e s..

⁷ Sobre esta noção de interesse público, v. Vieira de ANDRADE, «Interesse Público», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, s. n., Lisboa, 1993, p. 275.

⁸ V. MICHAEL, *Rechtsetzende Gewalt im Kooperierenden Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, pp. 237 e ss., em parte na linha de HÄBERLE (*Öffentliches Interesse als Juristisches Problem*, Athenäum Verlag, Bad Homburg, 1970, pp. 46 e ss., que já entendia o Estado como o destinatário da tarefa da prossecução do bem comum). Tal não significa, porém, um total afastamento dos particulares da realização do interesse público: tal sucederá desde os casos paradigmáticos de delegação de tarefas públicas a privados (como, aliás, já sublinhava Vieira de ANDRADE, «Interesse...», cit., p. 275) até ao reconhecimento de deveres fundamentais (assim, MICHAEL, *Rechtsetzende Gewalt...*, cit., pp. 257 e ss.).

⁹ PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 1.

¹⁰ COGNETTI, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, p. 64; PORTALURI, *Potere...*, cit., p. 3 (compreende-se que, neste contexto, o Autor sublinhe que o interesse público acaba por perder a sua natureza de síntese da relação entre

Sem prejuízo de outras expressões do relevo do interesse público na vida da Administração, afigura-se-nos inegável o contributo que este oferece para alicerçar a autonomia da função administrativa no quadro das demais funções estaduais. Não se tratando de defender um entendimento que sucumba à tentação, ocorrida na passagem do Estado-burguês para o Estado-administrativo, de pensar uma vontade administrativa livre nos limites da lei¹¹, a verdade é que a acentuação da realização do interesse público como tarefa da Administração concorre para a superação da ideia segundo a qual a função administrativa se reconduz à mera execução (não criativa) da lei. À acção administrativa preside, pois, um princípio de optimidade (que implica a adopção da melhor solução para o interesse público)¹² ou um princípio de satisfação óptima das necessidades, enquanto corolário da estrutura normativa da Administração¹³.

Não se ignora – como, aliás, também já se sublinhou – que existe uma confluência entre interesse público e direito, porquanto a finalidade última da acção administrativa consiste na *satisfação do interesse público no quadro do direito*. Revela-se sintomática, a este propósito, a consagração de um princípio *jurídico-constitucional* de prossecução do interesse público, tal como resulta do n.º 1 do artigo 266.º da Constituição¹⁴. No mesmo sentido milita ainda a circunstância de o interesse público ser definido a nível superior, através de fontes *jurídicas* [que, neste sentido, detêm uma «prerrogativa de definição» (*Definitionsprärogative*)¹⁵], quer esteja em causa o interesse público primário (identificado com o bem comum ou o fim primordial do Estado, o qual, contrariamente à tradição liberal, não é asséptico, mas juridicamente determinado a partir dos interesses parciais concretos¹⁶), quer se trate de interesses públicos secundários (instrumentais do primeiro e

a Administração e um «bem da vida», para passar a responder à relação de compatibilidade ou conflitualidade entre os vários interesses, públicos e privados – *Op. cit.*, p. 197).

¹¹ Cf., assinalando precisamente este aspecto, Rogério SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlântida, Coimbra, 1955, p. 109. V. ainda HÄBERLE, *Öffentliches Interesse...*, cit., p. 48.

¹² Aludindo ao princípio da optimidade da acção administrativa, cf. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 142.

¹³ Nestes termos, v. Orlando de CARVALHO, *Contrato...*, cit., p. 42; v. também Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 147.

¹⁴ WOLFF/BACHOF/STOBER (*Verwaltungsrecht*, cit., pp. 416 e ss.) concebem o interesse público como princípio de Direito Administrativo ou como princípio estrutural (não escrito, no caso alemão) de todas as formas de agir administrativo.

¹⁵ WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 423.

¹⁶ Neste sentido, Vieira de ANDRADE, *Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política*, Separata do vol. XX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1977, pp. 27 e ss., esp.^{ic} pp. 31 e s.. A emergência da «sensibilização» como nota característica do Direito Administrativo (que descreve a articulação entre as directrizes jurídicas e a tutela de interesses privados) constitui uma consequência da perspectivação do princípio do Estado de direito à luz da vinculação da Administração pelos direitos fundamentais – cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 20.

concretizados pelo legislador)¹⁷. Todavia, se a função administrativa se reconduz à prossecução de fins heteronomamente definidos, tal não exclui que caiba igualmente à Administração uma tarefa de co-determinação, em certos termos, do interesse público que lhe cabe realizar, aí residindo a área típica da função administrativa. Aliás, a exclusividade administrativa da apreciação do mérito não constitui senão uma consequência da autonomia do interesse público, inclusive perante a sua juridificação.

Quando procuramos surpreender o relevo do interesse público na temática do poder regulamentar, encontramos refrações nos já assinalados momentos determinantes da vida do regulamento: a emissão normativa e a mobilização para a resolução de casos concretos. Quanto ao primeiro aspecto, deparamo-nos logo com a consideração (mais ou menos evidente) de que, constituindo o regulamento uma forma de acção administrativa, servirá sempre, como tal, o interesse público determinante da atribuição do poder regulamentar. O interesse público apresenta-se, assim, como critério e parâmetro da actividade administrativa¹⁸ e, por conseguinte, também da emanação de regulamentos, que manifestam uma «expressão de um ponto de vista do bem comum» e uma concretização do interesse público¹⁹. Trata-se de uma consideração especialmente valiosa nas áreas de «discricionariedade regulamentar» (cf., *infra*, 3.4.), em que o legislador confere ao órgão administrativo um leque de opções, entre as quais aquele deverá plasmar normativamente a que melhor satisfaz o interesse público, o que equivale a atribuir à Administração o poder de, através da emissão regulamentar, definir a hierarquia de meios dirigidos à realização do fim público²⁰. Por outro lado, e tendo em conta que, na maioria das vezes, o interesse público que a Administração intende prosseguir não se revela unitário, os regulamentos correspondem ao exercício normativo do equilíbrio de uma constelação de interesses públicos multifacetados – eis o que sucede paradigmaticamente no caso dos planos urbanísticos.

¹⁷ Sobre a distinção entre interesse público primário e interesses públicos secundários, v. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 101 e ss., 106 e ss., 149 e s.; e *Direito Administrativo*, polic., s.d., pp. 3 e ss.; Vieira de ANDRADE, «Interesse...», cit., p. 277.

¹⁸ Cf. também Vieira de ANDRADE, «Interesse...», cit., p. 280.

¹⁹ V. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse...*, cit., p. 400; trata-se de um aspecto que atinge uma especial ênfase no caso dos planos – *Op. cit.*, pp. 402 e ss..

²⁰ Cf., a propósito da competência para a definição da escala de meios hierarquizados para a satisfação de fins objectivamente estabelecidos, Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 146. A este propósito referia-se HÄBERLE (*Öffentliches Interesse...*, cit., pp. 71 e s., 74, 79) a uma forma de «delegação da competência do bem comum» (*Delegation Gemeinwohlzuständigkeit*).

Importa, contudo, acentuar que os interesses públicos secundários não têm de corresponder à sociedade política nacional, compreendida no seu todo, podendo respeitar apenas a certos sectores da comunidade, territorial ou corporativamente delimitados. Ora, à pluralidade de interesses públicos secundários e à necessidade de dar voz aos interesses próprios ou específicos daquelas comunidades, polarizados em entidades administrativas autónomas, subjaz o reconhecimento de autonomias normativas e, como tal, de regulamentos autónomos – um dos vectores determinantes da pulverização regulamentar, característica do actual sistema jurídico, com influência no alcance a conceder às funções do regulamento.

Por último, o princípio da prossecução do interesse público e a posição que este ocupa no Direito Administrativo implica que a Administração não possa ficar indiferente à satisfação das necessidades queridas e previstas pela lei²¹. Esta conclusão atrai um olhar diferente sobre a existência de um dever de regulamentar: sem prejuízo das considerações que teceremos ulteriormente (cf., *infra*, 3.1.), o incumprimento de um dever de emissão de um regulamento não afecta apenas as relações deste com a lei, mas consubstancia uma transgressão do imperativo da realização dos interesses públicos que o legislador pretendia ver realizados pela entidade pública através da emissão de normas.

O ditame da satisfação do interesse público adquire uma projecção igualmente relevante no momento da convocação do regulamento para a decisão do caso concreto. Em primeiro lugar, o interesse público volve-se em fundamento da interpretação das normas²², ancorando a vigência de um princípio de interpretação em conformidade com o interesse público. Em segundo lugar, e quando, de todo em todo, se revele inviável a compatibilização entre o respeito pelo interesse público subjacente à norma e a decisão do caso concreto pela mediação desta última, torna-se possível equacionar o problema de uma eventual recusa de aplicação da norma regulamentar (não apenas, como nas hipóteses sobre as quais especificamente nos debruçaremos, com fundamento em invalidade, mas também) nas situações em que a mobilização da mesma implicaria a adopção de uma solução contrária ao interesse público que aquela visava tutelar (cf., *infra*, Parte II, 2.2.3.3.).

²¹ Neste sentido, já Orlando de CARVALHO, *Contrato...*, cit., p. 41.

²² Assim, Orlando de CARVALHO, *Contrato...*, cit., p. 65; cf. também WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 417 (aludindo ao interesse público como princípio geral da aplicação, interpretação e ponderação do Direito Administrativo).

II. Voltemo-nos agora para a outra margem do problema. A submissão dos poderes públicos à lei e ao direito constitui o elemento fundamental do nascimento do próprio Direito Administrativo. A centralidade assumida pela lei no dealbar do Direito Administrativo resultava da função que a mesma exercia como “expressão da vontade geral” (tal como a definia o artigo 6.º da *Déclaration des Drois de l’Homme et du Citoyen*²³) e elemento de garantia dos (súbditos agora elevados à categoria de) cidadãos face aos abusos dos poderes públicos, assumindo-se concomitantemente a função administrativa como a execução dessa vontade geral²⁴.

Se se não pode ignorar o papel fundamental da lei enquanto pressuposto e fundamento da actividade administrativa e, nessa medida, salientar a importância da emergência do princípio da legalidade enquanto «primeira conquista do liberalismo»²⁵, já não restam dúvidas de que submissão do Estado ao direito possui um alcance muito mais amplo. A «estadualidade de direito» (*Rechtsstaatlichkeit*), o princípio da juridicidade, imprimem um novo alcance na compreensão da vinculação da Administração ao direito, a ponto de se poder afirmar que nos deparamos com uma estrutura de racionalidade própria, precipuamente orientada em torno da função garantística da lei e da protecção dos direitos fundamentais, sem perder de vista a ineliminável dimensão da separação de poderes, enquanto forma racionalizada de organização dos poderes públicos²⁶. Parafraseando Vieira de Andrade²⁷, dir-se-á, pois, que “o princípio da juridicidade representa e descreve de modo mais exacto a ligação entre a Administração e o Direito que o tradicional princípio da legalidade”²⁸. Com Schmidt-Aßmann²⁹, poderemos afirmar que o Direito

²³ No que foi acompanhada, entre nós, pelo artigo 104.º da Constituição de 1822, de acordo com o qual “Lei é vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos de seus representantes juntos com Cortes, precedendo discussão pública”.

²⁴ Assim já MONTESQUIEU, *De L’Esprit...*, cit., Livro XI, Capítulo VI, §16.º.

²⁵ Cf. M. Galvão TELES, «A Concentração da Competência para o Conhecimento Jurisdicional da Inconstitucionalidade das Leis», in: *O Direito*, ano 103.º, 1971, p. 177.

²⁶ Neste sentido, SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 47, 80 e ss..

²⁷ Vieira de ANDRADE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Separata do vol. XXXVII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1992, p. 14.

²⁸ E não se pense que esta mutação de paradigma assume uma importância meramente teórico-dogmática; pelo contrário, ela contribui para a formulação de novos problemas (e para a procura de novas soluções) no âmbito do Direito Administrativo. Se a afirmação do princípio da juridicidade da Administração constitui hoje um *topos* da teoria geral do Direito Administrativo (e, por esse motivo, a sua invocação não representa qualquer novidade), já a forma como é compreendido pode revelar-se determinante na solução de algumas questões práticas: atente-se, v. g., na questão (referida mais detidamente *infra*, Parte II, 2.4.2.) da recusa de aplicação de normas legais pelos órgãos administrativos com fundamento na sua inconstitucionalidade. Reduzindo (em muito) a complexidade, dir-se-á que uma concepção do princípio da juridicidade que aglutine quer o princípio da constitucionalidade, quer o princípio da legalidade *stricto sensu*

Administrativo se pauta hoje pela tríade constituída pelo princípio do Estado de direito, pelo princípio democrático e pela decisão constitucional no sentido de uma «estadualidade aberta» (*offene Staatlichkeit*).

A acentuação do princípio da juridicidade deve, porém, perceber-se como sublimação do princípio da legalidade administrativa – adequadamente compreendido a partir da superação da concepção positivista da identificação da lei com o direito –, e não como uma substituição da ideia de legalidade pela acentuação exclusiva de uma lógica de resultado³⁰. Como principiámos por afirmar, interesse público e juridicidade não constituem caminhos opostos, mas vias paralelas.

α) Com especial ênfase em matéria de regulamentos, a alusão ao princípio da juridicidade e à estadualidade de direito tem como primeira projecção a ideia de afirmação da função administrativa face ao poder legislativo (e também ao poder jurisdicional). A evolução do sentido tradicional do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade não se confina à concepção segundo a qual a Administração não se encontra apenas submetida à lei, como a todo o direito, mas contende igualmente com a forma como, a nível interno, é encarada a relação entre aquela e o legislador. Efectivamente, o princípio da juridicidade demonstra quão ultrapassada está qualquer concepção que pretenda reduzir a função administrativa a uma simples execução da lei à maneira da fascinante simplicidade típica do Estado liberal³¹, e, concomitantemente, circunscrever os regulamentos a normas não jurídicas. A Administração, no desempenho da sua ineliminável tarefa de prossecução do interesse público, consubstancia uma função estadual autónoma, não integralmente pré-determinada pela lei. Nas expressivas palavras de Hans Peters³², “a afirmação segundo a qual a Administração trabalha hoje «em conformidade com a lei» (*gesetzmäßig*) em qualquer sentido amplo, que executa sempre apenas a lei e que para qualquer actividade possui uma autorização legal afigura-se (...) como uma auto-ilusão por amor de uma

apontará para uma resposta positiva, ao passo que uma compreensão que isole e autonomize o princípio da legalidade penderá para responder negativamente.

²⁹ SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 17.

³⁰ Cf. Pedro GONÇALVES, «Direito...», cit., pp. 552 e s..

³¹ Referindo-se à simplicidade exercida pelo fascínio da tríade de ideias típicas do Estado liberal (unidade da Administração, formalidade das suas acções, aplicação do direito como mera execução), cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 29.

³² Hans PETERS, «Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?», in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag*, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1961, pp. 217 e 220, respectivamente.

opinião pré-concebida (*Selbsttäuschung einer vorgefassten Meinung zuliebe*)”, repelindo a actual configuração do Estado de direito qualquer concepção que admita a intervenção administrativa unicamente onde a lei formal necessita de execução (*stricto sensu*).

É impossível conceber hoje a Administração como estrita execução da lei, assistindo-se ao fim da «domesticação» parlamentar e jurisdicional da Administração. A actividade da Administração orienta-se antes pelo binómio juridicidade/legitimação. A categoria determinante consiste hoje na responsabilidade (*Verantwortung, responsibility*): para além de alicerçar a autonomia da função administrativa no quadro da repartição de responsabilidades entre as várias funções estaduais, pressuposta pelo princípio da divisão de poderes³³, o apelo à responsabilidade no domínio em que nos movemos implica uma consideração das exigências colocadas à Administração no exercício das suas tarefas (aquilo pela qual ela é responsável e por cuja execução responde³⁴), para determinar qual o sentido a conferir às respectivas formas de actuação, designadamente ao regulamento, bem como para aquilatar em que medida podem os órgãos administrativos assumir a competência para fiscalizar a validade de normas jurídicas (em especial, de natureza regulamentar) e de, com esse fundamento, recusar a respectiva aplicação. Sem prejuízo da pluralidade de sentidos projectada pelo conceito de responsabilidade da Administração (*Verwaltungsverantwortung*³⁵) e da sua ligação umbilical à Administração de prestações³⁶, a mobilização do conceito neste momento ultrapassa a «responsabilidade de execução» (*Vollzugsverantwortung*) e reporta-se às realidades designadas como «responsabilidade de desenvolvimento» (*Entfaltungsverantwortung*), «responsabilidade pela concretização de programas» (*Verantwortung für Programmverwirklichung*) e «responsabilidade de iniciativa» (*Initiativverantwortung*), que exigem da Administração, respectivamente, o desenvolvimento normativo de programas apenas esboçados pelo legislador e respectiva realização através de medidas concretas, assim como a adopção de iniciativas, que envolvem, designadamente, os mecanismos de auto-programação³⁷.

³³ V. a síntese de João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na Esfera da Genética Humana*, vol. I, polic., Coimbra, 2003, pp. 112 e ss..

³⁴ Cf. também Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 163 e s..

³⁵ Sobre os vários sentidos do conceito de *Verantwortung*, cf. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 170.

³⁶ Cf. SCHUPPERT, «Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum Staatlicher und Privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen», in: *Die Verwaltung*, fasc. 4, vol. 31, 1998, pp. 419 e s..

³⁷ Esta tipologia das responsabilidades da Administração (em função dos fins e das condições da actividade desenvolvida) e a sua explanação devem-se a SCHMIDT-ASSMANN, «Verwaltungsverantwortung

A projecção das especificidades do exercício da função administrativa no sentido da sua afirmação relativamente ao poder legislativo possui duas consequências importantes: por um lado, constitui um apoio para o reforço do papel do regulamento no plano da teoria das «fontes do direito»; por outro lado, vai permitir a abertura a novas formas de actuação administrativa.

No que tange ao primeiro aspecto (cujo alcance debateremos, *infra sub 3.*, quando nos defrontarmos com as funções do regulamento), trata-se de propugnar uma compreensão do regulamento que o não transforme num simples densificador de pormenores de uma disciplina jurídica integralmente desenhada a nível legislativo, sustentando antes uma perspectiva que, dentro do respeito pelas exigências de sentido inerentes ao princípio do Estado de direito democrático (enquanto decisões constitucionais estruturais do ordenamento jurídico administrativo, que, na sua actuação complementar e coordenada, apontam no sentido quer da tutela dos direitos dos cidadãos, quer na garantia da legitimação das decisões públicas³⁸), permite conferir-lhe um papel activo na tarefa normativa de actuação de um programa legislativo – daí a referência que efectuaremos ao regulamento no exercício das suas funções de dinamização legislativa e de dinamização da ordem jurídica (cf. 3.3. e 3.4.).

A progressiva libertação das amarras a que o exercício da acção administrativa se encontrava vinculado comporta também uma desvalorização do direito das formas, com o propósito de atingir uma maior flexibilização das actuações. Repare-se inclusivamente que esta desvalorização do direito das formas chega a atingir o próprio regulamento que surge ultrapassado por um infindável subconjunto de fontes (de valor infra-legal) com carácter normativo.

und Verwaltungsgerichtsbarkeit», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 34, De Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 231 e ss..

³⁸ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 44 e ss.; v. também ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1982, p. 73, que defende consubstanciar as decisões fundamentais com respaldo constitucional (*verfassungsgestaltende Grundentscheidungen*) marcas angulares (*Eckwerte*) do Direito Administrativo (onde inclui Estado de direito, democracia, socialidade e federalidade). Sobre a dependência do Direito Administrativo relativamente ao Direito Constitucional, cf. ainda BACHOF, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 30, De Gruyter, Berlin/New York, 1972, pp. 195 e s., 200 e ss.. Sublinhando a aproximação recíproca e a convergência entre Direito Administrativo e Direito Constitucional, cf. CASSESE, «Tendenze e Problemi del Diritto Amministrativo», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 4, 2004, p. 906 e ss..

β) Só que as consequências da afirmação da vinculação da lei ao direito não ficam por aqui. A erosão do sentido tradicional do princípio da legalidade conduziu à multiplicação dos parâmetros de vinculação da actuação administrativa e, conseqüentemente, à pulverização dos centros de poder e ao correspondente pluralismo normativo, com impactos no plano internacional (*rectius*, supra-nacional) e a nível interno³⁹. Alude-se hoje a um «princípio da juridicidade *multilevel*», que remete para a «produção multinível do direito»⁴⁰ ou para uma «interconexão de camadas jurídicas»⁴¹, onde as expressões reinantes são «pluralização interna», «disformidade normativa e administrativa», «ordenamento compósito», «gradação do poder normativo», «normatividade(s) em rede», «internormatividade»⁴². Esta pluralização abre caminho a antinomias normativas, que exigem dos órgãos da Administração uma postura metodológica activa, na tarefa da procura do critério de solução mais adequado à decisão do caso concreto e da determinação da normatividade aplicável, titulando um autêntico poder de «autotutela declarativa da normatividade»⁴³ – aspecto que apresenta uma indelével ligação à temática da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade.

i) Esta pluralização ocorre logo ao nível interno⁴⁴. Efectivamente, se o confronto do Direito Administrativo com as realidades transportadas pela internacionalização e

³⁹ Cf. a interessante análise efectuada por D'ATENA, *Costituzionalismo Multilivello e Dinamiche Istituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, do prisma do ordenamento jurídico italiano. A interacção entre ordens normativas constitui, aliás, um dos vectores do pluralismo jurídico – cf., v. g., Wei DAN, «O Pluralismo Jurídico na China», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIV, 2008, p. 305 e bibliografia aí citada.

⁴⁰ V., entre nós, Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica Multinível: *Spill-Over Effects* e Interpretação Conforme o Direito da União Europeia», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3955, ano 138.º, Março/Abril 2009, *passim*. Cf. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 244 e 269, anotações IX ao artigo 7.º e XX ao artigo 8.º.

⁴¹ RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., p. 1100, referindo-se à *Vernetzung der Rechtsschichten*.

⁴² CASSESE, «Il Diritto Amministrativo Europeo Presenta Caratteri Originali?», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 2003, p. 49; João LOUREIRO, «Adeus ao Estado Social? O Insustentável Peso do Não-Ter», in: *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 65 e s.. Precursoramente, SANDULLI, *L'Attività...*, cit., p. 15 (aludindo, nas páginas subsequentes, a manifestações históricas de fenómenos análogos).

⁴³ Cf. também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 699, 701 e s., associando ainda a «inquietude metodológica complexa» das estruturas encarregues do exercício da função administrativa à «neofeudalização do complexo normativo». V. ainda CIMELLARO, «Il Principio di Legalità in Trasformazione», in: *Diritto e Società*, n.º 1, 2006, p. 130.

⁴⁴ Mesmo em Estados não federais como o nosso – como sublinha D'ATENA (*Costituzionalismo...*, cit., p. XIII), a ideia de sistema constitucional complexo (*multi-layered constitution*) já era típica dos Estados federais, em que com a constituição da Federação convivem as constituições dos Estados federados.

europização do ordenamento jurídico (a que nos reportaremos já de seguida) leva ao que alguns Autores designam por uma «revolução anti-estatal», a mesma surge também no plano interno, sendo aí protagonizada pelo (res)surgimento de entidades infra-estaduais com poderes normativos, que (para alguns) «vampirizam» parte da soberania estadual⁴⁵, transformando o panorama jurídico numa plêiade de soberanias e conduzindo à «medievalização» do Estado⁴⁶. Daí o policentrismo normativo a que assistimos – correspectivo da «crise da centralidade do Estado»⁴⁷, da «estrutura policêntrica do Estado»⁴⁸, da presença de um «Estado multinível»⁴⁹ e da desconcentração e descentralização jurídicas⁵⁰ (concebidas, inclusivamente, como obrigações constitucionais⁵¹) –, com repercussões (como as que analisaremos) ao nível do fundamento do poder regulamentar e no plano das entidades com competência normativa, a originar uma teia complexa de articulação entre fontes normativas em geral, e no seio dos regulamentos em especial⁵². Como veremos, a admissibilidade da atribuição de poderes normativos, com amplitude significativa, a entidades públicas muito diversas (desde a Administração autónoma à Administração independente) exige uma articulação entre esta juridicidade complexa e o princípio democrático (cf., *infra*, 3.4.).

Neste sentido, o princípio da juridicidade, além de acentuar a submissão da Administração a princípios normativos e à Constituição (enquanto fonte supra-legislativa) envolve uma subordinação da actividade administrativa também a fontes infra-legislativas,

⁴⁵ Nestes termos, cf. PARADA VÁZQUEZ, «La Segunda Descentralización: Del Estado Autonómico al Municipal», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 172, Janeiro/Abril 2007, pp. 10 e 77.

⁴⁶ Assim, Ming e Bull, *apud* PARADA VÁZQUEZ, «La Segunda Descentralización...», cit., p. 11, salientando a grande proximidade do Estado do século XXI com a Europa dos séculos XII e XIII.

⁴⁷ CIMELLARO, «Il Principio...», cit., p. 120.

⁴⁸ PUNSET BLANCO, «Potestades Normativas y Forma de Gobierno», in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 87, ano 29.º, Setembro/Dezembro 2009, p. 11.

⁴⁹ PARRADO, «The Role of Spanish Central Government in a Multi-level State», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 3, vol. 76, Setembro 2010, pp. 469 e ss..

⁵⁰ Neste sentido, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 703.

⁵¹ Assim, a propósito da descentralização, Maria Lúcia AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 367 e ss..

⁵² A esta pluralização também não é alheia a emergência de estruturas cooperativas e consensuais de normaçoão, enquanto sintoma e tentativa de compensação da perda de poder por parte do Estado – consonante com a devolução de poderes públicos à sociedade, em coerência com a ideia segundo a qual a prossecução do bem comum constitui uma responsabilidade partilhada entre o Estado e sociedade (cf., teorizando sobre a *shared responsibility*, SCHUPPERT, «The Ensuring State», cit., pp. 55 e ss.; v. ainda p. 71). Eis-nos, pois, diante de uma consequência das inúmeras tarefas cometidas à esfera pública, que imprime uma maior necessidade de normas e acaba por determinar a partilha (formal ou informal) desta competência com os privados (quer através da devolução do poder para a emissão normas, quer mediante a acentuação dos mecanismos de participação, quer em resultado da permeabilização das normas a interesses privados). Cf. BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 68 e ss., e 745.

onde se incluem as normas regulamentares, corporizando esta última consideração uma autêntica dimensão da subordinação administrativa ao direito⁵³. A disciplina do agir da Administração pressupõe a concorrência de vários planos ou níveis normativos sobre uma determinada matéria⁵⁴, níveis esses que assumem uma notável pluralidade⁵⁵ (mesmo atendendo exclusivamente ao quadro dos regulamentos administrativos), dando azo a complexas relações inter-regulamentares. Daí que Pietzcker⁵⁶ propusesse, já em 1979, a superação do princípio da preferência ou primazia da lei (demasiado estreito para abarcar a intrincada teia de competências normativo-públicas) pelo princípio da preferência (ou primazia) do acto estadual hierarquicamente supra-ordenado (*Vorrang des jeweils ranghöheren staatlichen Aktes*).

ii) O pluralismo normativo remete ainda para a consideração de parâmetros de vinculação administrativa provenientes do direito internacional e do direito europeu⁵⁷, consonante com a desnacionalização do Direito Administrativo⁵⁸. A «estadualidade aberta»⁵⁹, manifestada nos artigos 7.º e 8.º da Constituição, constitui outro vector determinante na evolução do sentir no pólo «direito» orientador da acção administrativa. Reportamo-nos à «internacionalização da Administração», aqui entendida, no sentido

⁵³ Assim, SCHMIDT-ASSMANN (*Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 48) entende a vinculação jurídica da Administração como meio para estabelecer uma direcção da Administração proveniente do exterior (operada pelo direito europeu ou pelo legislador) ou do interior da mesma (decorrente do direito por ela própria produzida) – *Fremd- e Eingensteuerung*, respectivamente –, bem como para a submeter ao controlo jurisdicional.

⁵⁴ Cf. também GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 213 e s..

⁵⁵ Em 1997, OSSENBUHL («Gesetz und Verordnung im Gegenwärtigen Staatsrecht», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 4, ano 12.º, 1997, p. 310) já considerava, estatisticamente, que, por cada lei, existem, em média, três regulamentos. Por sua vez, agora em 2006, RUFFERT («Rechtsquellen...», cit., p. 1114), para caracterizar a dimensão assumida pela actividade regulamentar, prevê que se emita “um regulamento por cada dia útil”.

⁵⁶ PIETZCKER, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», in: *Juristische Schulung*, fasc. 10, ano 19.º, 1979, p. 710.

⁵⁷ Sem que ignoremos o fenómeno do Direito Administrativo global, constituído à margem dos Estados – cf., v. g., CASSESE, «Lo Spazio Giuridico Globale», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2, 2002, pp. 323 e ss., e «Il Diritto Amministrativo Globale: Una Introduzione», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2, 2005, pp. 331 e ss., e, entre nós, Suzana Tavares da SILVA, *Um Novo Direito...*, cit., pp. 19 e ss..

⁵⁸ CASSESE, «Tendenze...», cit., p. 902.

⁵⁹ SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 66, a propósito dos artigos 23 e 24 da *Grundgesetz*. Sobre as implicações do último princípio da estadualidade aberta no Direito Administrativo, cf., v. g., RUFFERT, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, München, 2006, pp. 1093 e s..

cunhado por Schmidt-Aßmann⁶⁰, como aglutinando “todos aqueles fenómenos de carácter administrativo que ultrapassam as fronteiras dos espaços administrativos nacionais, quer procedam dos mesmos, quer tenham sido concebidos desde um primeiro momento sem consideração de tais fronteiras”, a pôr em causa a territorialidade como um dos axiomas básicos do Direito Administrativo e a afastar a ideia de que os direitos administrativos são filhos dos Estados nacionais⁶¹.

Tal como sucede relativamente à internacionalização do direito, em geral, também a ocorrência deste fenómeno ao nível do Direito Administrativo opera em duas frentes, conjugando a necessidade de aproximação de conteúdos normativos entre os ordenamentos (imprescindível para o desenvolvimento de actividades com projecção transnacional) com a diluição do monopólio estadual de produção jurídica (que permite a superação das especificidades nacionais pela adopção de instrumentos normativos não estaduais) – problemas tanto mais delicados, quanto não decorrem hoje apenas da coexistência entre Estados, mas também da produção normativa ao nível de organizações internacionais de integração⁶².

Não se estranhará, portanto, que a «internacionalização do Direito Administrativo» se sublime na sua comunitarização ou, melhor, na sua europeização. Sublinhava já Bachof⁶³ que “o Direito da Comunidade Europeia é essencialmente Direito Administrativo, e, em especial, Direito Administrativo da Economia”; por seu lado, Schwarze⁶⁴ considera o Direito Administrativo nacional como um «direito mutável sob influência externa» (*ein unter externem Einfluß wandelbares Recht*); em sentido similar, Ehlers⁶⁵ afirma que “a

⁶⁰ SCHMIDT-ASSMANN, «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el Reto de la Internacionalización de las Relaciones Administrativas», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 171, Setembro/Dezembro 2006, p. 9.

⁶¹ V. CASSESE, «Gamberetti, Tartarughe e Procedure. Standards Globali per i Diritti Amministrative Nazionali», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, 2004, p. 661.

⁶² Cf. BAYÓN MOHINO, «Internacionalización del Derecho y Metodología Jurídica», in: Figueiredo DIAS (org.), *Internacionalização do Direito no Novo Século*, Studia Iuridica 94, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 17 e 23.

⁶³ BACHOF, «Die Dogmatik...», cit., p. 236. Sobre a importância do Direito Administrativo na génese da ordem jurídica europeia, cf. Fausto de QUADROS, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 13 e ss.. Em sentido próximo, GIANNINI, «Profili di un Diritto Amministrativo delle Comunità Europee», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 4, 2003, pp. 982 e ss., sublinhando a instrumentalidade inerente à recorrência aos conceitos próprios do Direito Administrativo, prestáveis, pelo seu desenvolvimento, à sua recepção pelo ordenamento jurídico comunitário.

⁶⁴ SCHWARZE, «Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 16, ano 111.º, Agosto 1996, p. 882.

⁶⁵ EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, p. 179. Neste sentido, a europeização do Direito Administrativo identifica-se não apenas com a influência, mas sobretudo com a

Comunidade Europeia é também uma Comunidade de Administração(ões) (*Verwaltungsgemeinschaft*)’.

A europeização⁶⁶ do Direito Administrativo – que permite a referência a um «Direito Administrativo Europeu em devir»⁶⁷ ou ao advento de um *ius commune* como «projecto»⁶⁸ – aponta num duplo sentido de criação de um Direito Administrativo da União Europeia (*hoc sensu*, um Direito Administrativo próprio – *Eigenverwaltungsrecht* – que tem por referência a União, exercida pelas instituições europeias e pelas administrações dos Estados-membros) e de aproximação recíproca dos sistemas jurídicos nacionais, tendo em vista a harmonização das normas de Direito Administrativo dos Estados-membros⁶⁹ e a criação de um *Espaço Administrativo Europeu*⁷⁰. A emergência

conformação dos direitos administrativos nacionais pelo pensamento jurídico europeu e pelas actuações administrativas europeias (cf. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 31).

⁶⁶ Sobre a diferença entre Direito Administrativo Europeu e Direito Administrativo Comunitário, v. Fausto de QUADROS, *A Nova Dimensão...*, cit., pp. 21 e s. (cf. também Fausto de QUADROS, *Droit de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 453 e ss.). Trata-se, porém, de uma distinção que o Tratado de Lisboa vem estabelecer noutros termos, ao substituir o adjectivo «comunitário» pela expressão «da União» [cf. artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Tratado de Lisboa, relativo às alterações horizontais a introduzir no *Tratado da Comunidade Europeia*, agora designado como *Tratado relativo ao Funcionamento da União Europeia*], a postular, como corolário de um novo patamar da construção europeia, também uma substituição da designação «direito comunitário» pela de «direito da União Europeia».

⁶⁷ Trata-se do título da conhecida obra organizada por SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Baden-Baden, 1982. Cf. SOMMERMANN, «Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 16, ano 111.º, Agosto 1996, pp. 889 e 891.

⁶⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Thomson/Civitas/Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 302 e ss..

⁶⁹ Cf. Botelho MONIZ/Moura PINHEIRO, «Rapport Portugais», in: SCHWARZE (org.), *Administrative Law under European Influence*, Nomos/Sweet & Maxwell, Baden-Baden/Londres, 1996, p. 688. SOMMERMANN («Europäisches Verwaltungsrecht...», cit., p. 891) refere-se à europeização do Direito Administrativo apenas neste último sentido, identificando-o com o fenómeno conducente à nova interpretação, à modificação de conteúdos e à substituição dos ordenamentos jurídico-administrativos nacionais em consequência de normas comunitariamente pré-determinadas; em sentido próximo, CASSESE [«Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali», in: CHITI, Mario/GRECO, Guido (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo – Parte Generale*, 2.ª ed., tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 10] alude à «abertura lateral dos direitos administrativos nacionais», que se traduz em três dimensões: o efeito de conformação (já que os ordenamentos nacionais vêem-se, em certos sectores, obrigados a adoptar determinados institutos), o efeito de harmonização (porquanto os ordenamentos nacionais, uma vez estabelecido um denominador comum, mais facilmente se aproximam) e o princípio do mútuo reconhecimento (dos actos administrativos emitidos pelas administrações dos Estados membros). Estamos, por isso, muito longe (em termos temporais e substanciais) do «Direito Administrativo Europeu» a que, em 1967, se reportava Marcello CAETANO («Tendências do Direito Administrativo Europeu», in: *Revista de Direito Público*, n.º 1, Julho/Setembro 1967, pp. 25 e ss.), Autor que, após um esboço da evolução de vários modelos (liberal francês e alemão, britânico, socialista e português), acaba por adoptar um entendimento globalmente compreensivo do conceito, onde inclui “o estudo das normas de organização e disciplina da Administração Pública, que traçam a esfera própria da sua a[c]ção, atribuem poderes aos seus órgãos e regulam os modos de exercício da sua a[c]tividade”.

É evidente que o grau de influência exercido pela força harmonizadora do direito europeu não se revela idêntico em todas as áreas do Direito Administrativo, em virtude da limitação das competências da União – assim, v. g., encontramos uma decisiva penetração daquele no direito da contratação pública, porquanto está em causa a necessidade de assegurar a livre concorrência e o princípio da igualdade de tratamento no espaço comunitário. Até este momento, e sem prejuízo da índole abrangente da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o esforço harmonizador do direito comunitário concentrou-se apenas em algumas

deste último conceito e da realidade a que pretende reportar-se destina-se justamente aludir a um nível (básico) de convergência ao nível de estruturas, normas, procedimentos e garantias administrativas que assegurem uma interpretação e aplicação uniforme do direito europeu pelas administrações dos Estados membros⁷¹ – ou, se preferirmos, trata-se de uma “metáfora com implicações práticas para os Estados membros, corporizando, *inter alia*, princípios de direito administrativo, como um conjunto de critérios a ser aplicados pelos Estados candidatos nos seus esforços para atingir a capacidade administrativa exigida para a pertença à EU”⁷². Certo é, porém, que da exigência da construção de um Espaço Administrativo Europeu evoluiremos provavelmente para um objectivo menos ambicioso, mas mais praticável de uma «Comunidade Administrativa

áreas do Direito Administrativo – aquelas mais estreitamente ligadas às suas preocupações económicas e de defesa da concorrência (telecomunicações, ambiente, agricultura, indústria, I&D, controlos fronteiriços). Cf. *European Principles...*, cit., p. 16; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado...*, cit., tomo II, pp. 99 e ss.). Como salienta, entre nós, Pedro GONÇALVES («Direito Administrativo...», cit., p. 551), a aproximação dos regimes nacionais nestas matérias resulta, em grande medida, da transposição de directivas comunitárias, cujo âmbito se não circunscreve à definição de regimes substantivos, mas alcança igualmente o desenho institucional da Administração (o Autor refere-se, *in concreto*, aos sistemas de regulação). Atente-se, porém, que, com frequência se assiste à reformulação contextual das normas nacionais em matérias sobre as quais o direito europeu não exerceria influência, a fim de assegurar a coerência do direito interno. V. SCHWARZE, «The Europeanization...», cit., p. 820, Autor que defende um *crescendo* da influência europeia no Direito Administrativo nacional de Estados, como o português, o espanhol ou luxemburguês, cujo desenvolvimento é marcado por uma proximidade com modelos estrangeiros (*Op. cit.*, p. 823), sem que, contudo, se possa ainda pensar numa futura codificação de *ius commune europæum* neste âmbito (*Op. cit.*, p. 837).

Sobre os vários sentidos (diacrónicos e sincrónicos) da expressão «Direito Administrativo Europeu», cf., v. g., a síntese de Maria Luísa DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 14 e ss.; cf. também pp. 67 e ss., para uma caracterização deste direito.

⁷⁰ Recorde-se a importância revestida por este problema aquando do alargamento da União aos treze Estados da Europa Central e Oriental. Como resulta dos estudos elaborados no contexto do projecto *SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management)*, resultante de uma iniciativa conjunta da UE e da OCDE, a ausência de normas comunitárias aplicáveis à Administração pública torna delicada a apreciação dos requisitos de adesão; nesta medida, constitui objectivo do projecto *SIGMA* a existência de sistemas administrativos e instituições da Administração Pública capazes de implementar e garantir o *acquis communautaire* (não formalizado, mas que constitui o «Direito Administrativo Europeu Geral»), de acordo com um princípio de obrigação de resultado – cf. *European Principles for Public Administration*, Sigma Papers n.º 27, CCNM/SIGMA/PUMA(99)44/REV1, OCDE, Paris, 1999, pp. 6, 14 e s.. Sobre os requisitos e a importância assumida pela reforma administrativa no contexto da adesão de novos Estados, v. *Preparing Public Administrations for the European Administrative Space*, Sigma Papers n.º 23, CCNM/SIGMA/PUMA(98)39, OCDE, Paris, 1998, pp. 111 e ss..

⁷¹ Para este propósito também contribui o actual *Programa IDAB (Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Business and Citizens)*. Embora filiando-se no anterior *Programa IDA (Interchange of Data Between Administrations)*, institucionalizado pelas Decisões n.ºs 1719/99/CE, e 1720/99/CE, ambas de 12 de Julho de 1999, do Parlamento Europeu e do Conselho (in: *JOCE*, n.º L203, 03.08.1999, pp. 1 e ss., 9 e ss., respectivamente) – o qual tinha como objectivo a coordenação no intercâmbio de informações entre administrações através da criação de redes telemáticas transeuropeias e interoperáveis entre as Administrações dos Estados membros (sobre os antecedentes do IDA, cf., v. g., MORENO MOLINA, *La Ejecución Administrativa del Derecho Comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 86 e ss.) –, o IDAB possui um alcance mais amplo, pois que constitui um programa para a prestação interoperável de serviços pan-europeus de administração em linha, dirigido não só às Administrações públicas europeias e instituições comunitárias, mas também a empresas e cidadãos europeus (cf. artigo 1.º da Decisão n.º 2004/387/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, publicada, após rectificação, in: *JOUE*, n.º L 181, 18.05.2004, pp. 25 e ss.).

⁷² Cf. *European Principles...*, cit., p. 6 (concretamente, sobre o leque de princípios cristalizados pela ideia de Espaço Administrativo Europeu, v. pp. 9 e ss.).

Europeia»⁷³, o qual, se não olvida a heterogeneidade das estruturas administrativas dos Estados membros⁷⁴ e reconhece a coexistência de áreas (da função administrativa) reguladas pela União e outras da responsabilidade estadual, aponta para um conjunto de requisitos funcionais cujo alcance pelas administrações nacionais dos Estados candidatos se revela imprescindível a uma eventual adesão, não deixando, todavia, de se assumir como um indicador da evolução da convergência dos Direitos Administrativos dos Estados membros num Direito Administrativo Europeu (não sectorial). Tal ideia tem a vantagem de não conduzir necessariamente a uma (frequentes vezes considerada como perigosa, porque rígida e inflexível) codificação dos princípios e normas comuns aos ordenamentos jurídico-administrativos dos vários Estados-membros, disciplinadores da actuação administrativa de execução do direito europeu ao nível nacional («codificação horizontal»)⁷⁵. Daí a configuração do próprio Direito Administrativo Europeu, como um «direito multinível», onde interagem os níveis nacional e europeu⁷⁶.

Esta evolução projecta-se, em primeira linha, na renovação do quadro das «fontes» de Direito Administrativo (ou na «alteração dos repertórios da acção estadual»⁷⁷) e respectiva articulação, permitindo a introdução de novos desvalores nas relações entre elas. Com reflexos inelimináveis na visão tradicional do princípio da legalidade (também como fundamento do poder regulamentar), a internacionalização e, sobretudo, a europeização do Direito Administrativo com este reflexo insere, sob determinada perspectiva, novos parâmetros de juridicidade da actividade administrativa, contribuindo para o «alargamento

⁷³ O conceito e a respectiva caracterização devem-se a SIEDENTOPF/SPEER, «The European Administrative Space from a German Administrative Science Perspective», in: *International Review of Administrative Sciences*, vol. 69, 2003, p. 23. Repare-se que, entre nós, Fausto de QUADROS (*A Nova Dimensão...*, cit., p. 12) alude, já em 1999, à Comunidade Europeia como uma «Comunidade de Direito Administrativo», em consequência da atracção recíproca entre o Direito Administrativo e o Direito Comunitário.

⁷⁴ Sem prejuízo da influência significativa de certos ordenamentos (como é o caso do francês ou do alemão) sobre o Direito Administrativo de outros Estados e da existência de princípios comuns a todos eles, a diferença de natureza e de tradições inerente às administrações públicas dos diversos Estados membros – que, durante algum tempo, desmotivou o direito comparado neste domínio – constitui, aliás, um dos obstáculos primeiros à influência aproximadora dos vários Direitos Administrativos – cf. SCHWARZE, «Konvergenz...», cit., pp. 881 e ss..

⁷⁵ Sobre os entraves e as vantagens (desde logo, no plano da segurança jurídica e da transparência) que a codificação das normas e princípios comuns aos Estados pode importar para o desenvolvimento de uma harmonização do Direito Administrativo ao nível comunitário, cf. SCHWARZE, «Konvergenz...», cit., pp. 886 e ss.; v. também, sobre a codificação europeia das normas do procedimento administrativo, SOMMERMANN, «Europäisches Verwaltungsrecht...», cit., pp. 896 e ss..

⁷⁶ CASSESE, «Il Diritto Amministrativo Europeo Presenta Caratteri Originali?», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 2003, p. 37. Seguindo esta perspectiva, cf. Suzana Tavares da SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 57.

⁷⁷ HILL, «Normsetzung...», cit., p. 1020. O Autor identifica ainda, como núcleos da repercussão da «estadualidade europeia», a alteração do âmbito de acção dos executivos nacionais, a recompreensão da separação de poderes e a influência das estruturas nacionais de legitimação (*Op. cit.*, p. 1021).

de bloco da legalidade»⁷⁸ ou, como preferimos, um alargamento dos parâmetros de vinculação da Administração e, por conseguinte, do exercício do poder regulamentar (pense-se, v. g., na execução de regulamentos europeus por regulamentos das administrações dos Estados membros) – a colocar novos desafios para a definição das relações inter-normativas e para a resolução das antinomias normativas e, da nossa perspectiva teleologicamente interessada, para a delineação de um conceito e um regime de invalidade do regulamento.

γ) Finalmente, e como consequência directa das dimensões acabadas de referir, a vinculação administrativa ao direito constitui um arrimo para a tematização de uma concretização metodologicamente activa da juridicidade. Como desenvolveremos mais adiante (cf., *infra*, Parte II, *passim*, e Parte IV, 1.2.), o exercício da função administrativa ao nível do caso concreto pressupõe responsabilidades acrescidas dos decisores administrativos, agora vinculados também ao controlo da juridicidade da própria actuação. É justamente esta compreensão da subordinação da Administração ao direito que abre caminho à possibilidade de os órgãos administrativos apreciarem a validade das normas jurídicas, em especial dos regulamentos administrativos, no momento em que os estejam a mobilizar para a decisão de casos concretos, e actuarem em conformidade com o juízo efectuado. Não se ignora que este entendimento suscita questões delicadas: na linha de Schmidt-Aßmann⁷⁹, alertamos também para o «perigo de uma legalidade selectiva» (*Gefahr selektiver Gesetzmäßigkeit*); todavia, e acompanhando ainda este Autor, os riscos associados a uma postura activa da Administração no auto-controlo da juridicidade (riscos esses que afectam, sobretudo, a igualdade e a segurança jurídica) devem ser acautelados por uma Justiça Administrativa com uma função clarificadora e estabilizadora.

2. O recentramento do princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar e o fenómeno da deslegalização

A paulatina desvalorização do princípio da legalidade não permite que o obliteremos enquanto fundamento do poder regulamentar, embora postule o respectivo recentramento a uma nova luz. Com efeito, na relação entre o legislador e a Administração – ou entre poder legislativo e poder normativo-regulamentar –, a tónica reside, em regra,

⁷⁸ Assim, Fausto de QUADROS, *A Nova Dimensão...*, cit., p. 44.

⁷⁹ SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 55 e s.

numa concepção do princípio da separação de poderes, em que o poder legislativo se assume como originário (*rectius*, não dependente de habilitação), em consonância com a natureza primária da função legislativa, e o regulamento, enquanto forma de actuação administrativa, assenta numa habilitação legal, adequando-se à natureza secundária da função administrativa.

2.1. O princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar: generalidades

Estando a Administração vinculada a todo o direito, e não apenas à lei, poder-se-ia considerar obsoleta a referência ao princípio da legalidade enquanto fundamento de toda a actividade administrativa. Todavia, e desde que não se olvide a vinculação da Administração por um espectro mais alargado de princípios e normas jurídicos (congruente com a sua subordinação ao princípio da juridicidade), permanece útil uma tentativa de reconstruir a referência ao princípio da legalidade, enquanto pressuposto necessário à emissão de regulamentos – sem prejudicar o que adiante se dirá quanto aos limites jurídicos ao poder regulamentar, temática em que os regulamentos surgirão enquadrados no contexto mais vasto da juridicidade em geral, e dos diversos blocos normativos, em especial.

I. Na verdade, não é ocioso relembrar que também o regulamento, enquanto uma das formas do exercício da actividade administrativa, encontra o seu fundamento *directo* no princípio da legalidade – verdadeira «garantia do cidadão contra arbítrio do administrador»⁸⁰ –, dependendo de uma atribuição: tal como acentua Zanobini⁸¹, o poder regulamentar não consubstancia um poder próprio e original da autoridade administrativa, mas assume-se como uma atribuição de competência efectuada pela Constituição ou pela lei (pelo menos a nível interno). Ou, talqualmente resulta do n.º 7 do artigo 112.º da Constituição, a emissão de um regulamento há-de ter por base, pelo menos, uma lei que defina a respectiva competência objectiva e subjectiva⁸². E isto é assim, porquanto os

⁸⁰ Rogério SOARES, «Princípio...», cit., p. 169.

⁸¹ ZANOBINI, «Sul Fondamento Giuridico della Potestà Regolamentare», in: *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 4.ª série, vol. III (vol. LXXXVII), 1922, p. 25.

⁸² V. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 352. Cf. também Jorge MIRANDA, «Regulamento», cit., p. 266; nesta acepção, o Autor alude a um «princípio da tipicidade dos regulamentos», no duplo sentido de que não pode existir nenhuma forma de regulamento não prevista na lei e de que nenhum regulamento pode criar outro tipo ou forma de regulamento (*Op. cit.*, p. 270).

regulamentos constituem “um instrumento de desempenho de um encargo que o legislador comete à Administração para se desonerar de tarefas que considera incómodas, ou em face das quais se considera pouco apetrechado”⁸³.

A doutrina refere-se a duas excepções ao princípio do fundamento legal dos regulamentos: os regulamentos internos (em geral) e os regimentos de órgãos colegiais (em especial, *i. e.*, enquanto uma das subespécies dos regulamentos de organização). Relativamente a estes últimos, as posições oscilam entre fundamentá-los num poder de soberania inerente à Administração⁸⁴ ou no poder de auto-organização do órgão⁸⁵; maior interesse reveste o fundamento inerente à emissão de regulamentos internos em geral, na sua qualidade de normas com *eficácia interna*.

Tradicionalmente efectuada em função do âmbito de eficácia, a diferença entre regulamentos externos e internos constitui uma das questões mais problemáticas do Direito Administrativo, que se complexifica quando cruzada com a distinção, no âmbito das designadas «relações especiais de Direito Administrativo», entre a relação orgânica e a relação de serviço.

A distinção entre regulamentos externos e internos radica historicamente na dicotomia efectuada pela doutrina germânica entre os «regulamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*) – destinados a disciplinar as relações (jurídicas) externas – e os «regulamentos administrativos» (*Verwaltungsverordnungen*) – incidentes sobre as relações internas (de natureza não jurídica). Esta posição, preconizada por Laband e Georg Jellinek⁸⁶, assentava na autonomização de um conceito formal e um conceito material de *Verordnungen*, os quais identificavam, respectivamente, as prescrições qualificadas em termos materiais como leis, mas emitidas através do procedimento e sob a forma de *Verordnungen*, e aquelas que, não intervindo no âmbito do legislador, representavam uma espécie diferente da lei. Assumindo relevo determinante no contexto

⁸³ Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, cit., p. 100.

⁸⁴ Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 242 e s..

⁸⁵ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 177.

⁸⁶ Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1919, pp. 366 e ss., esp.^{te} pp. 384 e ss., para quem as *Rechtsverordnungen* constituem, em termos materiais e à semelhança da lei, uma expressão directa da vontade do Estado (*unmittelbare Aeusserung des Staatswillens*), e exprimem, por conseguinte, uma vinculação idêntica à da lei; o Autor admite, sob determinadas circunstâncias pautadas pela urgência, a existência de *Verordnungen* substitutivas da lei (as *Notverordnungen*). Todavia, a par destas, reconhece-se um outro tipo de *Verordnungen*, que se inscrevem no exercício de uma tarefa de execução da lei, desempenhada agora de modo geral e abstracto (*Vollzugsverordnungen* ou *Ausführungsverordnungen*); a dispensa da previsão legal da emissão destas normas está ancorada na sua necessidade lógica em face da função (cometida ao Governo) de executar a lei.

Tendo em conta que a Administração (agora não circunscrita apenas ao Governo) se não esgota nesta tarefa de execução da lei, mas prossegue actividades excluídas da esfera dos particulares (educação, saúde, património), defende o Autor que as entidades administrativas necessitam de ter ao seu dispor instrumentos normativos adequados aos fins que está adstrita a cumprir – eis-nos no cerne das designadas *Verwaltungsverordnungen*: nas expressivas palavras de Georg JELLINEK (*Op. cit.*, p. 386), “até onde chega o poder de disposição de uma pessoa, aí vai o Direito Administrativo. Quem possui um direito de disposição, tem também um direito de generalizar essas disposições, isto é, um direito regulamentar”.

da monarquia dualista alemã, a citada distinção permitia enfatizar o carácter materialmente legislativo das *Rechtsverordnungen* emanadas pelo Rei, sem necessidade do aval do parlamento (pelo menos, nas matérias que não atingissem a liberdade e a propriedade), face ao carácter meramente interno das *Verwaltungsverordnungen*, que, enquanto tal, não possuíam a virtualidade de vincular os cidadãos às suas prescrições.

Dentro destas últimas assumiam especial relevância as *Verwaltungsvorschriften*, enquanto regulamentos adoptados no quadro das então designadas relações especiais de poder⁸⁷ – daí que alguma doutrina efectuasse a contraposição entre os «regulamentos administrativos» (agora no sentido de regulamentos jurídicos) e as «prescrições administrativas» (as já referidas *Verwaltungsvorschriften*)⁸⁸, em consonância com a compreensão positivista do direito que, sendo identificado com a lei, se destinava apenas a regular a liberdade e propriedade dos cidadãos e a estabelecer restrições aos respectivos direitos fundamentais. Por outro lado, e vigorando então a «teoria da impermeabilidade» das pessoas colectivas públicas, o que se passava no interior das mesmas revestia carácter meramente interno (na medida em que não atingia os cidadãos), constituindo as regras disciplinadoras simples «direito interno», que carecia de natureza jurídica⁸⁹ – nesta óptica, as relações ocorridas no interior de cada entidade pública (porque não consubstanciavam relações entre o Estado e os cidadãos) e o «direito interno» (*Innenrecht*) que as regulava configuravam um espaço livre do direito⁹⁰.

Actualmente, e para além das *Satzungen* (identificadas com os regulamentos emanados por entidades públicas no exercício de uma autonomia legalmente conferida, tendo como destinatários as pessoas que constituem o respectivo substrato⁹¹), a concepção alemã assenta na distinção entre as *Vorschriften* e as (*Rechts*)*Verordnungen*⁹². Embora se

⁸⁷ Além destes incluíam-se também nos «regulamentos administrativos» as «instruções de serviço» (*Dienstvorschriften*) e as «directrizes administrativas» (*Verwaltungsanweisungen*) – cf. FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Etablissements Emile Bruylan, Bruxelles, 1969, pp. 228 e s..

⁸⁸ Para uma notícia desta perspectiva, cf. MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 161.

⁸⁹ *V.*, numa perspectiva histórica, AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 43 e s..

⁹⁰ Cf. *v. g.*, numa perspectiva crítica, SCHNAPP, «Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 105.º, 1980, pp. 250 e ss..

⁹¹ Para uma perspectiva problematizada do conceito de *Satzung*, cf., por todos, AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 188 e ss.. Cf. também HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 978 e ss..

⁹² A doutrina alemã identifica ainda uma quarta categoria designada como «regulamentos especiais» (*Sonderverordnungen*) correspondente à fatia das anteriores *Vorschriften* destinadas a disciplinar as relações especiais de poder, mas cujo conteúdo acaba por ser consumido quer por leis, quer por regulamentos (*Rechtsverordnungen*), quer por *Vorschriften* – cf. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., Beck, München, 2009, pp. 81, 184 e s., 626 (questionando a real existência de *Sonderverordnungen* como categoria autónoma); OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., pp. 164 e s.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 357 e s..

À concepção tripartida tradicional (*Verordnungen*, *Satzungen* e *Vorschriften*) vem-se opondo hoje o reconhecimento de outras categorias, contra a defesa de um *numerus clausus* de formas normativo-administrativas e em prol de uma abertura constitucional de formas (*Formenoffenheit des Grundgesetzes*), o que assume relevância em áreas específicas do Direito Administrativo, como sucede, *v. g.*, com o direito da segurança social – cf. AXER, *Normsetzung...*, cit., *passim*, esp.¹⁰ pp. 208 e ss., 218 e ss. (a defender que, do ponto de vista constitucional, não existe qualquer reserva de formas de norma, sendo apenas de considerar três tipos de fundamentos para as normas executivas: o reconhecimento pela Constituição de um espaço de conformação normativa, a autorização legislativa e o poder de organização e gestão; desde que enquadráveis

haja dissipado as dúvidas sobre a natureza jurídica inerente às primeiras⁹³, permanece uma distinção entre as duas figuras: enquanto as *Verordnungen* correspondem ao exercício de um poder legislativo delegado, as *Vorschriften* dizem respeito ao exercício do poder executivo, sendo, por isso, inerentes ao mesmo poder. Daí que o fundamento jurídico das primeiras radique na *lei*, que confere à Administração a autorização para a emissão regulamentar, e as segundas, na medida em que traduzem o exercício de um «direito originário de execução» (*originäres Exekutivrecht*), prescindam de uma autorização legal nesse sentido ou possuam uma «autorização inerente» (*inhärente Befugnis*)⁹⁴ ⁹⁵. A evolução conduz hoje, porém, ao reconhecimento de uma eficácia externa das *Vorschriften*, eficácia essa que complexifica esta categoria e coloca a doutrina perante a delicada necessidade de uma revisão dogmática da teoria das fontes⁹⁶.

nestes limites ou condições constitucionais, são admissíveis formas várias de normação executiva). V. também NEUMANN, *Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung?*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 23 e s., MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., pp. 556 e s.; HOFFMANN-RIEM, «Rechtsformen...», cit., pp. 907 e ss..

⁹³ Sobre esta questão, cf., v. g., OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., pp. 155 e s; v. também MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 620 e s.. Embora já MERKL defendesse a natureza jurídica das normas administrativas, nada impedindo, na opinião do Autor, a sua concepção como fontes de direito (*Teoria...*, cit., p. 163). V. ainda FORSTHOFF, *Traité...*, cit., pp. 229 e s..

Embora dissipadas, as nuvens sobre a natureza jurídica das *Vorschriften* ainda conhecem assomos – ainda em decisão de 08.02.1997, o *Bundesverwaltungsgericht* afirmava, a propósito das *Subventionsrichtlinien*, que as mesmas não constituíam normas jurídicas, mas directrizes internas da Administração (cf. *Die Öffentliche Verwaltung*, fasc. 17, ano 50.º, Setembro 1997, pp. 732 e s.).

⁹⁴ OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 158; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 358; MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 552. Em especial, sobre as *Verordnungen*, como expressão de normação delegada, cf. VAGT, *Rechtsverordnung und Statutory Instrument*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 39 e ss., e, sobre as *Vorschriften*, cf. ROGMANN, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1998, pp. 53 e ss.. Não obstante a desnecessidade de autorização legal, vão crescendo no direito alemão as disposições legislativas que disciplinam a emissão de *Vorschriften* – sobre as dificuldades dogmáticas levantadas por esta hipótese, v. AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 414 e ss..

⁹⁵ Também noutros ordenamentos jurídicos se segue uma concepção similar. Assim, em França, o *Conseil d'Etat* vem entendendo que, mesmo na ausência de uma habilitação legislativa, os ministros (com pasta), bem como todos os chefes de serviço, têm o poder de emitir as “medidas necessárias ao bom funcionamento da administração colocada sob a sua autoridade (...) na medida em que o exija o interesse do serviço” (*Arrêt «Jamart»*, de 07.02.1936). Não obstante o facto de a Constituição de 1958 não prever a titularidade do poder regulamentar pelos ministros, a jurisprudência reconheceu que aqueles emanam as medidas destinadas a assegurar o funcionamento regular dos serviços públicos (entre as quais as que se referem à organização do serviço), seguindo a ideia segundo a qual todas as autoridades devem dispor dos meios necessários à prossecução das suas funções. Cf. LONG/WEIL/BRAIBANT/DEVOLVE/GENEVOIS, *Les Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 9.ª ed., Sirey, Paris, 1990, pp. 305 e ss.; LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 14.ª ed., L.G.D.J., Paris, 1996, p. 623.

⁹⁶ Assim sucede, desde logo, com as *Vorschriften* destinadas a completar o direito da lei – cf. SCHEUNIG, «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 40, Gruyter, Berlin/New York, 1982, p. 158. Por outro lado, os resultados da evolução da teoria da autovinculação administrativa beneficiam uma aproximação em termos de eficácia (*rectius*, força jurídica) entre as *Vorschriften* e as *Verordnungen*, a partir do momento em que a jurisprudência passa a entender que o não cumprimento das disposições constantes da primeira implica uma violação do princípio da igualdade de tratamento entre os administrados – daí que OSSENBÜHL («Die Verwaltungsvorschriften in der Verwaltungsgerichtlichen Praxis», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 92, 1967, p. 17) chegue a concluir que o efeito de protecção dos administrados proporcionado por uma *Vorschrift* se revela mesmo mais intensivo que numa *Verordnung*. Cf. também, numa sinopse, RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., pp.

Entre nós tem-se seguido uma justificação similar à convocada pela doutrina alemã quanto ao fundamento de cada uma daquelas espécies. Assim, para Afonso Queiró⁹⁷, na sequência de Forsthoff⁹⁸ e Merkl⁹⁹, o poder de elaborar regulamentos internos considera-se ínsito no poder geral de soberania próprio da Administração: assumindo-se como um poder inerente ou institucional, não carecerá de uma atribuição legal; apenas a sua restrição ou limitação terá de resultar da lei. Por seu lado, Freitas do Amaral¹⁰⁰ concebe a excepção ao princípio da legalidade decorrente dos regulamentos internos à luz do entendimento segundo o qual o poder regulamentar interno apresenta como fundamento o poder de direcção, próprio do superior hierárquico. Em suma, o poder da emissão de regulamentos internos não depende de uma previsão legal expressa nesse sentido (não estando, por conseguinte, aqueles adstritos, ao dever de citação da lei habilitante), tendo como fundamento quer o *imperium* subjacente a todas as pessoas colectivas públicas, quer o poder de direcção e auto-organização no seio da Administração¹⁰¹. Aliás, no mesmo sentido, já o Tribunal Constitucional¹⁰² excluiu que para os regulamentos internos valha a norma constante do n.º 7 do artigo 112.º, ainda que, tratando-se de regulamentos mistos (com disposições de natureza externa e interna), a solução deva ser a contrária.

Mas daqui não se conclua, nem por uma identificação com a concepção já perimida de regulamentos internos como normas destituídas de natureza jurídica¹⁰³, nem pela irrelevância do princípio da legalidade neste plano. Assim, e quanto ao primeiro aspecto, importa não esquecer que a afirmação segundo a qual a emissão de regulamentos internos prescinde de uma habilitação legal nesse sentido não significa que tal emanção

1094 e ss.; HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 993 e s.. Retomaremos esta ideia, *infra* (5.3.), quando nos debruçarmos sobre a força jurídica autovinculativa dos regulamentos.

⁹⁷ Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 242 e s..

⁹⁸ FORSTHOFF, *Traité...*, cit., p. 231, que assinala a desnecessidade de uma autorização especial para a emissão dos «regulamentos administrativos», em virtude de a respectiva emissão se encontrar incluída no «poder geral de soberania» (*allgemeine Hoheitsgewalt*).

⁹⁹ MERKL, *Teoria...*, cit., p. 162.

¹⁰⁰ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 176 e s..

¹⁰¹ V. ainda Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., pp. 95 e ss. (*passim*, esp.^{te} p. 118).

¹⁰² Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 319/94, de 12 de Abril, 375/94, de 11 de Maio, 310/95, de 20 de Junho, e 666/2006, de 5 de Dezembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27.º vol., 1994, pp. 939 e ss., 28.º vol., 1994, pp. 215 e ss., <http://www.tribunalconstitucional.pt>, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 66.º vol., 2006, p. 184, respectivamente.

¹⁰³ Todavia, o Tribunal Constitucional entendeu já que os regulamentos internos (*in casu*, as circulares da Administração tributária) não preenchiam os requisitos de norma, para efeitos de controlo da constitucionalidade, por lhes falecer a característica da heteronomia normativa, com fundamento na sua não vinculatividade para o outro sujeito da relação – embora esta última afirmação não revista uma total exactidão, visto que os efeitos jurídicos próprios do regulamento interno atingem um destinatário diverso do respectivo autor (assim sucede, v. g., com as instruções emitidas pelo superior e dirigidas ao subalterno), ainda que não afectem os particulares (pelo menos, directamente).

Apesar de tudo, o Tribunal acaba por não infirmar a natureza de norma jurídica assacada aos regulamentos internos, porquanto o aspecto decisivo para a decisão em causa consistiu no facto de aqueles não constituírem “um parâmetro que o juiz não possa deixar de considerar enquanto não fizer sobre ele um juízo instrumental de validade”, motivo que tornaria dispensável o tipo de protecção jurídica e de afirmação da supremacia da Constituição que justifica a intervenção do Tribunal Constitucional. Cf. Acórdão n.º 583/2009, de 18.11.2009, in: *Diário da República*, II Série, n.º 56, 22.03.2010, p. 14008.

não corresponda ao exercício de um poder normativo *juridico*: num Estado de direito, o *imperium* subjacente aos entes da Administração Pública tem sempre a juridicidade como seu fundamento. Por outro lado, e no que tange à segunda questão, convém não ignorar que os regulamentos internos, enquanto formas da actividade administrativa, estão subordinados ao direito (e, por conseguinte, também à lei): valerão impreterivelmente também para os regulamentos internos outros vectores do princípio da legalidade, como o princípio da preferência ou preeminência da lei e o princípio da reserva de lei.

II. Assentar o fundamento do poder regulamentar no princípio da legalidade e fazê-lo decorrer de uma atribuição (constitucional ou) legal, impede a afirmação de que a emissão de regulamentos administrativos constitui um poder implícito da Administração, no sentido de que bastaria ser reconhecido a uma entidade administrativa o poder de praticar actos administrativos para, concomitantemente, se admitir a competência para a emissão de regulamentos. Estava aqui em causa a posição segundo a qual o fundamento do poder regulamentar residia na discricionariedade da Administração: a lei atribuía às autoridades administrativas uma esfera de liberdade e aquelas poderiam limitar essa liberdade própria (assim como a dos cidadãos), razão pela qual a existência de um poder discricionário seria condição necessária (mas suficiente, do ponto de vista do fundamento) para a emanação de um regulamento¹⁰⁴.

A relação biunívoca discricionariedade/poder regulamentar e o entendimento segundo o qual aquela constituiria o fundamento jurídico deste revelam-se hoje inaceitáveis. Tal-qualmente demonstrou, entre nós, Afonso Queiró¹⁰⁵, discricionariedade e poder regulamentar distinguem-se sob diversos aspectos: por um lado, a atribuição de discricionariedade à Administração para a prática de actos administrativos não pode ser por aquela banida mediante a emissão de regulamentos [nem mesmo pela emanação das designadas «directivas de discricionariedade» (*Ermessensrichtlinie*) – cf., *infra*, 5.2., II, β]; pode suceder, porém, que o legislador confira às entidades administrativas um poder discricionário destinado justamente a ser exercido por via regulamentar, poder esse que se distingue do concedido para a prática de actos administrativos e se cumpre com a

¹⁰⁴ Cf. ZANOBINI, «Sul Fondamento Giuridico...», cit., pp. 17 e s.; Santi ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, 3.^a ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 21 (v. também, embora já com uma posição um tanto diversa, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Cedam, Padova, 1932, p. 51). V. ainda Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 239; GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14.^a ed., vol. I, Civitas, Madrid, 2008, p. 188.

¹⁰⁵ Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 239 e ss.. A posição que tornava indissociáveis a discricionariedade e o poder regulamentar – típica da doutrina italiana – foi também objecto de contestação no texto clássico de ZANOBINI, «Sul Fondamento Giuridico...», cit., pp. 18 e ss..

emanação do regulamento (correspondendo às hipóteses de discricionariedade regulamentar – cf. *infra*, 3.4.); finalmente, o exercício do poder regulamentar nem sempre subentende um poder discricionário conferido à Administração – assim sucederá nas hipóteses dos regulamentos executivos¹⁰⁶. A emissão de regulamentos pressupõe, pois, a existência de uma lei prévia que os admita.

A questão anteriormente enunciada reveste ainda hoje uma relevância decisiva na resolução do problema da legitimidade das *habilitações legais implícitas*: não está em causa reconhecer à Administração um poder implícito de emitir regulamentos sempre que, em concreto, aquela esteja autorizada a praticar actos administrativos sobre uma matéria, mas trata-se antes de saber se as entidades administrativas podem emanar regulamentos executivos, independentemente de uma atribuição legal, sempre que aqueles se tornem necessários ou imprescindíveis para permitir a aplicação de uma determinada lei. Deverá entender-se que a admissibilidade constitucional das habilitações legais implícitas será tão-só reconhecida dentro de um circunstancialismo exigente¹⁰⁷. Assim, e tendo em vista os motivos determinantes da existência do poder regulamentar enquanto «poder normativo complementar do legislativo»¹⁰⁸, não vemos por que recusar esta possibilidade, até como forma de dinamizar as relações Lei/Administração. Por um lado, e considerando que tal dinamização também não pode abstrair do fundamento jurídico, a observância do princípio da legalidade há-de ficar garantida quer pela indispensabilidade que postula a emissão do regulamento (o que assegura, desde logo, a excepcionalidade da solução), quer pelo dever

¹⁰⁶ A recusa da discricionariedade como fundamento jurídico do poder regulamentar constitui também o argumento mobilizado por ZANOBINI («Sul Fondamento Giuridico...», cit., p. 28) para negar ao regulamento o carácter de mecanismo de «auto-limitação jurídica» (desse poder discricionário). Consideramos, porém, que com esta asserção não fica prejudicada a concepção do regulamento como instrumento de autovinculação administrativa. Desde logo, a concepção que propomos do poder regulamentar assenta na ideia de que o respectivo fundamento jurídico reside na lei e é em função dela que se desenrola o seu exercício. A vinculação administrativa decorre do facto de materialmente a Administração ter de elaborar regras jurídicas disciplinadoras (vinculativas) do seu agir futuro, não se trata de limitar um poder, à partida, ilimitado.

¹⁰⁷ Atente-se, porém, que não é pacífica entre nós, mesmo num cenário de maior exigência, a legitimidade da consideração de habilitações legais implícitas em matérias reservadas à lei. Assim, v. g., Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., vol. II, 2010, pp. 326 e s., anotação V ao artigo 165.º) defendem que, não estabelecendo a Constituição qualquer delimitação material entre os domínios legislativo e regulamentar, as matérias incluídas na reserva de lei não podem constituir objecto de regulamento, a não ser nos casos previstos pela própria lei; todavia, entendem os mesmos Autores nada obstar a uma eventual intervenção de *natureza* regulamentar por parte do Governo através de decreto-lei, assistindo-se, nesta hipótese, a um excesso de forma legislativa constitucionalmente irrelevante.

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 188.

de citação da lei no próprio texto do acto¹⁰⁹. Por outro lado, o conteúdo regulamentar terá de se circunscrever à previsão das condições que conferem operatividade efectiva e, por conseguinte, só acrescentarem um *quid novum* para além do que estava já previsto na lei na medida em que esclarecem os elementos necessários à sua aplicabilidade – terá de se estar, pois, diante de verdadeiros regulamentos executivos. Aliás, no que respeita aos regulamentos executivos governamentais, pode entender-se que, mesmo na ausência de uma autorização legislativa caso a caso, a habilitação não é implícita, porquanto resulta já do texto constitucional quando confere ao Governo competência para fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis [artigo 199.º, alínea c)]¹¹⁰ – algo que, nesta medida, não constitui apenas um *poder* do Governo, mas representa o cumprimento de um verdadeiro *dever*, no horizonte da prossecução da função administrativa, motivo pelo qual aquele órgão não poderá também revogar um regulamento sem simultaneamente o substituir por outro, quando o primeiro se revelava necessário à aplicação da lei¹¹¹.

¹⁰⁹ Em sentido idêntico, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 76, anotação XXXI ao artigo 112.º.

¹¹⁰ Neste sentido, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 223 e s., e «A Função Administrativa», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, pp. 116 e s.; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 227; Sérvulo CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 252 e 724 [afirmando que a alínea c) do artigo 199.º da Constituição dispensa que, em cada lei, se incluam autorizações especiais que permitam uma execução das mesmas pelo Governo]; Jorge MIRANDA, «Artigo 112.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 263, anotação VII, e Rui MEDEIROS, «Artigo 199.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo II, cit., p. 724, anotação IX, respectivamente (entendendo que, em qualquer hipótese, o Governo, para executar as leis, não necessita de uma habilitação específica a conferir pela lei exequenda, uma vez que goza de um poder genérico constitucionalmente alicerçado na alínea c) do artigo 199.º); L. Cabral de MONCADA, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 1046 e s. (Autor que defende o carácter meramente declarativo – que não constitutivo – das autorizações legais para a emissão de regulamentos executivos pelo Governo, dada justamente a existência de uma habilitação constitucional geral para o efeito que torna dispensável ou desnecessária uma intervenção do legislador ordinário); Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 736 e s. (identificando este caso como um dos exemplos da «quebra do mito da onipotência da lei face à Constituição») e também *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, vol. II, Lex, Lisboa, 1995, pp. 574 e s., 613 e ss..

¹¹¹ Em sentido idêntico, Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 604 e s.; Rui MEDEIROS, «Artigo 199.º», cit., p. 724, anotação IX. Note-se que, embora não existindo um prazo *constitucional* para a elaboração dos regulamentos necessários à operatividade das disposições legais carecidas de aplicabilidade directa [como sucedeu, a partir da Lei n.º 2009, de 17 de Setembro de 1945, com o artigo 109.º, § 4.º (na altura, § 7.º, depois da revisão de 1971), da Constituição de 1933, que previa, nos casos em que a lei não fosse executável por si mesma, a obrigação de o Governo expedir os respectivos decretos no prazo de seis meses a contar da sua publicação, se naquela não fosse determinado outro prazo], a não emanação de tais normas regulamentares pode constituir objecto de censura judicial no quadro da acção administrativa especial (declaração de ilegalidade por omissão). Cf. o que, a este propósito, diremos *infra*, 3.1..

2.2. O princípio da precedência de lei

A concepção do princípio da legalidade como fundamento jurídico do poder regulamentar impõe, como regra, a existência de uma lei prévia que habilite a Administração a emanar regulamentos (princípio da precedência de lei).

I. Não representa mais que uma refração do princípio da precedência de lei a exigência, constante do n.º 7 do artigo 112.º da Constituição, de que o próprio texto do regulamento indique expressamente a(s) lei(s) que visa regulamentar ou que define(m) a competência subjectiva ou objectiva para a sua emissão. Salienta o Tribunal Constitucional¹¹², sem descurar as razões de segurança e de clareza¹¹³, que o dever de citação da lei habilitante pretende garantir a subordinação do regulamento à lei, na sua vertente de precedência de lei, exigindo, como tal que aquela seja expressa ou ostensiva, e considerando inconstitucional qualquer referência implícita¹¹⁴. Está ainda em causa a necessidade de disciplinar o exercício do poder regulamentar pela Administração (obrigando-a a demonstrar exteriormente o controlo sobre a emissão de determinado regulamento) e a promoção da garantia da segurança e transparência jurídicas, dando a conhecer aos destinatários o fundamento (jurídico) do poder regulamentar¹¹⁵.

II. Outro *topos* especialmente relevante do ponto de vista do princípio da precedência de lei reside no problema de saber se a lei que serve de fundamento (directo) ao regulamento terá que consistir num acto legislativo (ordinário) nos termos jurídico-constitucionalmente previstos no n.º 1 do artigo 112.º (lei da Assembleia da República, decreto-lei do Governo ou decreto legislativo regional das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas). O problema a que, neste momento, pretendemos aludir prende-se

¹¹² Acórdão n.º 375/94, de 11 de Maio, cit..

¹¹³ Cf., a propósito da referência paralela da Constituição alemã, VAGT, *Rechtsverordnungen...*, cit., p. 181.

¹¹⁴ O Tribunal Constitucional não vai, porém, ao ponto de exigir que a indicação da lei habilitante (nomeadamente da lei definidora da competência objectiva e subjectiva) conste de um trecho determinado do regulamento (desde logo, da sua parte dispositiva), podendo, *v. g.*, integrar o respectivo preâmbulo – cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 357/99, de 15 de Junho, in: *Diário da República*, II Série, n.º 52, 02.03.2000, p. 4256; 80/2007, de 6 de Fevereiro, in: *Diário da República*, II Série, n.º 51, 13.03.2007, pp. 6812 e s..

¹¹⁵ Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/2001, de 10 de Julho, in: <http://www.tribunalconstitucional.pt>, Maio 2005.

com a admissibilidade, da óptica jurídico-constitucional, da emissão de regulamentos com fundamento em *actos de direito europeu*¹¹⁶ ou de *direito internacional*¹¹⁷.

Da perspectiva do direito europeu, a questão colocar-se-á sobretudo a propósito dos *regulamentos da União Europeia*, urgindo apreciar se os regulamentos administrativos podem fundar-se directamente naqueles actos, considerando que, no nosso sistema jurídico, os diplomas que os regulamentam vêm assumindo indiferenciadamente quer a forma de decreto-lei¹¹⁸, quer a forma correspondente a um regulamento¹¹⁹. Também neste plano, o princípio da legalidade passa a assumir características diversas, já que o *prius* da actividade administrativa (nacional) deixa de ser impreterivelmente uma lei nacional, para poder consubstanciar uma norma jurídica europeia.

Quanto a esta matéria, cumpre, desde logo, salientar que os regulamentos da União Europeia, no quadro das fontes de direito europeu, possuem (com frequência) «nível legislativo» (*hoc sensu*). Não foi por acaso que a Constituição europeia designou os actos que revestem as características dos regulamentos (carácter geral, obrigatoriedade em todos os seus elementos, aplicabilidade directa em todos os Estados-membros¹²⁰) como «leis europeias» (cf. artigo I-33.º, n.º 1, §2, do *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*). Por sua vez, o *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE) qualifica, *inter alia*, os regulamentos como actos legislativos, quando adoptados através de

¹¹⁶ Trata-se de questão diversa da possibilidade de transposição de directivas por regulamentos administrativos – questão muito discutida pela doutrina alemã, [cf., v. g., OSSENBÜHL, «Der Verfassungsrechtliche Rahmen Offener Gesetzgebung und Konkretisierender Rechtsetzung», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, fasc. 1, ano 114.º, 1999, pp. 6 e s. (em especial sobre a escolha entre *Verordnung* ou *Vorschriften* para a transposição); SAURER, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 148 e ss., referindo-se justamente à utilização da forma de *Rechtsverordnung* para esse efeito, concebendo este acto como instrumento de incorporação do direito comunitário (no âmbito das funções por aqueles desempenhados no contexto da internacionalização da ordem jurídica); MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 580], mas que, entre nós, se encontra resolvida em sentido negativo, por força do n.º 8 do artigo 112.º da Constituição, nos termos do qual a transposição dos actos jurídicos da União Europeia só pode assumir a forma de acto legislativo.

¹¹⁷ Formulando já a questão da substituição da precedência de lei pela precedência de normas de direito internacional ou comunitário, v. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 837.

¹¹⁸ Cf., v. g., Decreto-Lei n.º 65/2006, de 22 de Março, que estabelece os mecanismos necessários à execução do Regulamento (CE) n.º 850/2004, de 29 de Abril, relativo a poluentes orgânicos persistentes.

¹¹⁹ Veja-se o exemplo que esteve na base do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 184/89, de 1 de Fevereiro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 57, de 09.03.1989, pp. 1044 e ss..

¹²⁰ Para uma densificação destas três características, cf., v. g., J. Mota de CAMPOS/J. L. Mota de CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 313 e ss.; Jónatas MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 199 e ss.; M. GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 338 e ss.;

procedimentos legislativos, ordinário ou especial (cf. artigos 288.º, §2, e 289.º, n.ºs 2 e 3, do TFUE)¹²¹.

Por outro lado, não existe nesta matéria uma disposição idêntica à do n.º 8 do artigo 112.º da Constituição, que impõe a forma legislativa para a transposição das directivas¹²²: o regulamento, justamente porque dotado de aplicabilidade directa, prescinde de qualquer acto de transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, embora tal não preclua que a sua «boa execução» necessite, em certos casos, de normas complementares

¹²¹ Numa comparação entre o esquema hierárquico de fontes previsto na Constituição Europeia e no Tratado de Lisboa, Afonso PATRÃO («O Direito Derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa», in: *Temas de Integração*, n.º 26, 2.º Semestre 2008, p. 146) sublinha a originalidade do TFUE, quando faz depender o valor hierárquico dos actos de factores externos à respectiva forma (o critério da forma era o seguido pela Constituição Europeia), *in casu*, o procedimento que presidiu à sua adopção; todavia, esta característica incrementa a «opacidade do sistema», dada a falta de correspondência entre actos e funções dos órgãos da União (*Op. cit.*, p. 143). Cf. também M. GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, cit., pp. 327 e s..

¹²² Compreende-se a *ratio* subjacente à diferença: as directivas, embora possam constituir normas de «nível legislativo» (como os regulamentos) só gozam de operatividade efectiva e completa quando transpostas para as ordens jurídicas nacionais (a possibilidade de invocação de efeito directo não abrange todas as normas – mas apenas as que impuserem aos Estados obrigações claras, precisas e incondicionadas – e vale apenas nas relações entre cidadãos e Estado, em sentido amplo – efeito directo vertical; sobre a teoria do efeito directo, cf., v. g., Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 386 e ss.). Por este motivo, a transposição das directivas deve ser efectuada pelos actos (infra-constitucionais) que, no quadro das fontes internas, estão num plano hierárquico mais elevado (actos legislativos), sob pena de serem facilmente modificáveis e revogáveis pela Administração e, nessa medida, não dando o Estado pleno cumprimento à obrigação de transposição (sem prejuízo dos motivos relacionados com o controlo e fiscalização parlamentar de transposição das directivas que nortearam o legislador histórico – cf., v. g., *Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 99, de 23.07.1997, p. 3651, e n.º 112, 01.07.1997, p. 3309). Constitui jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que uma simples circular livremente modificável pela Administração não equivale ao cumprimento da obrigação de transposição (v., por exemplo, Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias c. República Italiana», de 15.10.1986 P. 168/85, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1986, pp. 2945 e ss.). Sobre o problema do tipo de acto (da função legislativa ou da função administrativa) adequado à transposição das directivas já havia reflectido M. Rebelo de SOUSA, «A Transposição de Directivas Comunitárias para a Ordem Jurídica Nacional», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 4/5, Dezembro 1992, pp. 77 e ss..

Na medida em que *todas as directivas* carecem de transposição pelos Estados-membros que são os seus destinatários, distanciamo-nos de Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA («Metódica...», cit., p. 189, n. 16), quando defendem que a “substituição da norma de âmbito legal nacional pelo nível legislativo do direito secundário europeu” poderá ocorrer relativamente a determinadas directivas (na opinião dos Autores, as directivas *self-executing* com conteúdo limitado a alguns Estados e que produzem efeitos mediante a respectiva notificação, nos termos do n.º 2 do artigo 297.º do TFUE). E contra esta posição não se pode argumentar no sentido de que o efeito directo vertical de que gozam algumas normas constantes de directivas (aquelas que se revelem claras, precisas e incondicionadas) constitui fundamento suficiente para basear a emissão de regulamentos: por um lado, o efeito directo vertical reporta-se a directivas *não transpostas* (logo, ainda carentes de transposição); por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não reconhece a existência de um «efeito directo vertical invertido», que permita aos Estados incumpridores prevalecer-se contra os cidadãos das normas constantes de directivas não transpostas (cf. Acórdão «Pretore di Salò», de 11.06.1987, P. 14/86, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1987, pp. 2545 e s., ponto 19), possuindo aquele princípio um intuito de protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito europeu – intuito que seria subvertido se, na ausência de qualquer actividade de transposição, os órgãos (administrativos) dos Estados-membros se encontrassem autorizados a mobilizar directivas não transpostas como fundamento do exercício de competências de emissão de normas que se pretendam impor aos particulares.

nacionais¹²³ – trata-se, pois, de saber se estas se podem consubstanciar em normas regulamentares.

Do ponto de vista do direito da União, dever-se-á observar que constitui uma obrigação dos Estados membros complementar as prescrições de um regulamento (ainda quando este o não exija expressamente), de modo a permitir a sua execução, através da emissão dos actos (designadamente, normativos) necessários – trata-se de uma obrigação decorrente, em geral, do n.º 3 do artigo 4.º do *Tratado da União Europeia* (TUE), que estabelece o dever de os Estados tomarem as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União, e, em particular, do artigo 249.º-C do TFUE, que impõe aos Estados membros a adopção das medidas de direito interno (de natureza geral ou especial) necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União¹²⁴.

¹²³ Já no Acórdão «Francesco Bussone c. Ministério italiano da Agricultura», de 30.11.1978, P. 31/78 (in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1978, pp. 2429 e ss., pontos 9 e s.), o Tribunal de Justiça havia afirmado a possibilidade de os regulamentos comunitários atribuírem às Administrações nacionais um poder discricionário na adopção das medidas necessárias à sua operatividade. A conclusão tornou-se mais impressiva quando a Cúria do Luxemburgo apreciou se a aplicabilidade directa de um regulamento comunitário se revelava compatível com disposições (constantes de um decreto) emanadas pelas autoridades italianas que visavam regulamentar a aplicação do regulamento (Acórdão «SpA Eridania – Zuccherifini nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri/Ministro da Agricultura, do Comércio e Artesanato e SpA Zuccherifici meridionali», de 27.09.1979, P. 230/78, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1979, 3.ª parte, pp. 2749 e ss.). De acordo com o Tribunal, “a aplicabilidade directa de um regulamento não constitui obstáculo a que o próprio texto do regulamento habilite uma instituição comunitária ou um Estado a adoptar medidas de aplicação. Nesta última hipótese, as modalidades do exercício deste poder são regidas pelo direito público do Estado membro em causa; de qualquer forma, a aplicabilidade directa do acto que habilita o Estado membro a adoptar as medidas nacionais em questão terá por efeito permitir às jurisdições nacionais controlar a conformidade destas medidas nacionais com o conteúdo do regulamento comunitário” (ponto 34). A habilitação constante do regulamento comunitário para o Estado adoptar medidas de execução pode revelar-se conveniente, dadas as diferenças existentes ao nível dos sistemas jurídicos nacionais que justificam densificações igualmente diferenciadas dos regimes (cf., em termos próximos, Acórdão do Tribunal de Justiça, «Roland Teulie/Cave Cooperative Les Vignerons de Puissalicon», de 11.11.1992, P. C-251/91, in: *Colectânea de Jurisprudência*, 1992, pp. I-5599 e ss., pontos 13 e 14). Mais recentemente, o Tribunal de Primeira Instância também salientou que as medidas adoptadas, nos termos do regulamento comunitário e tendo em vista a sua efectiva aplicação, podem revestir carácter legislativo, regulamentar, administrativo ou financeiro (Acórdão «DLT Trading Co./Conselho da União Europeia», de 17.12.2003, P. T-146/01, n.º 82).

Atente-se, porém, que a adopção de tais medidas está adstrita à observância do princípio da segurança jurídica, ficando os Estados membros impedidos de efectuar uma regulamentação que, em virtude da natureza do acto jurídico nacional, do procedimento que conduziu à sua adopção ou da respectiva publicidade, se revele ofensiva do respectivo carácter vinculativo (com repercussão na operatividade do regulamento europeu) – cf., v. g., Acórdão do Tribunal de Justiça «Gerard Mulligan e outros c. Minister for Agriculture and Food, Irlanda e Attorney General», de 20.06.2002, P. C-313/99, in: *Colectânea de Jurisprudência*, 2002, pp. 5719 e ss., pontos 46 e ss., recuperando a jurisprudência do Tribunal quanto às medidas nacionais que correspondem ao cumprimento de obrigações constantes do Tratado, em especial, as medidas de transposição de directivas (v., por exemplo, Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias c. República Italiana», de 15.10.1986, cit., pontos 12 e ss.).

¹²⁴ O Tribunal de Justiça teve oportunidade de se debruçar, a propósito do disposto no artigo 10.º do Tratado da Comunidade Europeia (revogado aquando da reforma operada pelo Tratado de Lisboa) sobre este

Instado a tomar uma posição neste problema, o Tribunal Constitucional admitiu, com amplos limites, o exercício do poder regulamentar com fundamento em normas constantes de regulamentos comunitários¹²⁵. Entendendo que, em rigor, não encontramos, nesta hipótese, uma lei prévia (*hoc sensu*, um diploma com forma legislativa, adoptado pelos órgãos constitucionais nacionais com competência legislativa) tal como impõe uma concepção estrita do princípio da precedência de lei, o Tribunal, invocando a lição de Jorge Miranda¹²⁶, admitiu que o regulamento administrativo se pudesse basear em normas de direito comunitário. Não deixou, todavia, de estabelecer uma cautela: permitindo que as normas de execução de um regulamento comunitário constassem de regulamento nacional, o Tribunal acentuou a necessidade da *observância das regras constitucionais internas relativas à competência e à forma de produção normativa*.

Parece-nos justamente que a solução do problema deve seguir no sentido da posição acolhida pelo Tribunal Constitucional. O que nos permite¹²⁷ distinguir duas situações diversas. A primeira diz respeito às hipóteses em que o regulamento nacional se destina simplesmente a executar o (a estabelecer pormenores da disciplina jurídica constante do)

dever de emitir normas destinadas a executar os regulamentos comunitários, designadamente quando se tratasse de prever sanções para a violação das disposições constantes desses regulamentos, sublinhando que “quando uma regulamentação comunitária não contenha qualquer disposição específica que preveja uma sanção para o caso de ser violada ou remeta, nesse ponto, para as disposições legislativas, *regulamentares* e administrativas nacionais, o artigo 5.º do Tratado [actual artigo 10.º] impõe aos Estados-membros que tomem todas as medidas adequadas para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário” (itálico nosso), acrescentando, em consonância, que “ao mesmo tempo que conservam a possibilidade de escolher as sanções, eles devem, designadamente, velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, confirmam à sanção um carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo” – cf., por exemplo, Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias/República Helénica», de 21.09.1989, P. 68/88, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 2965 e ss., pontos 23 e 24; Acórdão «Anklagemyndigheden/Hansen & Soen I/S», de 10.07.1990, P. C-326/88, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-2911 e ss., ponto 17; Acórdão «Milchwerke Köln/Wuppertal E. G./Hauptzollamt Köln-Rheinau», de 14.07.1994, P. C-352/92, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-3385 e ss., ponto 23; Acórdão «Maria Amélia Nunes e Evangelina de Matos», de 08.07.1999, P. C-186/98, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-4883 e ss., pontos 9 e 10.

¹²⁵ V. Acórdão n.º 184/89, de 1 de Fevereiro, cit., esp.^{te} pp. 1051 e ss..

¹²⁶ Jorge MIRANDA («Regulamento», cit., p. 267) admite que, em face do que dispõe o artigo 8.º da Constituição, o regulamento pode reportar-se directamente a normas de direito internacional, convencional ou comunitário. No mesmo sentido, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 272, anotação XXV ao artigo 8.º, consideram que as normas internacionais ou comunitárias *valem como lei*, sob o ponto de vista do princípio da legalidade (prioridade e prevalência da lei) e do fundamento legal dos regulamentos e da actividade administrativa. Especificamente sobre os regulamentos europeus como equivalendo, neste contexto, ao estabelecimento de um nível legal europeu, que habilita os órgãos administrativos dos Estados-membros para desenvolver os regimes jurídicos deles constantes, através de instrumentos normativos de nível regulamentar, cf. Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., pp. 189 e s..

¹²⁷ À semelhança de Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 745, e da sugestão já aflorada na Declaração de voto de Vital MOREIRA no citado Acórdão n.º 184/89, p. 1061.

regulamento europeu, tratando-se, por isso, de um verdadeiro regulamento (nacional) de execução. Não se admitindo, por força da aplicabilidade directa, que uma lei repita o regulamento europeu, a Administração emitirá o regulamento com pouca compressão do princípio da precedência de lei (*hoc sensu*, precedência de acto legislativo nacional), funcionando o regulamento da União como acto definidor da competência objectiva para a emissão das normas regulamentares internas, mas ficando para lei (nacional) a determinação da competência subjectiva¹²⁸; por outras palavras, a execução (*stricto sensu*) do regulamento europeu através de normas administrativas pressupõe que a emanação destas últimas seja feita dentro do objecto do acto de Direito Europeu e pelo órgão que, de acordo com a lei, tem competência nessa matéria. O dever de citação da lei habilitante ficará substituído pelo dever de citação do regulamento europeu e da lei que confere competência subjectiva para a emissão do regulamento.

Feição diversa assume o problema sempre que o regulamento europeu deixe para os Estados a adopção de decisões político-normativas primárias¹²⁹, porquanto estas não-de ficar subordinadas às normas constitucionais internas, designadamente ao princípio da reserva de lei, sob pena de se “curto-circuitar”¹³⁰ o esquema constitucional de competências normativas¹³¹. Assim, tratando-se de matérias incluídas no âmbito reservado, as mesmas só poderão ser objecto de tratamento primário principal ou essencial por lei da Assembleia da República (ou, na reserva relativa, de decreto-lei autorizado do Governo); apenas uma densificação de segundo grau das normas legais ou, pelo menos, a disciplina de aspectos acessórios ou periféricos do regime jurídico – e não uma tomada de opções fulcrais deixadas pelo regulamento comunitário à discricionariedade político-normativa de

¹²⁸ É certo que a competência subjectiva pode resultar do próprio regulamento da União – pense-se, *e. g.*, na hipótese de o regulamento cometer essa tarefa à entidade nacional responsável pela regulação das telecomunicações ou ao Governo. Quando assim não suceda, a competência subjectiva afere-se pela legislação nacional, sempre com preferência da entidade com atribuições especializadas na matéria em causa, cabendo, em caso de dúvida, a competência regulamentar ao Governo.

¹²⁹ Utilizando já esta expressão, Vital MOREIRA, *últ. loc. cit.*.

¹³⁰ Joaquim ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica de Ordenação Normativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 701.

¹³¹ Formulando o raciocínio genericamente em relação às normas internacionais, L. Cabral de MONCADA (*Lei...*, *cit.*, p. 1010, n. 1573) critica a exigência de lei prévia (mesmo nas matérias da reserva), por considerar que contraria a aplicabilidade directa, viabilizando a vigência de um sistema de monismo com primado do direito interno nas relações entre direito interno e direito internacional. Parece-nos, porém, não existir qualquer incongruência entre aplicabilidade directa e necessidade de lei prévia em matérias reservadas: nestas últimas, a intermediação legislativa resulta do facto de as normas internacionais deixarem certos aspectos do regime jurídico para a regulamentação estadual, aspectos esses que, nos termos constitucionais, integram a reserva legislativa (correspondendo a opções normativas primárias principais).

cada Estado¹³² – pode constituir objecto de regulamento administrativo. A eventual emissão de regulamentos independentes revelar-se-á admissível, mas tão-só quando não atinge os limites da reserva e (também agora) seja efectuada pelo órgão que, de acordo com o direito interno, tenha competência subjectiva para disciplinar a matéria em causa.

Pressupostos idênticos deverão ser cumpridos se se admitir o fundamento da emanação de regulamentos nacionais sobre as normas de direito internacional¹³³. Em primeiro lugar, trata-se de aquilatar da possibilidade de adaptação do princípio da precedência de lei, quando se trata de *normas de direito internacional dotadas de aplicabilidade directa* (aquelas que possuem, por isso, uma maior afinidade com os regulamentos da União Europeia). Por definição, a característica da aplicabilidade directa refere-se tão-só às normas internacionais cuja relevância jurídica interna dispensa qualquer tipo de mediatização efectuada pelos órgãos estaduais nacionais, aplicando-se imediatamente ao Estado e aos indivíduos, independentemente de qualquer acto de mediação (como a aprovação, a ratificação ou a publicação)¹³⁴. Atenta esta noção, e para além dos regulamentos da União Europeia (ou, em geral, na terminologia do n.º 3 do artigo 8.º da Constituição, das normas emanadas por órgãos de organizações internacionais que vigoram directamente na ordem interna, quando tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos), apenas as *normas de direito internacional geral ou comum* gozam, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da CRP, de aplicabilidade directa, aqui incluindo os casos em que as mesmas se encontram codificadas em instrumentos normativos internacionais (como os tratados universais). Ora, se, em abstracto, se torna pensável que tais normas internacionais possam fundamentar o exercício do poder

¹³² Cf. Vital MOREIRA, últ. *loc. cit.*

¹³³ Sobre a questão, respondendo afirmativamente, cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 272, anotação XXV ao artigo 8.º, e vol. II, pp. 76 e s., anotação XXXII ao artigo 112.º; Jorge MIRANDA, «A Forma Legislativa», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 103 e s., e «Regulamento», cit., p. 267, e, louvando-se neste Autor, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 184/89, de 1 de Fevereiro, cit., p. 1052. Sufragando igualmente a posição do Tribunal Constitucional, v. Rui MEDEIROS, «Artigo 199.º», cit., p. 728, anotação XII; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 749.

¹³⁴ Nestes termos, Francisco Ferreira de ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 77; v. ainda Azevedo SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, 4.ª ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 1996. Cf. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 263 e s., anotação XIII ao artigo 8.º, a propósito da interpretação do segmento normativo constante do n.º 3 deste preceito “vigoram directamente na ordem interna”, sublinhando a diferença entre este inciso (que dispensa qualquer acto de mediação, seja aprovação ou ratificação por qualquer órgão do Estado, seja publicação no *Diário da República*) e o que vale para o direito internacional ordinário (comum ou convencional). Diversamente, Jónatas MACHADO (*Direito Internacional*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 164) adopta uma distinção entre aplicabilidade directa e efeito directo, designação esta que reserva para a realidade que apelidámos de aplicabilidade directa.

regulamentar nacional, a prática revela que tais casos serão raros, em virtude da tendencial generalidade e do carácter principiológico que as caracteriza.

Resta saber se se revela constitucionalmente admissível ir mais além, e abraçar a tese (defendida pela doutrina e subjacente ao citado Acórdão n.º 184/89, do Tribunal Constitucional) de que também as normas constantes de convenções internacionais se assumam como fundamento para a emanação de regulamentos nacionais. Na base desta concepção encontra-se a cláusula de recepção do direito internacional convencional (particular) prevista no n.º 2 do artigo 8.º da Constituição¹³⁵. Considerando esta última disposição, aliada à localização sistemática conferida às convenções internacionais no quadro do ordenamento jurídico nacional (atribuindo-se-lhes, pelo menos, nível legislativo), propendemos para aceitar que as convenções internacionais constituam fundamento para os regulamentos nacionais, desde que respeitados alguns condicionalismos: a vigência da convenção no plano internacional; o cumprimento das formalidades para a respectiva recepção no direito interno; o respeito pelo princípio da reserva de lei e pela natureza (materialmente) administrativa das normas jurídicas a emanar pela Administração¹³⁶.

III. Também o acto ou o contrato administrativos podem constituir os antecedentes próximos de regulamentos administrativos, podendo funcionar como *co-fundamento* do exercício do poder regulamentar. Tal sucederá nos casos em que o acto ou o contrato se destinam a delegar a competência normativa no respectivo destinatário ou no co-contratante – hipótese em que o acto ou o contrato surgem como um dos elementos de uma *fattispecie* habilitante complexa, que inclui a disposição legal que permite a delegação do poder para a emissão do regulamento e o acto ou a cláusula contratual que delega a

¹³⁵ Azevedo SOARES (*Lições...*, cit., p. 87) defende inclusivamente que, quando dotadas de carácter *self-executing*, as normas constantes de convenções internacionais válidas, em vigor no plano internacional e publicadas no jornal oficial, são directamente aplicáveis pelos tribunais.

¹³⁶ Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 749) vai ainda mais longe, considerando que os actos não normativos que expressam a vontade imperativa da Comunidade Internacional, adoptados no quadro das Nações Unidas (tal como sucede com as resoluções do Conselho de Segurança que prescrevem sanções) podem fundar uma competência regulamentar, sem prejuízo do respeito pela reserva de lei [assim, v. g., no que tange ao estabelecimento do regime penal do incumprimento das sanções financeiras e comerciais impostas não apenas por regulamento europeu, mas também por resolução do Conselho de Segurança; este regime, na medida em que se assume como um complemento necessariamente estadual dos actos que prevêem aquelas sanções, constituiu objecto de lei da Assembleia da República (Lei n.º 11/2002, de 16 de Fevereiro), não podendo constar de regulamento, por força do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º na Constituição].

competência normativa. Estão aqui em causa *actos ou contratos de delegação do poder regulamentar* (cf., *infra*, Parte III, 2.6.).

Pense-se, *v. g.*, nos regulamentos de tarifas emanados pelos concessionários do serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias: a emissão destes regulamentos fundamenta-se, em simultâneo, na Base IX das *Bases da Concessão*, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de Dezembro, e na cláusula do contrato de concessão que, concretamente, delega o exercício do poder normativo numa determinada concessionária.

Como logo se intui, os casos hipotizados corresponderão, em regra, a situações de devolução (delegação) de poderes públicos a entidades privadas, operadas por acto ou contrato administrativos, com fundamento legal¹³⁷. No contexto de privatização da Administração Pública, assistimos à devolução de tarefas públicas quer a entidades sob forma privada embora materialmente públicas (privatização das formas organizativas da Administração), quer a puros privados (privatização da gestão de tarefas administrativas)¹³⁸. Neste domínio, assumem relevância todas as entidades privadas que exercem uma actividade cujo objecto se traduz no desempenho de uma função administrativa. Sabendo que estas entidades surgem munidas de poderes de autoridade, entre os quais, o poder da emissão de regulamentos administrativos [como se encontra, aliás, expressamente assumido pela alínea *d*) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF, no que respeita a sujeitos privados, designadamente concessionários, no exercício de poderes administrativos¹³⁹], cumpre apurar qual o impacto que o instrumento de delegação de poderes públicos (*in casu*, o acto ou contrato administrativos) possui quanto ao exercício do poder regulamentar.

¹³⁷ Sobre a forma que pode revestir o acto de delegação, em especial, a delegação administrativa, cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1029 e ss..

¹³⁸ Paulo OTERO, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», in: *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, Studia Iuridica 60, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 40 e s., e *Legalidade...*, cit., pp. 304 e ss. (para uma diferenciação entre estas duas formas de privatização, cf. p. 308). Entendendo que o exercício privado de funções públicas representa ainda uma forma de manifestação do princípio da subsidiariedade, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, tomo I, cit., p. 51.

¹³⁹ Nos termos deste preceito, “compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto: *d*) fiscalização da legalidade de normas e demais actos jurídicos praticados por sujeitos privados, designadamente concessionários, no exercício de poderes administrativos”.

Cf. também M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 46 e ss., anotações XV e s. ao artigo 4.º; Pedro GONÇALVES, *Exercício...*, cit., pp. 736 e ss..

Como principiámos por sublinhar, o facto de os regulamentos se fundarem (também) num acto ou contrato administrativos não oblitera o respeito pelo princípio da legalidade. Por um lado, impõe-se a existência de uma habilitação legal prévia à delegação; constitui esta, aliás, uma coordenada comum ao regime jurídico-constitucional da delegação de poderes públicos em entidades privadas, o qual exige que a delegação seja efectuada por lei ou, no mínimo, *com fundamento numa lei (hoc sensu, acto legislativo)*¹⁴⁰. Por outro lado, a habilitação para a delegação do poder regulamentar em entidades privadas não se poderá revelar ofensiva do princípio da reserva de lei, nem do princípio da enumeração das competências públicas de entidades privadas – o que exclui quer a habilitação para a delegação de um poder normativo principal em matéria reservada, quer uma habilitação genérica para a emissão de regulamentos no âmbito da competência de direito público¹⁴¹.

Em suma, para o legislador encontra-se, em qualquer hipótese, reservada a definição do alcance dos poderes a delegar e das entidades delegatárias – a implicar, quanto ao problema sobre que versamos, que se encontre cometida à lei a tarefa de definir o *an* e o *quomodo* do exercício do poder regulamentar a exercer pela entidade privada. Por outras palavras, o facto de, por acto ou contrato administrativos, a Administração permitir que um privado emane normas (jurídico-administrativas) sobre determinada(s) matéria(s) *não* o transforma no único fundamento do poder regulamentar, em substituição da lei. Pelo contrário, e como principiámos por sublinhar, a «fonte» do poder para a emissão de regulamentos pelo destinatário do acto ou pelo co-contratante reside, em simultâneo, na lei e no acto ou no contrato: da *lei* resulta a atribuição do poder regulamentar à entidade pública, bem como a previsão dos termos da sua possível delegação numa entidade privada; do *acto* ou *contrato* decorre a atribuição concreta do poder normativo público a uma determinada entidade privada, por causa e para o desempenho das funções públicas que lhe estão conferidas. Esta dupla fundamentação deverá espelhar-se no próprio texto do regulamento, ao qual se impõe, em cumprimento do dever constitucional de citação da lei habilitante (concebido agora de uma forma mais ampla), a referência à lei que autorizou a delegação do poder regulamentar e ao acto ou contrato que a efectuou *in concreto*.

¹⁴⁰ Cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1004 e ss., e 1029.

¹⁴¹ Cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1054 e s..

2.3. O princípio da reserva de lei

Uma outra dimensão do princípio da legalidade aponta para a consideração do princípio da reserva de lei. O problema que aqui se coloca reporta-se à legitimidade de a Administração emitir regulamentos em matérias constitucionalmente reservadas à Assembleia da República (artigos 164.º e 165.º). Neste domínio, exige-se ao legislador uma densidade normativa acrescida, impondo-se o princípio de que a disciplina constante da lei venha exaurir a produção normativa inicial *principal* das matérias dentro do âmbito da reserva¹⁴². Por outro lado, nas hipóteses em que a Constituição circunscreve extensivamente o âmbito da reserva às bases gerais («reserva de bases») ou ao regime geral («reserva de regime geral»), deve entender-se que o nível subsequente de densificação da disciplina jurídica por ela não coberta reveste ainda natureza legislativa. Com efeito, e quanto às leis de bases, o legislador constituinte atribui ao Governo, em sede de exercício de competência legislativa, “fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam” [artigo 198.º, n.º 1, alínea *c*)], determinando também, agora noutro nível, que as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas têm o poder de “desenvolver para o âmbito regional os princípios ou as bases gerais dos regimes jurídicos contidos em lei que a eles se circunscreva” [artigos 227.º, n.º 1, alínea *c*), e 232.º, n.º 1]¹⁴³. Se a Constituição não

¹⁴² Em sentido próximo, Sêrvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 240. Concordamos, aliás, com o Autor quando, procurando definir qual a densidade a assumir pela norma legislativa, conclui que a mesma, além de definir o «campo material», há-de regular directamente o «modo de disciplina», não se limitando à formulação de directivas genéricas, mas consagrando com precisão o regime jurídico da matéria (*Op. cit.*, pp. 242 e s.). Todavia, e como sugerimos no texto, o grau de densidade imposto à lei da Assembleia da República variará consoante esteja em causa uma «reserva de densificação total», uma «reserva de bases» ou uma «reserva de regime geral» (cf. já a seguir em texto).

Cf., ainda o que diremos *infra* 3.4., a propósito das remissões normativas operadas por lei a favor do regulamento, em matéria reservada.

¹⁴³ Cf. Sêrvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 243; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 482, anotação VI ao artigo 198.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo V, cit., p. 204 (aludindo à «competência legislativa complementar» das assembleias legislativas das regiões autónomas); M. Aroso de ALMEIDA, «Os Regulamentos...», cit., p. 524.

No Acórdão n.º 620/2007, de 20 de Dezembro (in: *Diário da República*, I Série, n.º 9, 14.01.2008, pp. 454 e ss., esp.^{te} pp. 471 e s.), foi Tribunal Constitucional foi instado a ponderar *ex professo* a questão de saber se uma lei de bases pode remeter para regulamento determinada matéria. Em causa estava uma disposição legal (constante do novo regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, na versão do Decreto n.º 173-X, in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 17, 15.11.2007, pp. 2 e ss.) que, sistematicamente inserida na disciplina do recrutamento de pessoal (em especial, na parte relativa à obrigatoriedade de concurso de provimento), remetia a tramitação do procedimento concursal para portaria, sem, todavia, deixar de indicar os princípios a que o mesmo procedimento deveria obedecer (artigo 54.º). A circunstância de o diploma aprovado pela Assembleia da República se revelar susceptível de enquadramento na alínea *t*) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP levou a questionar a constitucionalidade da norma, por se considerar que esta reenviava para regulamento (e não para decreto-lei) o desenvolvimento de uma lei de bases. O Tribunal Constitucional não se pronunciou, porém,

contempla, de modo expresso, expressamente o problema do desenvolvimento das leis que se circunscrevam ao regime geral, deverá entender-se, inclusivamente por uma questão de coerência sistemática – no quadro de uma ordem jurídica que atribui poderes legislativos normais ao Governo –, que competirá a este, através de decreto-lei, completar a disciplina legal¹⁴⁴.

Respeitados estes limites, nada impede, de princípio, a existência de regulamentos nas matérias reservadas. Nessa medida, e recuperando as conclusões de Vieira de Andrade¹⁴⁵, quando a reserva não se circunscreve às bases e ao regime geral assume-se como uma *reserva global*, mas não como uma *reserva integral ou total* que proíbe *qualquer* intervenção normativa da Administração. Neste âmbito, tem sido relativamente pacífica a admissibilidade de regulamentos executivos¹⁴⁶. Mais problemática se revela a

pela inconstitucionalidade do citado artigo 54.º, visto ter entendido que o diploma em causa não configurava uma lei de bases, porquanto não só o mesmo não havia sido emitido ao abrigo da referida alínea *t*) do n.º 1 do artigo 165.º, como também não se autoqualificava como tal; o que, todavia, não impedia que algumas das suas normas – aquelas que representassem opções de política legislativa (entre as quais não incluía, porém, o artigo 54.º) – consubstanciassem bases do regime da função pública.

Repare-se que, não obstante a decisão negativa de inconstitucionalidade, o Tribunal não deixou de sugerir a existência de uma relação de mútua exclusão entre leis de bases e possibilidade do seu desenvolvimento por regulamentos, louvando-se na posição de Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (hoje presente em *Constituição...*, vol. II, cit., p. 65, anotação XIX ao artigo 112.º), segundo a qual “serão de qualificar como leis de bases as leis que de facto se limitem aos princípios gerais dos regimes jurídicos (...) e que não devolvam expressamente o seu desenvolvimento para diploma regulamentar, pois então deixa de existir um pressuposto necessário da lei de bases, que é o seu desenvolvimento legislativo. Inversamente, um indício seguro da existência de uma lei de bases é a exigência por ela estabelecida de desenvolvimento ou de regulamentação mediante decreto-lei”. A significar, talvez, que uma lei de bases (seja por que assim se autodesigne, seja porque emitida ao abrigo de algumas das alíneas do n.º 1 do artigo 165.º que circunscreva a reserva às bases) que remeta para regulamento a sua complementação (ainda que restrita a meros pormenores?) padece de inconstitucionalidade. Nestes casos, poder-se-á entender, na linha da jurisprudência constitucional mais antiga, que a Constituição pretende que a Assembleia da República ainda detenha um “eficiente controlo” sobre a concretização daquelas bases (através do então instituto da “recusa de ratificação”, hoje designado como “apreciação parlamentar de actos legislativos”, prevista no artigo 169.º), garantindo os princípios e regimes jurídicos previstos nas leis de bases contra “atropelos, desvirtuações e descaracterização, quando não total alteração e substituição, que uma faculdade incontrolada de regulamentação ou desenvolvimento sempre poderia ocasionar” (Acórdão n.º 24/83, de 23 de Novembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 16, 19.01.1984, p. 231; cf. também Acórdão n.º 92/85, de 18 de Junho, in: *Diário da República*, I Série, n.º 168, 24.07.1992, p. 2199).

¹⁴⁴ Em sentido similar, quanto ao alcance do princípio da legalidade no domínio das sanções administrativas, cf. Vieira de ANDRADE, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Março de 2006», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135.º, Julho/Agosto 2006, p. 385.

¹⁴⁵ Vieira de ANDRADE, «Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, cit., pp. 9 e ss..

¹⁴⁶ A ressalva feita em texto pretende reportar-se a certas posições da doutrina que consideram excluído o exercício do poder regulamentar em determinadas matérias, nas quais se incluem o regime jurídico e restrição de direitos, liberdades e garantias, a definição de crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, e a criação de impostos. Cf., v. g., Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 326, anotação V ao artigo 165.º, e vol. I, cit., pp. 395 e s., e anotação XVI ao artigo 18.º, que admitem, em certos pontos, a existência de uma «reserva absoluta de lei material»,

possibilidade de emissão de regulamentos independentes, em especial, regulamentos autónomos, designadamente no que tange a matérias como a dos direitos, liberdades e garantias. Sem prejuízo das considerações que teceremos, quanto às funções dos regulamentos administrativos (cf., *infra*, 3.4.), trata-se de um ponto cuja resolução não prescinde de uma adequada compreensão da destrição *material* entre a função legislativa e a função administrativa, em termos de permitir uma intervenção regulamentar destinada à boa execução das leis, a qual se revela tanto mais importante em sectores cujo alcance é tão vasto que a sua aplicação pressuporá um certo grau de diferenciação normativa¹⁴⁷.

2.4. O princípio da preeminência da lei

Sublinhar o fundamento legal do poder regulamentar implica, desde logo, o reconhecimento do princípio da preeminência (ou da preferência) da lei¹⁴⁸. Constituindo os regulamentos uma das «fontes de Direito Administrativo»¹⁴⁹, este aspecto permite exprimir qual o seu valor relativo em face das demais «fontes»: uma das notas caracterizadoras desta figura reside precisamente no seu valor infra-legal. Trata-se, aliás, de uma questão conexcionada de forma íntima com o problema dos limites do poder regulamentar e com a posição do regulamento no quadro das «fontes de direito», questões estas cuja formulação se revelará determinante quando tratarmos da matéria da validade do regulamento. Ademais, este princípio proíbe, nos termos do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, a existência de regulamentos modificativos, suspensivos, derogatórios ou revogatórios das leis^{150 151}.

entendendo que a lei não pode diferir para regulamento qualquer aspecto do regime dos direitos, liberdades e garantias, definição de crimes e penas e impostos.

¹⁴⁷ V. Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., pp. 12 e ss..

¹⁴⁸ Sobre este princípio, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 835 e s..

¹⁴⁹ Versados, enquanto tal, pela doutrina nacional (cf., v. g., Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 83, 95 e ss.) e estrangeira (assim, no direito alemão, OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., 146 e ss.; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 70 e ss.; ou no direito espanhol, GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 183 e ss.).

¹⁵⁰ A proibição de regulamentos modificativos ou derogatórios da lei não foi uma constante na história constitucional portuguesa, nem mesmo no quadro da vigência da Constituição de 1976. Efectivamente, a Constituição de 1933 e a versão originária da actual Lei Fundamental não proibiam que o Parlamento ou o Governo autorizassem os regulamentos a disciplinar novas matérias, mesmo que as normas regulamentares fossem *contra legem*, admitindo-se, por conseguinte, que os actos legislativos previssem a possibilidade da sua modificação ou derrogação por regulamento fora dos domínios reservados à lei. Cf., na doutrina, Afonso QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, polic., Coimbra, 1976, pp. 70 e 437, e «Teoria...», cit., p. 225; na jurisprudência, v. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 22/84 e 23/84, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., pp. 411 e s., e 422 e s., respectivamente, 266/92, de 14 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22.º vol., 1992, p. 783.

A afirmação deste princípio não implica que a relação entre lei e regulamento seja idêntica em todas as espécies regulamentares. Daí a autonomização comumente efectuada entre regulamentos executivos, complementares, independentes (e autónomos), cujo grau de vinculação à lei varia em sentido decrescente¹⁵². Em qualquer das circunstâncias, e tendo em vista também o fundamento político do poder regulamentar, existe sempre uma relação de complementaridade (*lato sensu*) entre o regime legalmente previsto e a disciplina normativa consagrada no regulamento¹⁵³.

Na sua vertente da precedência de lei, assistimos, por vezes, à referência a uma inversão do sentido do princípio da legalidade, passando a lei a estar vinculada por normas regulamentares. Repare-se que esta questão, embora dotada de alguma novidade, já constitui objecto de abordagem pela doutrina, debatendo-se, a este propósito, sobre a eventual vigência de um «*princípio da contra-corrente*»¹⁵⁴. No fundo, estamos de volta ao

¹⁵¹ Resta saber se se pode incluir nesta previsão constitucional a hipótese em que a lei faz depender a sua vigência *formal* da emissão e entrada em vigor de um regulamento. Assim sucedeu, entre nós, no n.º 6 do artigo 118.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas). Nos termos do citado preceito, “os artigos 50.º a 53.º, o n.º 1 do artigo 54.º e os artigos 55.º a 57.º produzem efeitos na data da entrada em vigor da portaria prevista no n.º 2 do artigo 54.º”; *i. e.*, as normas relativas ao recrutamento de trabalhadores ficam dependentes da entrada em vigor do regulamento que disciplina a tramitação do procedimento concursal, regulamento esse a emitir pelo membro do Governo responsável pela área da Administração Pública (ou, tratando-se de carreira relativamente à qual aquela tramitação se revele desadequada, além deste, também pelo membro do Governo cujo âmbito de competência abranja o órgão ou o serviço em cujo mapa de pessoal se contenha a previsão da carreira). Este comando regulamentar foi cumprido através da emissão da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de Janeiro, que veio regulamentar a tramitação do procedimento concursal nos termos do n.º 2 do artigo 54.º da Lei n.º 12-A/2008 e, nessa medida, libertar os efeitos dos citados preceitos.

Considerando que a *ratio* do n.º 5 do artigo 112.º se dirige a evitar que a lei permita ao regulamento afectar os respectivos efeitos, parece de concluir pela aplicabilidade daquele preceito também à situação em análise, proibindo o legislador de condicionar a eficácia de um acto legislativo à emissão de um regulamento ou de deixar a vigência de normas legais dependente da verificação de uma condição suspensiva, cuja ocorrência é imputada ao exercício do poder regulamentar pelos órgãos administrativos (ainda quando se trate do Governo-Administração).

¹⁵² *V.*, por exemplo, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 221 e ss.; Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», pp. 62 e ss.; Jorge MIRANDA, «Regulamento», cit., p. 268; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 158 e ss..

¹⁵³ Gomes CANOTILHO (*Direito...*, cit., p. 837 e s.) refere-se, a este propósito, a um «princípio da complementaridade ou acessoriedade dos regulamentos», constitucionalmente assente, desde logo, na alínea *c*) do artigo 199.º (que atribui ao Governo competência para “fazer os regulamentos necessários à boa execução da lei”). Não obstante esta referência normativa, o Autor não restringe o alcance do princípio nas relações estabelecidas entre lei e regulamento executivo, mas estende igualmente a sua abrangência aos regulamentos complementares e aos regulamentos independentes.

¹⁵⁴ *Cf.*, sobre problema da vinculação legislativa a regulamentos, aludindo ao princípio da contra-corrente, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 931 e ss.. O Autor analisa, além das situações mencionadas no texto, outras hipóteses de eventual vinculação legislativa a regulamentos, algumas delas reconducentes não a vinculações jurídicas da lei, mas ao estabelecimento de parâmetros *políticos* para o comportamento futuro do legislador, o que não acarreta qualquer compressão do princípio da legalidade (pense-se, *v. g.*, num regulamento que fixa a estratégia e as orientações políticas de uma futura reforma legislativa, como sucedeu, relativamente à reforma da Justiça Administrativa, com o Despacho n.º 1602/2001, de 15 de Janeiro, in: *Diário da República*, II Série, 26.01.2001, pp. 1647 e ss.).

primeiro ponto abordado a propósito da deslegalização, mas encarando-o sob uma perspectiva diversa: ocupando progressivamente o regulamento o lugar da lei na sua tarefa de elaboração de disciplina inovatória, poderá tal disciplina impor-se ao legislador, em termos que impeçam uma sua alteração por este último?

Esta indagação colhe um sentido especial se a integramos no quadro da temática dos direitos fundamentais. O problema surgirá quando nos confrontamos com a eventual possibilidade da existência de direitos daquela natureza consagrados em regulamento, o que poderá implicar consequências decisivas quer quanto aos requisitos das restrições aos direitos, liberdades e garantias (e direitos de natureza análoga), quer no que se refere à proibição de retrocesso na concretização dos direitos económicos, sociais e culturais.

Importa, pois, apreciar se a previsão de um direito, liberdade e garantia ou de um direito social num diploma regulamentar se impõe ao legislador, impedindo que este altere o regulamento em sentido restritivo ou elimine o direito, respectivamente. O primeiro ponto a considerar prende-se com a própria admissibilidade constitucional da previsão de direitos fundamentais num regulamento, tendo em conta que a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP submete a matéria dos direitos, liberdades e garantias à reserva de lei¹⁵⁵ e que o artigo 16.º da CRP, enquanto exteriorização do princípio da não tipicidade (ou da cláusula aberta) dos direitos fundamentais, esclarece que constituem fontes destes direitos, para além da Constituição, (apenas) os actos legislativos e as convenções internacionais. Sendo certo que nenhum destes argumentos milita decisivamente contra a consagração de direitos fundamentais em diplomas regulamentares e que, fruto da evolução no sentido da deslegalização, os regulamentos vêm tentando assumir uma posição predominante quando se trata de elaboração de normas inovatórias sobre determinada matéria, não parece de excluir a hipótese de criação de um direito fundamental por via regulamentar – aliás, uma posição que negasse tal possibilidade por contrária à Constituição resultaria contraditória com a concepção antropológica em que a mesma assenta, alicerçada, de acordo com o artigo 1.º, no princípio da dignidade da pessoa humana (a «base antropológica

¹⁵⁵ Como vimos (cf. *supra*), a reserva de lei não impede a existência de regulamentos em matéria de direitos, liberdades e garantias; todavia, estamos a analisar neste momento uma possibilidade de intervenção regulamentar que vai para além da simples concretização de opções fundamentais tomadas a nível legislativo, consubstanciando uma verdadeira previsão inovatória de direitos ainda não decantados pelo legislador (constituente ou ordinário) ou não constantes de convenções internacionais. Trata-se, contudo, de uma hipótese de verificação não muito provável, dado o desenvolvimento conhecido na positivação dos direitos fundamentais, mas não nos parece de todo impossível.

constitucionalmente estruturante do Estado de direito», a que alude Gomes Canotilho¹⁵⁶), e com a ordem pluralista e aberta dos direitos fundamentais^{157 158}.

Admitida a criação de direitos fundamentais por regulamento, urge determinar se uma lei posterior pode revogá-los¹⁵⁹. Ainda que se recuse a aplicação do regime dos direitos fundamentais formalmente constitucionais aos direitos de fonte regulamentar, deverá entender-se que a sua fundamentalidade material justificará, no mínimo, uma compressão da discricionariedade legislativa, que, pelo menos, há-de estar vinculada ao princípio da proporcionalidade¹⁶⁰. Saliente-se, porém, que, em rigor, a mobilização deste princípio coloca o problema ao nível constitucional e no plano dos limites colocados pelos subprincípios do Estado de direito¹⁶¹ (entre os quais se inclui o princípio da proporcionalidade) à actuação dos poderes públicos¹⁶², em geral, sem prejuízo da respectiva configuração como limite material à restrição legislativa de direitos, liberdades e garantias. Não se trata, pois, da defesa de uma supremacia do regulamento sobre a lei – na hipótese de uma lei revogar o regulamento consagrador de um direito fundamental, eliminando-o, esse acto poderá constituir alvo de censura constitucional, não por ter

¹⁵⁶ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 248.

¹⁵⁷ Referindo-se à ordem constitucional dos direitos fundamentais como «ordem pluralista e aberta», v. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 101.

¹⁵⁸ Em sentido diverso, cf. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 185. Admitindo que o n.º 1 do artigo 16.º inclui direitos criados por regulamento, v. Paulo OTERO, «Direitos Históricos e Não Tipicidade Pretérita dos Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1076 e s. (admitindo mesmo a existência de direitos fundamentais criados por regulamentos anteriores à Constituição de 1976 e, por conseguinte, ao artigo 16.º), e *Legalidade...*, cit., p. 940; Bacelar GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1995, p. 354, entendendo que o vocábulo «leis», presente no n.º 1 do artigo 16.º, compreende, além dos actos legislativos (leis da Assembleia da República, decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas), os regulamentos (cf. também Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 3.^a ed., vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, p. 1064).

¹⁵⁹ Trata-se de uma questão que se cruza com a admissibilidade da aplicação do regime específico (na totalidade ou apenas na sua dimensão material) dos direitos, liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga que não constam do texto do texto constitucional. Sobre esta matéria, cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 404; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 375 e ss., anotação VI ao artigo 17.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 160 e ss. (163); Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, «Artigo 17.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 307 e ss., anotações VI e VII; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 186 e ss.; Bacelar GOUVEIA, *Os Direitos...*, cit., pp. 430 e ss..

¹⁶⁰ Assim, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 941.

¹⁶¹ Etribando também o princípio da proporcionalidade no princípio do Estado de direito, v., por exemplo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 200/2001, de 9 de Maio, in: *Diário da República*, II Série, n.º 147, 27.06.2001, p. 10615. Integrando o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo nos subprincípios concretizadores do princípio do Estado de direito, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 266 e ss.; J. Reis NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 161 e ss..

¹⁶² Cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 272.

contrariado um regulamento anterior, mas por suprimir inadequada, desnecessária ou desproporcionadamente um direito fundamental.

Afigura-se-nos que os exemplos apontados não se revelam suficientes para se erigir, no quadro das relações entre a lei e o regulamento, um *princípio* da contra-corrente, de sentido contrário ao do princípio da primazia da lei, visto deparar-nos com situações dotadas de alguma excepcionalidade. Se a deslegalização vem conhecendo avanços significativos ao nível da delegação em normas regulamentares da tarefa de elaboração de disciplinas jurídicas, o nosso ordenamento jurídico ainda não atingiu um estágio que permita uma subversão completa dos caminhos indicados pelo princípio da legalidade (em particular, pelo princípio da preferência de lei). Resta, pois, conhecer qual o papel que, em resultado desta evolução, fica reservado aos regulamentos, enquanto forma de actuação administrativa e fonte de Direito Administrativo.

2.5. O fenómeno da deslegalização

Explicitado o sentido do princípio da legalidade como fundamento do poder regulamentar, urge sopesarmos alguns dos desafios ao mesmo colocados, a ponto de hoje se falar numa tendência para a *deslegalização* e para a substituição da lei pelo regulamento na tarefa de criação de disciplinas jurídicas iniciais sobre as matérias, enquanto fenómeno típico da «dinâmica do sistema normativo»¹⁶³. Eis uma problemática articulável com as interpelações que esse fenómeno vem suscitando no quadro das «fontes do direito» e, nessa medida, da concepção da lei como um dos parâmetros de validade do regulamento, com tudo o que isso acarreta para os problemas dos limites ao poder regulamentar e da invalidade das normas regulamentares. Sem prejuízo das considerações que teceremos sobre o reforço das funções do regulamento administrativo, importa, desde já, acentuar que as repercussões decorrentes do fenómeno da deslegalização não poderão, em caso algum, pôr em causa a indispensabilidade da observância do princípio da legalidade (*stricto sensu*), enquanto garantia de um Direito Administrativo pautado pelos imperativos do Estado de direito democrático¹⁶⁴. Não se ignora, porém, que os condicionalismos determinantes da emanação de regulamentos pela Administração se apresentam hoje totalmente diversos dos que pautavam o exercício do poder regulamentar no momento em

¹⁶³ Cf. SANDULLI, *L'Attività...*, cit., p. 14.

¹⁶⁴ Assim, já SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 48.

que se encontravam perfeitamente delineados os campos de actuação do legislador e da Administração.

I. Com o advento do Estado social, o crescente intervencionismo, a multiplicidade de tarefas colocadas a cargo de um Estado económica e socialmente empenhado, um entendimento demasiado estrito do princípio da legalidade da Administração, a juridicização de um conjunto de matérias e a concomitante mutação normativa daí adveniente conduziram à sobrecarga do Parlamento e, por consequência, à crise da lei – que, em resultado da sua hipertrofia, se *des-sacralizou*¹⁶⁵, dando origem à desilusão subsequente à euforia legislativa dos anos 70 do século passado¹⁶⁶: também “a lei já não é o que era”¹⁶⁷. Aquela «des-sacralização» conduziu, por um lado e num sentido, à diminuição do grau de precisão da lei (que abandona a própria linguagem que lhe é característica¹⁶⁸) e à perda da sua densidade normativa e, por outro lado e em sentido (aparentemente) oposto, a um aumento exponencial da actividade legislativa (a «motorização do legislativo», a que aludia já Rogério Soares¹⁶⁹), por força de uma «necessidade gigantesca de normação» (*gigantisches Normierungsbedürfnis*¹⁷⁰) geradora

¹⁶⁵ Neste sentido, DEMURO, *Le Delegificazioni: Modelli e Casi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 11; Hans PETERS, «Verwaltung...», cit., p. 216; OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 145; cf., entre nós, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 152 e ss.; para uma síntese da perspectiva crítica do fenómeno legiferante, v. Gomes CANOTILHO, «Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIII, 1987, pp. 446 e ss.. No período revolucionário, o carácter sagrado da lei resultava, antes mais, da concepção da mesma como expressão da vontade geral, o que, por si só, originava três consequências determinantes: *primo*, a compreensão de que a lei constituía o produto da mistura de vontades individuais (num processo que, no dizer de Sieyès, correspondia a uma espécie de fermentação); *secundo*, o entendimento segundo o qual a lei não traduzia a satisfação de exigências ou reivindicações particulares; *tertio*, a ideia de que o direito estava compreendido na lei e todos os actos que nela se louvavam se reconduziam à sua aplicação, uma vez que apenas esta fonte de direito possuía carácter inicial (neste sentido, BRUNET, «Que Reste-t-il de la Volonté Générale? Sur les Nouvelles Fictions du Droit Constitutionnel Français», in: *Pouvoirs*, n.º 114, 2005, pp. 6 e s.; cf. também CIMELLARO, «Il Principio...», cit., pp. 110 e s.). Não nos iludamos, porém, com a excessiva confiança depositada na lei pelos pensadores revolucionários – já VOLTAIRE («Lois», in: *Dictionnaire Philosophique*, <http://www.voltaire-integral.com/Html/19/lois.htm>, Março 2006) criticava as leis do seu tempo (falíveis, porque elaboradas pelos homens), defendendo uma maior racionalidade na sua elaboração: “Quereis ter melhores leis; queimai as vossas e fazei-as de novo”.

¹⁶⁶ SCHULZ, «Alles verändert Gesetze, Gesetze verändern nichts?», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, fasc. 24, ano 62.º, Dezembro 2009, p. 1113.

¹⁶⁷ TERRE, «La “Crise” de la Loi», in: *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 25, 1980, p. 17.

¹⁶⁸ GAUDEMET («La Loi Administrative», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n.º 1, Janeiro/Fevereiro 2006, pp. 75 e s.) afirma, expressivamente, que “a lei já não fala a linguagem do direito”, mas administrativiza-se, pasando a desempenhar um papel de *management* ou uma «função de administração no quotidiano».

¹⁶⁹ Rogério SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008, pp. 153 e s..

¹⁷⁰ OSSENBÜHL, «Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 296, na

de uma «sobrenormação» (*Übernormierung*¹⁷¹), decorrente da intervenção do Parlamento em todos os âmbitos da vida social. Assiste-se agora a uma verdadeira *inflação legislativa*, com frequência acompanhada de uma degradação da qualidade¹⁷² e do desaparecimento da tradicional vocação de intemporalidade, substituída por uma constante mutação ou instabilidade – tal a lei transformada em mero instrumento de uma certa (maioria) política do momento e meio de alcançar os respectivos fins, muitas vezes à custa de compromissos que pouco ou nada relevam já da presunção de racionalidade que anteriormente lhe estava subjacente¹⁷³.

senda de EICHENBERGER, «Gesetzgebung im Rechtsstaat», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, n.º 40, De Gruyter, Berlin/New York, 1982, pp. 21 e ss., que se refere já a um crescendo da tendência para a «normação em massa» (*Normierungsmasse*).

¹⁷¹ RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., p. 1088.

¹⁷² A proporcionar que o princípio da legalidade tenha um significado mais formal que material – assim também MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 176.

Cf. também OSSENBÜHL, «Gesetz und Recht...», cit., p. 307; MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 176. As preocupações com a qualidade normativa das leis levam à mobilização, para o campo da criação normativa, das ciências sociais (como a sociologia do direito), bem como à criação de mecanismos de avaliação dos respectivos efeitos e vinculação, em especial do *Regulatory Impact Assessment* – sobre esta matéria, cf. SCHULZ, «Alles Verändert Gesetze...», cit., pp. 1113 e ss..

Alguma doutrina observa que para a falta de qualidade das leis concorre ainda a deficiente preparação dos juristas para a actividade de normação – assim, Gomes CANOTILHO, «Relatório...», cit., pp. 407 e s.; CAUPERS, «Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Metodica da Legislação», in: *Direito e Outras Coisas*, Âncora Editora, Lisboa, 2007, pp. 616 e s..

Reflectindo sobre tais questões, cf. o «Relatório Final» do *Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkern)*, in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 29, Outubro/Dezembro 2000, pp. 13 e ss..

Entre nós, e para responder àquelas perplexidades, o Governo, desenvolveu o *Programa Legislar Melhor* (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, de 18 de Maio). Nos termos deste *Programa*, a decisão de legislar terá de considerar aspectos relativos à necessidade, eficiência e simplificação, impondo-se, de igual modo, a avaliação prévia e sucessiva do impacto dos actos normativos. Além disso, passa a existir um controlo de qualidade da produção normativa governamental, com repercussões ao nível da técnica normativa (nomeadamente, através da actualização das regras de legística e da edição de um *Guia Prático para a Elaboração dos Actos Normativos do Governo*) e em matéria de audição de entidades públicas e privadas. No que tange à simplificação dos actos normativos, promovem-se medidas de consolidação, compilação e codificação. Prosseguindo a mesma orientação, foi criado o *Sistema de Controlo dos Actos Normativos* (SCAN), com o objectivo de “acompanhar os procedimentos de aprovação de actos legislativos e regulamentares cuja emissão seja determinada por outros actos normativos, bem como a utilização das autorizações legislativas contidas em leis da Assembleia da República” (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 197/2008, de 30 de Dezembro). Pretende implementar-se, no âmbito do SCAN, uma base de dados informatizada, destinada a assegurar mecanismos de controlo automatizado das necessidades de regulamentação dos actos legislativos da Assembleia da República e do Governo, bem como dos procedimentos de aprovação de decretos-leis emitidos no uso de lei de autorização legislativa e dos procedimentos de transposição de actos jurídicos da União Europeia. Sobre o *Programa Legislar Melhor*, cf. Blanco de MORAIS, «O Programa “Legislar Melhor”. Dois Anos Depois», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 50, Outubro/Dezembro 2009, pp. 61 e ss..

Idênticas preocupações se manifestam ao nível da produção normativa da União Europeia – cf. as Comunicações da Comissão Europeia, relativas ao (homónimo) *Programa Legislar Melhor*, COM (2006) 689, de 14.11.2006, COM (2008) 32, de 30.01.2008, e COM(2009) 15, de 28.01.2009.

¹⁷³ Em sentido próximo, v. M. Galvão TELES, «A Concentração...», cit., pp. 181 e s.. Cf. também TERRE, «La “Crise”...», cit., pp. 19 e s., que aluda à ultrapassagem da concepção da lei como expressão da

Este fenómeno não se circunscreve apenas ao número de leis editadas, mas reporta-se também à sua extensão¹⁷⁴. Este último aspecto encontra-se, aliás, intimamente próximo da caminhada no sentido da administrativização da lei e da percepção da necessidade do estabelecimento de normativos sobre problemas técnicos cada vez mais específicos¹⁷⁵, tornando-a permeável aos esquemas de interesses e submetendo-a ao imperativo da eficiência¹⁷⁶. Como salientava já Afonso Queiró, a progressiva ocupação legislativa da área regulamentar originou um novo direito legal, mas que não é legislativo por natureza¹⁷⁷.

Assim se compreende que também seja típica deste contexto a possibilidade constitucionalmente admitida do exercício da função legislativa pelo Governo através de actos (formalmente) legislativos – questão que, ao invés do que sucede com alguma doutrina, não assimilamos ao problema da deslegalização¹⁷⁸ (uma vez que, neste âmbito, estamos ainda perante a disciplina inicial das matérias através de actos legislativos – com valor idêntico ao da lei –, mas, desta feita, não emanados pelo Parlamento), embora não ignoremos a proximidade existente entre ambas as questões e o contributo que prestam para o fim da supremacia da lei e do Parlamento. Nesta última hipótese, ainda está em

vontade geral, para se tornar a “expressão da vontade de um legislador”, influenciado por grupos de pressão: em suma, a lei constitui hoje a “expressão de uma política” (*Op. cit.*, p. 21).

¹⁷⁴ Para uma expressiva comparação, em França, face ao *Recueil des Lois* publicado anualmente pela Assembleia Nacional, do volume das leis emitidas desde 1970 (620 páginas ou 912 gramas) até 2004 (2556 páginas ou 3,266 kg), cf. HISPALIS, «Pourquoi tant de loi(s)?», in: *Pouvoirs*, n.º 114, 2005, pp. 101 e s.. De acordo com o levantamento efectuado pelo mesmo Autor (*Op. cit.*, pp. 104 e s.), fenómeno idêntico ocorre na Alemanha, Bélgica, Reino Unido, Rússia e República Checa (embora, nestes dois últimos casos, fruto da concorrência de factores diversos). Vejam-se, entre nós, os interessantes exemplos compilados por Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 547 e s., n. 280.

¹⁷⁵ É evidente que a tecnicidade e a flexibilidade não se revelam equivalentes em todas as áreas do direito, afigurando-se especialmente exigidas nos campos (mais instáveis) do Direito Público da Economia ou do Direito do Ambiente; aliás, e como principiámos por constatar, o regulamento passa a ser um instrumento de regulação primordial quando o Estado, orientado pelo princípio da socialidade (Estado social), pretende pôr em prática as suas políticas económica, social ou cultural. Neste sentido, OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 147; FOÀ, *I Regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Giaplichelli Editore, Torino, 2002, p. 3.

¹⁷⁶ Sobre a matéria e os reflexos destas mutações na compreensão do princípio da separação de poderes, v. a profunda análise de Rogério SOARES, *Direito Público...*, cit., pp. 151 e ss., 170 e ss.. Acentuando, em consequência daqueles factores, o relativismo da fronteira entre lei e regulamento, cf. Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., pp. 97 e s.. V. ainda DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., pp. 7 e ss..

¹⁷⁷ Afonso QUEIRÓ, «A Função...», cit., p. 116. Aliás, esta ideia mais não foi que o resultado da emergência da democracia (monista) parlamentar e da concepção da «essencialidade do Parlamento como fonte monista de legitimidade» e da «entidade da lei como norma primária universal» [Manuel Afonso VAZ, *Lei e Reserva de Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, (reimp.), Universidade Católica, Porto, 1996, p. 477].

¹⁷⁸ Mesmo quem assimila as duas questões, acaba por concluir que, em certas hipóteses (*maxime* as que assinalamos), mais do que uma *delegação* legislativa (e, portanto, de uma delegação de um poder que pertence exclusivamente ao Parlamento), está em causa uma verdadeira *partilha* do poder legislativo entre Parlamento e Governo – assim, CAPPELLETTI, «Loi et Règlement en Droit Comparé: Partage de Compétences et Contrôle de Constitutionnalité», in: FAVOREU (dir.), *Le Domaine de la Loi et du Règlement*, 2.ª ed., Economica/Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1981, p. 251.

causa a elaboração de normas primárias no exercício da função legislativa, seja porque a Constituição atribui poderes legislativos ao Governo, seja porque permite ao Parlamento a transferência dos seus poderes legislativos para o Governo, nos termos e nos limites previstos na Lei Fundamental, seja porque, em circunstâncias excepcionais, admite o exercício provisório pelo Governo dos poderes legislativos conferidos ao Parlamento, submetendo-o a ratificação deste último órgão¹⁷⁹. Se a diferença entre as duas questões

¹⁷⁹ Após uma análise das soluções de direito comparado, PIZZORUSSO («Actes Législatifs du Gouvernement et Rapports entre les Pouvoirs: Aspects de Droit Comparé», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, p. 678) identifica estas três soluções constitucionais possíveis quando se trata de exercício da função legislativa pelo Governo. Ainda que, como salienta o mesmo Autor, o confronto entre os diversos ordenamentos jurídicos se encontre dificultado pela relativa incomparabilidade entre certos actos normativos governamentais, em termos de compreender se os mesmos são adoptados no exercício da função legislativa ou da função administrativa. Daí a referida absorção desta temática pela da legislação delegada.

A Constituição portuguesa assume sem complexos a partilha do poder legislativo entre Assembleia da República e Governo (através da emissão de decretos-leis sob diversos circunstancialismos), mas, ao contrário do que sucede com as situações que iremos referir, tal constitui assumidamente uma nota característica da forma de governo, não representando um mecanismo de delegação legislativa do Parlamento. Com efeito, a Constituição admite a existência de poderes legislativos concorrentes entre Assembleia da República e Governo (nas matérias fora de reserva de lei) e de uma reserva de decreto-lei (disciplina da organização e funcionamento governamentais, embora este último corresponda a «poder regulamentar formalmente legislativo» – Afonso QUEIRÓ, «A Função...», cit., p. 113).

Já em Espanha, *v. g.*, algumas das hipóteses designadas como de *delegação legislativa* reconduzem-se justamente a situações em que as *Cortes Generales* conferem ao Governo o poder de emitir normas com valor de lei (*Decretos Legislativos*, dependentes de leis de bases ou de leis ordinárias), destinadas à formação de textos articulados (que, devido à sua complexidade técnica, não se prestam ao debate parlamentar) ou a refundir vários textos num só (cf. artigos 82 e 85 da Constituição espanhola). Tratando-se do que a doutrina designa como «delegação legislativa receptícia ou material», esta possibilidade visa ampliar o poder normativo da Administração, transferindo-lhe competência legislativa e alterando o esquema normal ou geral de competências constitucionalmente delimitado, nos termos do qual o poder legislativo se encontra devolvido ao Parlamento (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 256 e ss.; DIEZ-PICAZO, «Actes Législatifs du Gouvernement et Rapport entre les Pouvoirs: L'Expérience Espagnole», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 731 e ss.; GARRIDO FALLA/PALOMAR OLMEDA/LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado...*, cit., pp. 269 e ss.; PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 113 e ss.). A par destes *Decretos Legislativos* (enquanto expressão do fenómeno da delegação legislativa), o Governo detém poder legislativo nos termos do artigo 86 da Constituição (poder este considerado «originário» – não delegado –, por resultar de uma atribuição constitucional – cf. PAREJO ALFONSO, *Lecciones...*, cit., p. 111), mas apenas para emanar, em caso de *extraordinária e urgente necessidade*, disposições legislativas provisórias que não poderão incidir sobre as instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, o regime das Comunidades Autónomas e o direito eleitoral geral (os designados *Decretos-Leyes*, concebidos como *disposiciones legislativas provisionales*); o Tribunal Constitucional adopta, porém, uma posição bastante lata no que toca à admissibilidade de *Decretos-Leyes* (cf. as indicações jurisprudenciais em GARRIDO FALLA/PALOMAR OLMEDA/LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado...*, cit., pp. 267 e ss.). O não reconhecimento de poder legislativo ordinário ao Governo leva a conceber a figura do *Real Decreto* como regulamento administrativo, o que possui grandes implicações dogmáticas – pense-se, *v. g.*, na construção de MELERO ALONSO que aglutina no interior do conceito regulamento administrativo as normas correspondentes ao exercício quer da função de direcção política, quer de funções materialmente administrativas (*Reglamentos...*, cit., *passim*; sobre o conceito político de regulamento, cf. pp. 182 e s.). Cf., ainda sobre esta questão, PUNSET BLANCO, «Potestades...», cit., pp. 14 e ss.. Relativamente ao exercício de poderes legislativos pelo Governo, *v. também* GÓMEZ-ACEBO SANTOS, «El Ejercicio de la Función Legislativa por el Gobierno: Leyes Delegadas e Decretos-Leyes», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 6, 1951, pp. 99 e ss..

Parte I
O Sentido Actual do Exercício do Poder Regulamentar

Também em França se vem designando como «legislação delegada» a emanação de *ordonnances* (equivalentes aos anteriores *décrets-lois*) ao abrigo do artigo 38 da Constituição de 1958 (não nos referimos neste momento às *ordonnances* adoptadas nos termos do artigo 92, uma vez que este, enquanto integrante das disposições transitórias constantes do título XVII da Constituição, foi revogado pela revisão constitucional de 1995 – sobre esta questão, cf. FAVOREU, «Le Pouvoir Normatif Primaire du Gouvernement en Droit Français», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 715 e ss.). Decorre do artigo 38 que o Governo pode, para execução de seu programa, pedir ao Parlamento uma autorização para, dentro de um prazo limitado (mas não necessariamente pelo Governo em funções à data da entrada em vigor da lei de habilitação, como já clarificou o *Conseil d'Etat* – cf. *Arrêt* «Schmitt», de 05.05.2006, in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, Julho/Agosto 2006, pp. 678 e ss., com anotação de BOYER-MERENTIER, acentuando as vantagens do reconhecimento do carácter impessoal da habilitação, esp.¹⁶ pp. 688 e s.), adoptar medidas que normalmente se inseririam no *domínio da lei* (previsto no artigo 34). Tais medidas revestem a forma de *ordonnances*, emitidas pelo Conselho de Ministros, após *Avis* do *Conseil d'Etat* e pressupõem uma ratificação parlamentar (nem que seja implícita, por mera remissão efectuada por outra lei) dentro do lapso temporal fixado pela lei de habilitação. No que respeita à sua natureza jurídica, estas medidas são consideradas como regulamentos até à ratificação que, quando conferida, atribui retroactivamente ao acto natureza legislativa; se a ratificação, embora uma exigência de carácter formal, não ocorrer, a *ordonnance* permanece em vigor após ter expirado o prazo fixado na lei de habilitação, mas torna-se inalterável e possui apenas força de regulamento. Tendo em conta a delimitação dos âmbitos da lei e do regulamento, a possibilidade aberta pelo artigo 38 implica uma verdadeira alteração de domínios competenciais, viabilizando a intervenção governamental em âmbitos confiados à lei – que se torna tanto mais relevante, quanto mais frequentes são as devoluções efectuadas pelo legislador (sobre esta matéria, cf., v. g., CHAPUS, *Droit Administratif Général*, tomo 1, 15.^a ed., Montchrestien, Paris, 2001, pp. 665 e ss.; CHANTEBOUT, *Droit Constitutionnel*, 25.^a ed., Dalloz, Paris, 2008, pp. 292 e ss., 607 e ss.), contrariamente à ideia originária dos redactores da Constituição que, à semelhança do que sucedia com os anteriores *décrets-lois*, concebiam a delegação legislativa como excepcional (v. BOYER-MERENTIER, «La Portée...», cit., p. 686). Aliás, vem crescendo exponencialmente esta forma de confiar a elaboração de normas ao Governo, a adoptar dentro de prazos bastante amplos, não se destinando, em rigor, a executar um programa de política geral (como o exigiria o artigo 38 da Constituição) – pense-se, por exemplo, na *Loi* 2003-591, de 2 de Julho de 2003, ou da *Loi* 2004-1343, de 9 de Dezembro de 2004, que habilitaram o Governo a legislar no sentido da simplificação do direito, ou na *Loi* 2005-846, de 26 de Julho de 2005, que apenas teve como objectivo habilitar o Governo a adoptar, através de *ordonnances*, medidas urgentes para o emprego (relativamente à multiplicação de *ordonnances* no quadro do direito francês e aos problemas daí decorrentes, cf. DELVOLLE, «L'Été des Ordonnances», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 5, ano 21, Setembro/Outubro 2005, pp. 909 e ss.; GAUDEMET, «La Loi...», cit., pp. 66 e ss.).

O artigo 76 da *Costituzione* italiana admite, durante um período de tempo limitado e para matérias definidas, a delegação de funções legislativas no Governo (por este exercidas através da forma de *decreti legislativi*), ficando determinados quais os princípios e critérios directivos – as designadas *leis delegadas* (v., por exemplo, PALADIN, «Actes Législatifs du Gouvernement et Rapports entre les Pouvoirs: L'Expérience Italienne», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, p. 694; PEGORARO/REPOSO/RINELLA/SCARCIGLIA/VOLPI, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, 2.^a ed., Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 144 e ss.). Por seu lado, o artigo 77 permite, independentemente de delegação das Câmaras, emanar decretos com valor de lei ordinária (*decreti-legge* provisórios, na medida em que, sob pena de caducidade *ab initio*, devem ser convertidos em lei pelo Parlamento nos sessenta dias seguintes à sua adopção). Tal implica o reconhecimento de poderes normativos primários próprios (*hoc sensu*, não delegados), fundados em circunstâncias de necessidade e urgência, poderes esses que, porquanto equiparáveis aos da emissão legislativa, podem entrar na matéria reservada (neste sentido já entendeu a *Corte Costituzionale* – cf. BAUDREZ, «Décrets-Lois Réitérés en Italie: L'Exaspération Mesurée de la Cour Constitutionnelle en 1996», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, p. 754). Todavia, o recurso maciço ao artigo 77 da *Costituzione* permite concluir por uma descaracterização do sistema das fontes constitucionalmente delineado, desde logo por força do abuso que se assiste na emanação de *decreti-legge* e na renovação ou reiteração de decretos-leis caducos por não haverem sido convertidos em lei, já censurada pela *Corte Costituzionale* (v. PALADIN, «Actes Législatifs...», cit., pp. 696 e ss.; PEGORARO/REPOSO/RINELLA/SCARCIGLIA/VOLPI, *Diritto...*, cit., p. 149; referindo-se, também por este motivo, à «banalização» do procedimento de emanação de *decreti-legge*, cf. BAUDREZ, «Décrets-Lois...», cit., pp. 746 e s., v. ainda, sob o ponto de vista da conformidade constitucional desta conduta, últ. *Op. cit.*, pp. 752 e ss.). Atente-se, porém, que, no ordenamento jurídico-constitucional italiano, o Parlamento não tem o

reside fundamentalmente na circunstância de estes actos normativos possuírem força de lei (podendo revogar ou substituir uma lei anterior), a verdade é que esta singularidade pode ocorrer, como veremos, em alguns estádios avançados de deslegalização, em que a lei admite a sua alteração futura através de regulamento, sem que este perca (pelo menos em termos formais) o seu carácter de fonte subordinada de direito.

Em consonância com a extensão e a complexidade dos problemas que lhe passam a ser cometidos, a lei perde o carácter de concisão que a caracterizaria face ao regulamento (que desceria aos pormenores da disciplina jurídica), para amiúde se aproximar, em termos de conteúdo, a uma verdadeira medida administrativa, o que se torna particularmente evidente nos diplomas de transposição de directivas comunitárias¹⁸⁰.

Em aparente paradoxo com esta evolução, a crise da lei evoluiu também no sentido de passar a consagrar fórmulas vazias de sentido, sem qualquer conteúdo normativo, ou,

monopólio do poder legislativo, porquanto, desde a revisão de 2001, as regiões possuem poder legislativo ordinário (cf. artigo 117 da *Costituzione*).

Na Alemanha, admite-se, mas apenas em situações excepcionais, que o Governo detenha poderes legislativos, os quais são exercidos sob a forma de «regulamento com força de lei» (*gesetzkräftige Verordnung*), assumindo-se como verdadeiros substitutos desta última – assim sucede, v. g., nos termos do artigo 119 da *Grundgesetz*, que alude à possibilidade de o Governo disciplinar através de «regulamentos com força de lei» as matérias relativas a refugiados e expulsos, pelo menos até à emanação de leis federais (cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 354; OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 150). Além disso, o direito alemão conhece a figura das designadas *Zustimmungsverordnungen*, i.e., *Verordnungen* incidentes sobre matérias que, pela sua essencialidade, necessitam de intervenção parlamentar; todavia, o facto de a celeridade e flexibilidade do procedimento regulamentar se adequarem às exigências da medida em causa leva à adopção da mesma através de uma *Verordnung* (que constitui disciplina primária sobre a matéria), sujeita não à forma de lei, mas a uma simples decisão autorizativa do Parlamento; de acordo com a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a admissibilidade de *Zustimmungsverordnungen* depende da verificação da existência de um «interesse legítimo», quer para a delegação do poder legislativo, quer para a reserva de uma influência parlamentar na emanação de uma *Verordnung*. Sobre estes regulamentos, v. OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 411 e s., e «Gesetz...», cit., pp. 314 e s. (concebendo esta possibilidade como uma terceira forma de normação, situada num plano intermédio entre a lei formal e o regulamento administrativo). Questão diversa é a da necessidade de aprovação de *Verordnungen* estaduais pelo *Bundesrat*: repare-se que, nos termos do n.º 2 do artigo 80 da *Grundgesetz*, carecem de aprovação pelo *Bundesrat* os regulamentos do Governo federal ou de um Ministro Federal sobre princípios e taxas pela utilização das instalações dos serviços postais e telecomunicações, sobre princípios relativos ao lançamento de retribuições pela utilização dos caminhos de ferro, assim como os regulamentos fundados em leis federais que dependem da aprovação do *Bundesrat* ou que sejam executadas pelos *Länder* (por delegação federal ou no exercício de uma competência própria) ou daqueles que suscitem a colaboração do *Bundestag*; nestas hipóteses, o *Bundesrat* detém igualmente o direito de iniciativa do procedimento normativo. Sobre estes últimos, cf. OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., pp. 409 e ss.; AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 401 e s.; relativamente ao artigo 80, n.ºs 2 e 3 da Constituição alemã, v., por exemplo, NIERHAUS/JANZ, «Aktuelle Probleme der Rechtsetzung des Bundes und der Länder – Eine Normhierarchische Gemengelage?», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 4, ano 12.º, 1997, pp. 333 e ss.; SEILER, «Parlamentarische Einflußnahmen auf den Erlaß von Rechtsverordnungen im Lichte der Formenstrenge», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 1, ano 16.º, 2001, pp. 63 e ss..

¹⁸⁰ Neste sentido, também HISPARI, «Pourquoi tant de loi(s)?», in: *Pouvoirs*, n.º 114, 2005, p. 109, que aponta como uma das causas da inflação legislativa o abandono da distinção de domínios entre a lei e o regulamento (*Op. cit.*, pp. 108 e s., 113 e s.).

nas palavras do *Conseil Constitutionnel*, a lei passa a privilegiar um «direito mole», um «direito fluido», um «direito em estado gasoso»: em face das exigências (que não consegue cumprir) postuladas pela tecnicidade e complexidades dos problemas emergentes da realidade actual, o legislador abandona-se à enunciação de fórmulas pedagógicas, de grandes princípios sociológicos ou de simples declarações de intenção – os «neutrões legislativos» a que se referia Foyer^{181 182}.

II. Uma vez atingido este estágio da evolução, a tendência verificada hodiernamente aponta, como referimos, no sentido da *deslegalização*, conceito ao qual atribuímos um sentido bastante lato e que exprime a (paulatina) retirada de influência da lei no plano interno, destinada a permitir a introdução de outras fontes de produção normativa (como o regulamento), sem abdicar da natureza jurídico-pública dessa regulamentação¹⁸³. Em face da mutabilidade das bases sociais da lei, esta, incapaz de responder à dinâmica dos acontecimentos, tende a ser substituída por instrumentos administrativos de regulação, os quais assumem a função de estabelecer balizas à actuação dos particulares.

Também entre nós, e considerando a ausência de um conceito material de lei, a doutrina tem-se debatido com o fenómeno da deslegalização, ponderando no sentido da sua admissibilidade, desde que sejam observados os limites decorrentes da reserva de lei e que, de um ponto de vista político-legislativo, a devolução da matéria para o regulamento se

¹⁸¹ Autor que, no horizonte do direito francês, exemplifica com situações paralelas às mencionadas no texto (*apud* GAUDEMET, «La Loi...», cit., p. 82; MATHIEU/VERPEAUX, *Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 799). Entre nós, observe-se, *v. g.*, o n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 30/2004, de 21 de Julho (Lei de bases do desporto) alude à actividade desportiva como “factor cultural indispensável na formação plena da pessoa humana e no desenvolvimento da sociedade”

¹⁸² Não resistimos a assinalar que contribui igualmente para a crise da lei a existência de inúmeros lapsos (facilmente corrigíveis) nas prescrições legislativas. Veja-se, por exemplo, a norma constante do n.º 2 do artigo 159.º do CPTA, quando dispõe que a inexecução ilícita das decisões judiciais importa também a “pena de desobediência”, confundindo (pelo menos, aparentemente) as categorias do crime e as respectivas consequências jurídicas (as penas).

¹⁸³ Já não incluímos no conceito de deslegalização a redução do âmbito juridicamente relevante ou relativo a uma «desnacionalização» da matéria em direcção a uma desregulação (*deregulation*) da mesma, a que também se refere DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., pp. 20 e s.. Aliás, este Autor apresenta também um conceito estrito de deslegalização próximo do que propugnamos, concebendo este fenómeno como a “transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estadual para outra sede normativa” (*Op. cit.*, p. 24).

Por outro lado, e apesar de o conceito de deslegalização com que estamos a operar se enquadrar no problema do relacionamento entre fontes de direito (*in casu*, lei e regulamento), reconhecemos que, em certos momentos, se pode assistir a uma deslegalização operada por actos diferentes de regulamento – neste sentido, *v.* Jorge MIRANDA/Vasco Pereira da SILVA, «Problemas Constitucionais da Transformação de Empresas Públicas», in: *O Direito*, ano 120.º, 1988, pp. 76 e ss..

esteie em considerações de natureza material, não constituindo um subterfúgio para o enfraquecimento de garantias reconhecidas pela lei em sentido formal¹⁸⁴.

Uma interpenetração lei/regulamento até se poderá revelar saudável, do ponto de vista de uma adequada articulação entre poderes (primário e secundário) de produção normativa, tendo em conta as possibilidades oferecidas pela existência de poder regulamentar autónomo polarizado nas administrações autónomas (enquanto corolário da respectiva *autonomia*), proporcionando uma autêntica descentralização normativa. Em causa está uma tentativa de superação dos problemas com que se depara o exercício da função legislativa face à realidade actual (entre os quais se incluem a maior duração do procedimento legislativo, o conteúdo técnico das regras a elaborar ou a circunstância de as leis se destinarem a vigorar durante um período de tempo limitado), assim como de fazer retornar o Parlamento à sua actividade precípua de elaborar normas relativas a «grandes princípios»¹⁸⁵. Só que uma tal concepção do regulamento não se revela inocente, gerando refracções quer ao nível da articulação lei/regulamento no quadro das «fontes de direito» e da concepção daquela como parâmetro de vinculação deste, quer no plano da (eventualmente progressiva) assunção do regulamento como instrumento de regulação primordial, com tudo o que isso implica em sede de força jurídica do regulamento.

Os desafios surgem nas situações patológicas, em que o regulamento se passa a comportar como se de uma lei se tratasse, originando verdadeiros «fenómenos degenerativos»¹⁸⁶.

α) A operação de deslegalização pode efectuar-se segundo vários esquemas metódicos. Desde logo, a retirada de influência da lei em certas matérias pode conhecer um âmbito mais vasto, quando perspectivamos o problema na cena internacional, *maxime* no palco europeu. A repartição de competências entre o Estado e a União leva a que certas matérias sejam objecto de disciplina apenas (concorrentemente) ao nível europeu, verificando-se, por isso, uma transferência do poder legislativo (não para a Administração interna, mas) para as instituições da UE. Todavia, e face ao conceito que avançámos, estaremos aqui diante de um fenómeno que ultrapassa as fronteiras da deslegalização,

¹⁸⁴ JORGE MIRANDA, *Funções...*, cit., pp. 254 e s., e *Manual...*, tomo V, cit., p. 232.

¹⁸⁵ Cf. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 147; DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., p. 28.

¹⁸⁶ Cf. DI COSIMO, *I Regolamenti nel Sistema delle Fonti*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 3 e 21.

alcançando um impacto decisivo na compreensão das relações entre a União Europeia e Estados-membros.

Volvendo agora para o problema da deslegalização no âmbito interno, esta acarreta uma abertura aos regulamentos administrativos. Se este fenómeno é típico nos ordenamentos que não reconhecem poder legislativo ordinário ao Governo, a ele também não se encontram imunes sistemas jurídicos (como o nosso) que admitem uma competência legislativa governamental ordinária, visto que tal realidade se encontra precipuamente associada ao relevo crescente e à especificidade dos poderes normativos públicos de *entidades não estaduais*, sejam entes da Administração autónoma, sejam, noutra plano, autoridades reguladoras. Recuperando o que afirmámos, o regulamento assume, neste sentido, a função de descongestionamento da lei (mas com compressão da natureza derivada daquela «fonte de direito») e de descongestionamento do Parlamento, procurando enfrentar as exigências da tecnicidade das matérias e da ductilidade e aceleração dos procedimentos¹⁸⁷. Afirma-se, então, que o princípio da separação de poderes adquiriu um entendimento mais flexível, ultrapassando a concepção de que apenas o órgão legislativo por excelência tem competência para, de forma geral e abstracta, criar direito, cabendo apenas ao executivo a sua aplicação individual e concreta¹⁸⁸.

Indício desta preocupação constituía já a divisão entre domínio da lei e domínio do regulamento¹⁸⁹ efectuado pela Constituição francesa de 1958: um dos marcos assinalados

¹⁸⁷ Concebendo a função de descongestionamento do Parlamento como a função primária do regulamento quanto à sua relação com a lei, v. SAURER, *Die Funktionen...*, cit., pp. 202 e ss. Cf. ainda BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 13.ª ed., Pearson, Harlow, 2003, pp. 650 e s..

¹⁸⁸ V. também DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., p. 13; WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, 9.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 857 e s.; SINN, *Die Änderung Gesetzlicher Regelungen durch Einfache Rechtsverordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, p. 9. A ultrapassagem desta perspectiva – que representa alguma novidade no plano continental – revela-se determinante e, para alguma doutrina, indispensável. Assim se compreende que, v. g., WADE/FORSYTH (*Op. cit., loc. cit.*) afirmem que “não há nada mais característico da actividade administrativa que a legislação”, ainda que reconheçam que a «legislação administrativa» tem sido tradicionalmente concebida como “um mal necessário, uma infeliz mas inevitável transgressão da separação de poderes”.

¹⁸⁹ O domínio do regulamento previsto no artigo 37, que envolve matérias como o processo civil, a definição da política energética ou a escolha do modo de gestão dos serviços públicos, é delimitado por via residual ou negativa, pelo que, em todas as matérias fora do domínio da lei, intervém, a título primário, o regulamento – o que comporta a consequência determinante (estabelecida no artigo 41) de permitir ao Governo opor-se à admissibilidade (*opposer l'irrecevabilité*) de propostas de lei ou propostas de alteração situadas fora do domínio da lei. Os regulamentos adoptados no domínio constante do artigo 37 designam-se como *règlements autonomes*, por contraposição aos *règlements d'exécution des lois*, que pressupõem uma lei prévia. Objecções práticas, questões de oportunidade política e dificuldades relacionadas com a nítida dissociação, *in concreto*, entre a matéria que pertence à lei e a que integra o domínio do regulamento impedem uma aplicação rígida do esquema lógico subjacente aos artigos 34 e 37, existindo alguma flexibilidade, que leva o Governo a não se opor à votação parlamentar de diplomas situados fora do domínio da lei. Cf., v. g., CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, cit., pp. 836 e ss.. Reflectindo sobre as implicações dos artigos 34

ao declínio da supremacia da lei no panorama jurídico francês residiu na perda de influência que a mesma sofreu a favor do «poder regulamentar autónomo» (como o qualifica a doutrina francesa, no sentido de poder de emanção de regulamentos não fundados na lei, por oposição ao poder regulamentar de execução da lei)¹⁹⁰. De acordo com Favoreu¹⁹¹, esta autonomia do poder regulamentar caracteriza-se, pelo menos em termos formais, por três aspectos fundamentais: a existência de um domínio reservado ao regulamento; a possibilidade de o regulamento ser adoptado independentemente de qualquer autorização ou habilitação legislativa; a desnecessidade de respeitar a lei, por não existir lei dentro do domínio do regulamento, a implicar concomitantemente que, neste cenário, os designados «regulamentos autónomos» se encontram, na relação com o poder constituinte, numa posição idêntica à da lei^{192 193}.

e 37, cf. a obra organizada por FAVOREU, *Le Domaine de la Loi et du Règlement*, 2.^a ed., Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1981.

¹⁹⁰ DEPUSSAY («Hiérarchie des Normes et Hiérarchie des Pouvoirs», in: *Revue du Droit Public*, n.º 2, Março/Abril 2007, p. 437) defende mesmo que a repartição de competências entre lei e regulamento favorece a preponderância do poder executivo no quadro constitucional francês, acrescentando que “a onnipotência do poder executivo se explica pela omnipresença da norma regulamentar”. O que esclareceria, por sua vez, a circunstância de, no direito francês, se tornar algo evanescente a subordinação do regulamento à lei – na medida em que ambos gozariam de domínios de actuação próprios –, não fora o desenvolvimento da jurisprudência do *Conseil d'Etat* sublinhar a submissão dos regulamentos ao «bloco da legalidade estadual», onde se incluíam igualmente os princípios decantados da legislação em vigor (sobre esta questão, cf. também a análise de Blanco de MORAIS, «A Invalidez dos Regulamentos Estaduais e os Fundamentos da sua Impugnação Contenciosa», in: *Revista Jurídica*, n.º 8, Outubro/Dezembro 1986, pp. 109 e s.).

¹⁹¹ FAVOREU, «Le Pouvoir...», cit., p. 719, Autor que não deixa de salientar que a aplicação prática se distancia do esquema teórico subjacente à arquitectura dos artigos 34 e 37 da Constituição (*Op. cit.*, pp. 719 e ss.).

¹⁹² Assim, DEPUSSAY, «Hiérarchie...», cit., p. 439.

¹⁹³ O direito constitucional francês conhece, a par de um conceito formal, um conceito material de lei, cujo âmbito decorre essencialmente do artigo 34 da *Constitution* (mas não exclusivamente, devendo aquele preceito ser complementado pelos artigos 72 e 74, pelas normas referentes a leis orgânicas e pelas matérias que, de acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e com o preâmbulo da Constituição de 1946, devem ser reguladas por lei). Uma primeira apreciação do articulado constitucional conduziria à conclusão segundo a qual o âmbito da lei se encontraria muito mais reduzido que o do regulamento; todavia, a actuação do *Conseil Constitutionnel* vem-se revelando, neste ponto, de primordial importância, impedindo uma invasão pelo regulamento das matérias incluídas no domínio da lei e, em certos casos, vice-versa. Não obstante esta última salvaguarda, o *Conseil Constitutionnel* (Decisão n.º 82-143 DC, de 30 de Julho, in: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82143dc.htm>) admitiu que o Governo possa não se prevalecer da incursão no domínio regulamentar (estabelecido em seu benefício), permitindo-se que a lei, *sem contrariar a Constituição*, albergue normas de natureza regulamentar, embora, quando tal suceda, tais leis sejam objecto de um *déclassement* e, nessa medida, modificáveis por *décret* (portanto, por regulamento), nos termos do §2 do artigo 37. Sobre esta matéria, cf. CHANTEBOUT, *Droit...*, cit., pp. 583 e ss.; PORTELLI, *Droit...*, cit., pp. 245 e ss..

Atente-se, porém, que, em momento anterior à Constituição de 1958, o direito francês havia já conhecido, em certos *Arrêts* do *Conseil d'Etat*, uma concepção que permitia ao Governo adoptar regulamentos, independentemente e na ausência de uma intervenção legislativa prévia em relação a determinadas matérias. Assim sucedeu no *Arrêt* «Labonne», de 08.08.1919, onde aquela Alta Jurisdição entendeu que pertencia ao Presidente da República (enquanto chefe do executivo), a competência de assegurar a ordem pública, pelo que, em razão dos seus poderes próprios e sem necessidade de delegação

Só que, como já assinalámos, a deslegalização pressupõe uma retirada da lei e na cedência de espaço ao regulamento administrativo, algo que, em termos organizatórios, se exprime através de dois mecanismos formais: a delegação legislativa (i) e o reenvio normativo (ii).

(i) A expressão acabada da ideia de delegação legislativa a favor do regulamento encontramos-na na *Grundgesetz*, quando permite ao Parlamento uma delegação da sua tarefa normativa na Administração, favorecendo o que a doutrina designa como «desconcentração do poder legislativo» (*Dekonzentration der Gesetzgebung*)¹⁹⁴. O não reconhecimento de poder legislativo ordinário ao Governo (fruto do trauma da fase nacional-socialista, resultante da *Reichsgesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, de 24.03.1933, que conferiu ao governo a possibilidade de emitir também leis em sentido formal) é contrabalançado por um desenvolvimento constitucional no sentido da abertura dos regulamentos administrativos (*Verordnungen*), sem perder de vista que o artigo 80 da *Grundgesetz* concentra claramente o poder normativo no Parlamento, identificando-o, em primeira linha, com o poder legislativo. Assim, e de acordo com o referido artigo 80, o Parlamento federal¹⁹⁵ pode autorizar, por lei (autorização legislativa), o Governo federal, um Ministro ou o Governo dos *Länder*, desde que especifique o conteúdo, o fim e os limites dessa autorização ou, como defende o *Bundesverfassungsgericht*¹⁹⁶, quando os mesmos se possam deduzir após a interpretação da lei¹⁹⁷.

legislativa, poderia adoptar as medidas de polícia (*in casu*, a aprovação de um *décret* relativo às condições sob as quais se retiraria a um condutor o seu *permis de conduire*) que, em qualquer circunstância, devem ser aplicadas a todo o território nacional. Por seu lado, o *Arrêt* «Jamart», de 07.02.1936, vem determinar que os ministros dispõem de poder regulamentar externo (mesmo quando tal lhes não é atribuído por lei) para tomar todas as medidas necessárias ao bom e regular funcionamento dos serviços submetidos à sua autoridade. Cf. ambos os *Arrêts* in: LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 216 e ss., 305 e ss.. V. ainda CHAPUS, *Droit...*, cit., pp. 674 e ss., 678 e ss.. Sobre os *règlements autonomes* neste período, cf. STECK, *La Contribution de la Jurisprudence à la Renaissance du Pouvoir Réglementaire Central sous la III^e République*, LGDJ, Paris, 2007, pp. 433 e ss. (pp. 445 e ss., sobre o *Arrêt* «Labonne»).

¹⁹⁴ OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., p. 388, «Gesetz und Recht...», cit., p. 297 e «Rechtquellen...», cit., p. 147.

¹⁹⁵ A doutrina, na senda da jurisprudência uniforme do *Bundesverfassungsgericht*, entende que o artigo 80 e respectivas limitações se aplicam à delegação legislativa efectuada pelo Parlamento federal, estando os Parlamentos dos *Länder* apenas vinculados pelo princípio geral da separação de poderes (cf. HARTWIG, «Le Fonti...», cit., p. 81).

¹⁹⁶ Para uma indicação de jurisprudência sobre esta questão, cf. OSSENBÜHL, «Rechtquellen...», cit., p. 149.

¹⁹⁷ O não reconhecimento de poder legislativo ordinário ao Governo, contrabalançado pelas possibilidades de delegação legislativa cria problemas delicados quanto ao âmbito e ao sentido do poder normativo da Administração: com efeito, da construção germânica dominante resulta que as *Verordnungen* (identificadas com os nossos regulamentos) não consubstanciam normas emitidas no exercício da função administrativa, mas normas emanadas ao abrigo de um poder legislativo delegado. Alcançar o delicado equilíbrio entre a necessidade prática de permitir a emissão de *Verordnungen*, também com o objectivo de

A par desta delegação legislativa «total» a favor do regulamento, admite-se igualmente que a lei de delegação possa compreender uma cláusula, nos termos da qual o Parlamento deverá ser consultado antes da emissão do regulamento (inclusivamente para dar o seu assentimento), promovendo, por isso, um controlo parlamentar da emissão de regulamentos emitidos ao abrigo de uma delegação legislativa, sem que isso implique a transformação do regulamento numa lei¹⁹⁸.

Em qualquer das hipóteses, o legislador não perde, por força desta delegação, a sua competência, ficando com o poder de sempre e a qualquer momento a exercer, revogando ou alterando as normas regulamentares¹⁹⁹. Assim, o exercício do poder legislativo (logo, a emissão de leis formais) implica uma nítida conjugação entre Governo e legislador²⁰⁰.

(ii) Podem revelar-se bastante díspares as situações de reenvio normativo, enquanto mecanismo formal dirigido a operar a deslegalização²⁰¹: estarão aqui envolvidas (1) as hipóteses em que a lei consagra um regime material, mas remete a disciplina alguns pontos (secundários) para o regulamento, limitando-se, quanto a estes, a estabelecer princípios regulativos e cometendo ao regulamento a respectiva densificação²⁰², bem como (2) os casos em que a lei habilita o regulamento a emitir uma determinada disciplina normativa, sem estabelecer quaisquer balizas materiais. Face ao fenómeno anterior, o reenvio normativo não implica a assunção, por parte da entidade administrativa, de um poder que lhe é estranho e que apenas utiliza mediante delegação do legislador; diversamente, na hipótese agora em estudo, verifica-se uma habilitação legislativa para o exercício de um

desonerar o Parlamento de toda a tarefa normativa, e o imperativo de estabelecer limites à autorização legislativa para a respectiva emissão – eis o *punctum crucis* desta problemática constitucional. V., em especial, AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 165 e ss., 362 e ss..

¹⁹⁸ HARTWIG, «Le Fonti...», cit., p. 85; cf. também MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, p. 80.

¹⁹⁹ Cf. OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 148; EISELE, *Subjektive Öffentliche Rechte auf Normerlaß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 203; DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers (Zur Kontrolldichte Verordnungsgeberischer Entscheidungen)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 28 e s.. Daí os Autores entenderem que, nesta hipótese, não se está diante de uma autêntica delegação (*echte Delegation*, em contraposição à *unechte Delegation*, na sequência da distinção devida a Triepel), porquanto esta (a autêntica) postularia uma transferência da competência.

²⁰⁰ Expressamente neste sentido, v. g., SEILER, «Parlamentarische Einflußnahmen...», cit., p. 52.

²⁰¹ Afastamo-nos, pois, da posição de L. Cabral de MONCADA, *Lei...*, cit., pp. 1052, quando distingue entre deslegalização e reenvio normativo, fruto da noção mais estrita de deslegalização perfilhada pelo Autor.

²⁰² V. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 274, envolvendo as hipóteses de remissão normativa (concebida como um reenvio formal ou não receptício, para distinguir dos casos subjacentes ao artigo 82 da Constituição) no âmbito da delegação legislativa, enquanto fenómeno determinante da alteração das relações entre lei e regulamento.

poder próprio (poder normativo da Administração), ainda que ampliado por força do reenvio.

β) Em termos materiais (*i.e.*, atento o modo de interferência de fontes infra-legais numa determinada matéria), a deslegalização não constitui um fenómeno homogéneo, podendo distinguir-se, no seu interior, diversas facetas, consoante a disciplina primária de determinada matéria constante do regulamento implique ou não uma alteração de um acto legislativo anterior.

(i) O primeiro patamar da deslegalização corresponde (1) às hipóteses em que, *não existindo anteriormente uma disciplina positiva sobre determinada matéria*, a nova lei vem remeter para regulamento aspectos primordiais ou principais do respectivo regime jurídico, (2) assim como às situações em que a lei, sem entrar no regime material de uma determinada matéria *até então regulada por outra lei*, permite que a respectiva disciplina seja efectuada por regulamento²⁰³. Estamos, em ambos os casos, diante do problema da designada *delegated legislation*²⁰⁴, impondo-se uma avaliação dos termos em que a lei

²⁰³ *V.*, neste sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 280.

Esta hipótese aglutina as situações de «autodeslegalização» e «heterodeslegalização», desenhadas por Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo V, cit., pp. 231 e s.; cf. também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 902; A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., p. 219): no primeiro caso, uma lei revoga outra e qualifica como regulamentar a matéria que esta última disciplinava, assumindo uma dupla função revogatória e reguladora; na segunda hipótese, a lei retira força legal às disposições constantes de outra lei, passando as mesmas a assumir natureza regulamentar e, como tal, susceptíveis à modificação ou revogação por regulamento administrativo. *V.* ainda Jorge MIRANDA, *Funções...*, cit., pp. 252 e s..

²⁰⁴ A expressão *delegated legislation* deve-se ao direito britânico e utilizamo-la neste contexto para nos reportarmos às situações em que a tarefa de regulação primária das matérias é efectuada por *fontes infra-legislativas* (distinguindo, como resulta do que afirmámos *supra*, do problema da repartição constitucional do poder legislativo entre o Parlamento e o Governo), em virtude de uma habilitação (delegação) do legislador. Em termos numéricos, a quantidade de *rules* ou *regulations* emitidas pelos Ministérios ou por outras autoridades com poder normativo revela-se significativamente mais elevada que a dos *Acts of Parliament* (ZANDER, *The Law-Making Process*, 6.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 108, assinala, em 2001, 4150 *rules* ou *regulations*, por oposição à média anual de 70 ou 80 *Acts of Parliament*).

No quadro do direito inglês e de acordo com os procedimentos resultantes dos *Acts* de 1911 e 1949, a delegação resulta de um *Act of Parliament* a favor de *statutory instruments* (identificados como *orders*, *rules*, *regulations* ou “outra legislação subordinada” – cf. secção 1, n.º 1, do *Statutory Instruments Act*, de 1946), estando ao primeiro assacada uma preeminência (*paramountcy*) face às demais fontes, enquanto a única forma de «legislação soberana» (*sovereign legislation*) – na medida em que pressupõe as vontades concorrentes da Rainha, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns (*Queen in Parliament*) –, e só pode ser modificado por outro *Act of Parliament*. Aliás, persiste uma destriça fundamental entre a *sovereign/primary legislation* (adoptada sob a forma de *Act of Parliament*) e a *delegated/secondary/subordinated legislation* (da Administração): se a primeira não deve a sua validade a qualquer autoridade superior e tem um âmbito temporal ilimitado, pelo que deve ser obrigatoriamente aplicada pelos tribunais (impedidos de verificar a sua inconstitucionalidade, nos termos assinalados no caso «Madzimbamuto v. Lardner-Burke», de 1965), o mesmo não sucede com a segunda, a qual deve a sua validade a uma autoridade superior, na medida em que a sua existência depende, em total coerência com o princípio da soberania do Parlamento, de um *Act of Parliament* (estando, nessa medida, sujeita a uma *judicial*

pode remeter a definição de uma disciplina jurídica (inovatória) para um regulamento (fonte infra-legislativa), o qual perderá nessa altura a sua natureza de fonte de direito derivada ou de segundo grau, provocando (pelo menos na segunda hipótese) um rebaixamento ou uma degradação do grau hierárquico²⁰⁵.

Parece evidente que, pelo menos em matéria de reserva de lei, não se revela constitucionalmente sustentável que, entre nós, uma lei remeta a disciplina jurídica, na sua *integralidade*, para um regulamento, assumindo-se como uma *norma legal em branco*²⁰⁶, sob pena de subversão completa das reservas legislativas estabelecidas pela

review, que os declara *ultra vires*, desde logo quando contrariem *Acts of Parliament*), não ultrapassando a “vida” do Parlamento para lá de cinco anos.

Todavia, e como forma de furta a legislação delegada ao controlo judicial, já ocorreram situações em que o *Act* delegante previa que as *regulations* emanadas ao seu abrigo possuísem o mesmo efeito que teriam se nele estivessem incorporadas (cf., v. g., o *European Communities Act*, de 1972, que confere às *Orders in Council* e às *regulations* emitidas por determinados ministros e departamentos governamentais, destinadas a transpor para o direito interno normas comunitárias não dotadas de aplicabilidade directa, o mesmo efeito de um *Act of Parliament*, só não podendo criar impostos, possuir efeito retroactivo, sub-delegar os poderes legislativos ou prever crimes aos quais seja aplicável uma pena de prisão superior a dois anos ou uma multa superior a £400).

Por outro lado, ainda quando confirmadas pelas duas Câmaras do Parlamento em virtude do controlo parlamentar, as *rules* ou *regulations* não deixam de consubstanciar *subordinated legislation*, como decorre dos procedimentos de criação dos *statutory instruments* (*Laying System*). Este procedimento – geralmente exigido pelo *Act* que efectua a delegação do poder legislativo – assume duas formas essenciais: *affirmative procedures* – consistentes alternativamente na exigência de apresentação do projecto (*to be laid in draft*) perante o Parlamento, cuja aprovação determina a possibilidade de emissão do acto; exigência de apresentação do *statutory instrument* (*to be laid*) perante o Parlamento, para que este o aprove e, com isso, seja desencadeada a eficácia do acto; ou sujeição a uma confirmação parlamentar (*affirmative resolution*), cuja ausência no prazo fixado determina a cessão dos efeitos do *statutory instrument*; e *negative procedures* – reconducentes à apresentação do projecto perante o Parlamento (*to be laid in draft*), que, agora, possui um prazo, em regra de 40 dias, para votar a sua não aprovação, caso em que o *statutory instrument* não será emitido; submissão ao Parlamento de um acto já emitido (*to be laid*), que, dentro de um prazo, em regra de 40 dias, poderá desaprová-lo, determinando a cessação dos efeitos do *statutory instrument*.

Sobre esta matéria, v. ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., pp. 108 e ss.; BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 52 e ss., 648 e ss.; WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 26 e ss., 859 e ss.; cf. ainda LOGAN, «Post-War Machinery of Government : V – Delegated Legislation», in: *Political Quarterly*, vol. XIV, n.ºs 1-4, 1944, pp. 189 e ss.. Cf. ainda PIZZORUSSO, «Actes Législatifs...», cit., p. 683; VAGT, *Rechtsverordnungen...*, cit., pp. 44 e ss. (sobre os *statutory instruments*, em geral), pp. 94 e ss. (sobre a limitação da *delegated legislation* pelo princípio da soberania do Parlamento), e pp. 163 e ss. (sobre os procedimentos). V. também Bacelar de VASCONCELOS, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana (Do Veto Legislativo ao Executivo Unitário – A Crise Regulatória)*, Studia Iuridica 4, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 37 e s., sobre o *Laying System*.

²⁰⁵ Cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 225; Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., pp. 4 e s.; v. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 841 e s.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., pp. 69 e s., anotação XXV ao artigo 112.º; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 620.

Exprimindo a possibilidade de posições matizadas no seio deste princípio, alguma doutrina sugere que, em termos gerais, o princípio da hierarquia normativa apenas proibirá uma norma inferior de contrariar o disposto numa norma superior, mas não impede necessariamente que a norma de grau inferior se ocupe da mesma matéria da norma de grau superior e, nessa medida, que o regulamento venha disciplinar matéria até então regulada por lei (neste sentido, MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 171 e s.).

²⁰⁶ Cf. também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 893 e ss., sobre os diversos aspectos problemáticos que as normas legais em branco podem suscitar (pp. 898 e s.).

Constituição²⁰⁷. Ainda quando se admita a possibilidade de o legislador operar a deslegalização de certas matérias mediante uma remissão operada por uma norma legal em branco, nunca tal poderia suceder no âmbito da reserva parlamentar, “convertendo-se o destinatário da remissão em sujeito da remissão”²⁰⁸. Nesta hipótese, não nos deparamos com um simples reenvio normativo em que a lei admite a uma fonte jurídica hierarquicamente inferior que se assuma como um seu *complemento* (estando em causa a emissão de regulamentos complementares), mas encontramos-nos diante de uma verdadeira invasão de matérias legais pelo regulamento²⁰⁹.

Resta saber se se deverá ir mais longe que isto, impedindo também a existência de normas legais em branco nas matérias fora da reserva. Se a questão da *delegated legislation* alcança longe no tempo (a ponto de, no espaço europeu anglo-saxónico, se encontrarem refracções do fenómeno desde o século XVI²¹⁰), assume hoje uma importância acrescida o âmbito do exercício do poder regulamentar por entidades públicas com funções especializadas, como sucede com as autoridades reguladoras, que dispõem, *inter alia*, de poder regulamentar próprio, inclusive para a emissão de regulamentos independentes²¹¹.

É certo que, nesta vertente, a deslegalização logra solucionar o problema do aspecto quantitativo da crise da lei, reduzindo a superabundância normativa desta última (mediante a sua substituição por outra fonte de direito) e restaurando, de alguma forma, a «dignidade da lei»²¹². Todavia, e apesar de os casos em que não existia qualquer lei prévia (que, no nosso sistema jurídico até pode ser um decreto-lei) a estabelecer uma disciplina jurídica

²⁰⁷ Além disso, e como salienta Sérvulo CORREIA (*Legalidade...*, cit., p. 240), ficam, nesta hipótese, prejudicadas as possibilidades de apreciação parlamentar de actos legislativos e de fiscalização preventiva da constitucionalidade, na medida em que estas formas de controlo não vão poder incidir sobre o regime jurídico estabelecido pelo regulamento.

²⁰⁸ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 736.

²⁰⁹ Efectuando uma distinção nestes termos entre o simples reenvio ou remissão normativa e a deslegalização, v. L. Cabral de MONCADA, *Lei...*, cit., pp. 1051 e s..

²¹⁰ Cf. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 859; BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 647 e ss..

²¹¹ O facto de a actividade das entidades reguladoras relevar, em grande medida, do Direito Europeu vai acabar por conduzir a que o poder regulamentar independente de que gozam sofra uma mutação, para se transformar em poder de emanar regulamentos executivos ou complementares de normas de direito da União (*maxime*, de direito derivado), na senda da substituição da lei por estas últimas como fundamento do exercício do poder regulamentar. Cf. MERUSI/PASSARO, *Le Autorità Indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 99.

²¹² Cf. DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., p. 36. O Autor vai ainda mais além, defendendo que a deslegalização oferece um contributo determinante também para o aspecto qualitativo da crise da lei, reduzindo a super-abundância da disciplina legislativa e proporcionando uma evolução no sentido da racionalização (*Op. cit.*, pp. 36 e ss.).

sobre a matéria se revelarem menos problemáticos, permanecem os óbices relacionados com a natureza jurídica da função própria de cada uma das fontes em análise (função legislativa, de primeiro grau, e administrativa, de segundo grau). Além disso, e em obediência aos *princípios da indisponibilidade das competências* e da *exclusividade constitucional quanto à competência dos órgãos*, os poderes dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição, pelo que, apenas quando a Lei Fundamental consinta uma delegação de poderes, a mesma se revela admissível²¹³. Argumento idêntico resulta *nondelegation doctrine*, um dos pilares constitucionais do princípio da separação de poderes, cuja formulação decorre do artigo 1 da Constituição norte-americana (nos termos do qual “todos os poderes legislativos aqui garantidos serão investidos num Congresso dos Estados Unidos”), proibindo a devolução incriteriosa dos poderes legislativos do Congresso noutras entidades²¹⁴.

Existem, todavia, argumentos (aos quais teremos de ser sensíveis – cf. o que diremos *infra*, 3.4.) que militam no sentido da extensão do poder regulamentar à emissão de normas primárias sobre determinadas matérias e se revelam susceptíveis de acolhimento, desde que respeitado o núcleo do princípio da legalidade: respeito pela reserva de lei e existência de uma lei prévia que defina a competência objectiva e subjectiva para a emissão de regulamentos; no fundo, tal como abordaremos também nesta Parte I, a abertura legislativa – que remete para o regulamento a disciplina primária sobre determinada matéria²¹⁵ – pode constituir uma forma de concessão de discricionariedade

²¹³ Estamos aqui perante um caso de aplicação do princípio de *ius commune*, segundo o qual “delegatus delegare non potest” (cf. ZANOBINI, «La Delegazione Legislativa e l’Attribuzione di Potestà Regolamentare», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, p. 436; v., porém, p. 441).

Cf., embora a outro propósito, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 326/86, de 25 de Novembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 290, 18.12.1986, p. 3749. V. ainda Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 461/87, de 16 de Novembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 10.º vol., 1987, p. 190, e 82/86, de 18 de Março, in: *Diário da República*, I Série, n.º 76, 02.04.1986, pp. 785 e s.; de acordo com este último aresto, a delegação de poderes carece sempre de habilitação legal, e, tratando-se das competências dos órgãos de soberania funcionalmente definidas pela Constituição, postula uma autorização constitucional expressa, tal como resulta dos n.ºs 2 dos artigos 110.º e 111.º, sob pena de total subversão do princípio da separação de poderes e da regra da fixação constitucional de competências dos órgãos de soberania. Nesta ordem de ideias, a lei só pode delegar poderes se for ela a fonte dos mesmos.

Na doutrina, v. ainda Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 632.

²¹⁴ Como veremos já a seguir em texto, a *nondelegation doctrine* conhece hoje uma recuperação determinante a propósito dos poderes devolvidos pelo Congresso às agências reguladoras. V. também, sobre a necessidade que a *Supreme Court*, pressionada pela realidade, sentiu em admitir a possibilidade de delegação de poderes legislativos pelo Congresso, v. LOGAN, «Post-War Machinery...», cit., p. 190.

²¹⁵ Os casos de abertura legislativa que OSSENBÜHL («Der Verfassungsrechtliche Rahmen...», cit., p. 2) integra nas hipóteses em que a lei se auto-qualifica como carecendo e pressupondo uma complementação.

normativa à Administração, a qual se afigurará legítima, quando respeitados os limites enunciados.

(ii) Uma última dimensão mais aprofundada associada ao fenómeno da deslegalização reporta-se às situações em que a lei permite a sua alteração futura por regulamento^{216 217}. Esta hipótese reconduz-se à inclusão num texto legal de uma cláusula

²¹⁶ Sob a égide da Constituição de 1933, abraçava-se a possibilidade de os regulamentos alterarem as leis. Assim, v. g., o § único do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 39 672, de 20 de Maio de 1954, admitia que o Código da Estrada, por ele aprovado, pudesse ser alterado por decreto simples, salvo quanto às matérias constantes do título VI, à competência dos serviços e às disposições que constituem transcrição ou aplicação de preceitos legais de direito comum (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/85, de 11 de Dezembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 6.º, 1985, pp. 521 e ss.; aludindo também, embora sem exemplificar, à admissibilidade de regulamentos delegados, que justificou, na revisão de 1982, a criação da norma correspondente ao actual n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, v. Cruz VILAÇA, «Regulamentação e Acompanhamento da Execução pelo Governo», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, p. 311).

²¹⁷ Diversamente, Jorge MIRANDA («Artigo 112.º», cit., p. 264, anotação IX; v. também *Funções...*, cit., p. 250, e *Manual...*, tomo V, cit., p. 229) entende que esta questão se distancia significativamente do fenómeno da deslegalização, já que, no problema referenciado em texto (objecto da proibição constitucional contida no n.º 5 do artigo 112.º), ao invés da matéria de lei ser degradada e objecto de tratamento por regulamento, é o regulamento que se eleva à função e força de lei. Não compreendemos, porém, a *ratio* de uma diferenciação absoluta e radical entre regulamentos delegados e deslegalização: consubstanciando regulamentos delegados “aqueles em que a Administração actua em vez do legislador, seja porque exerce a função legislativa, entendida num sentido material, seja porque se lhe substitui na regulamentação de matérias ocupadas por diplomas com valor formal de lei” (Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 63), também aqui uma matéria originalmente constante da lei passa a constituir alvo de disciplina através de um regulamento.

Problema inverso ao do referenciado no texto ocorre quando uma lei altera um regulamento, como sucedeu no caso que esteve na base da decisão do *Bundesverwaltungsgericht* de 16.01.2003, que, atendendo ao teor material de uma norma (adoptada sob a forma de lei) e ao facto de esta admitir uma alteração do regime por regulamento, admitiu a sua submissão ao controlo dos tribunais administrativos, entendendo que estava aí em causa um direito legal «de condição inferior» (*minderen Rangs*) à lei – sobre esta questão, cf. a análise crítica de UHLE, «Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Gesetzesrecht?», in *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 20, Outubro 2004, pp. 1272 e ss., *maxime* pp. 274 e ss.. Defendendo que a alteração de um regulamento por uma norma constante da lei viola a Constituição, v. SEILER, «Parlamentarische Einflußnahmen...», cit., pp. 50 e ss., *passim*; diversamente, LEPA, «Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 105.º, 1980, pp. 351 e s., defende que o problema não suscita dúvidas, sob a óptica da constitucionalidade, mas apenas da perspectiva da praticabilidade da actividade de normação (*Rechtsetzungspraktikabilität*).

Questão próxima desta coloca-se quanto às situações em que se verifica uma utilização da forma legislativa para o exercício do poder regulamentar, situação apenas possível quando o regulamento é emanado por um órgão que também tem competência legislativa: assim sucede, entre nós, com Governo e, nas Regiões Autónomas, com as Assembleias Legislativas. Esta hipótese, particularmente relevante quando se trata de aferir do parâmetro de validade de regulamentos, não surge resolvida de forma expressa pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional. Está, por isso, em causa compreender se, quando o Governo emite normas materialmente regulamentares através de decreto-lei, tal se poderá qualificar como um abuso de forma (por exemplo, com o objectivo de se furta ao controlo dos tribunais administrativos). Todavia, e no que tange às Regiões Autónomas, a emissão de regulamentos das leis emanadas dos órgãos de soberania deve revestir, por imposição legal-estatutária, a forma de decreto legislativo regional, provavelmente com o objectivo de submeter a aprovação destes diplomas a um procedimento mais exigente. Sobre este problema, cf. o nosso trabalho «A Titularidade...», cit., pp. 534 e ss. (sobre os regulamentos das Assembleias Legislativa das Regiões Autónomas). Entretanto o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 402/2008, de 29 de Julho, in: *Diário da República*, I Série, n.º 158, 18.08.2008, pp. 5725 e s.) já se pronunciou sobre a matéria,

que admite a possibilidade de alteração e substituição regulamentar do regime jurídico estabelecido nesse diploma²¹⁸. Trata-se da situação conhecida, no direito inglês, como «cláusula Henrique VIII» (*Henry VIII clause*)²¹⁹ e que vem sendo encarada como contendo

apontando no sentido da natureza regulamentar desses decretos legislativos regionais, cuja forma se deve à especificidade do titular da competência para a emissão dos regulamentos – a Assembleia Legislativa da Região Autónoma, que, sendo o órgão legislativo regional, possui também competência regulamentar, embora esta última não se encontre acompanhada de funções executivas, as quais se encontram devolvidas ao Governo Regional; nesta medida, o Tribunal entende que “o poder regulamentar da Assembleia Legislativa, directamente fundado na Constituição, apresenta-se como um «enclave» de competência administrativa no conjunto das funções daquele parlamento que, naturalmente, são de índole legislativa”, enclave esse que não afecta a natureza material (regulamentar) dos actos em causa, independentemente do autor e da forma dos mesmos, impondo-se-lhe a observância das normas aplicáveis aos regulamentos administrativos, designadamente, a obrigação de invocação da lei habilitante. Embora sem desenvolver (porque o problema não constituía objecto de apreciação), o Tribunal Constitucional equipara, *a latere*, estas hipóteses àquelas que principiámos por referir, *i.e.*, à aprovação de regulamentos pelo Governo através de decreto-lei (aludindo a “actos regulamentares do Governo, aprovados sob a forma de decreto-lei”): a seguir-se, também neste ponto, a argumentação expendida no Acórdão quanto aos decretos legislativos regionais que regulamentam as leis emanadas dos órgãos de soberania, impor-se-ia uma consideração substancial dos decretos-leis governamentais, para aferir se os mesmos representam o exercício da função legislativa ou da função administrativa – o que não deixa de se revelar problemático.

²¹⁸ Não se reconduzem a esta hipótese os casos em que, *por força de uma mutação constitucional*, a matéria inicialmente versada em acto legislativo passa a ser objecto de regulamento. Pense-se, *v. g.*, no caso do Decreto-Lei n.º 613/71, de 31 de Dezembro, que criou a *E.P.U.L. – Empresa Pública de Urbanização de Lisboa* (EPUL), e aprovou o respectivo Estatuto. Trata-se de uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira, que constitui uma empresa pública, destinada a auxiliar e a desenvolver a acção municipal no estudo e na execução dos empreendimentos urbanísticos, bem como (caso o Governo o autorize) na realização de estudos urbanísticos ou de obras de urbanização ou de renovação urbana nos concelhos da zona de Lisboa (cf. os artigos 1.º e 2.º do Estatuto). Apesar da criação legislativa – justificável, à época, fruto da ausência de um regime legislativo geral sobre empresas municipais, e admissível, em virtude da não consagração constitucional da autonomia local – a EPUL assume-se, pelas funções que desempenha, como uma empresa municipal. Tendo em conta que o artigo 48.º do *Regime Jurídico do Sector Empresarial Local* (RJSEL – Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro) prescreveu que as empresas municipais e intermunicipais já constituídas devem adequar os seus estatutos ao disposto no RJSEL, no prazo máximo de dois a contar da data da publicação (em geral, sobre as disposições transitórias constantes deste diploma, cf. Pedro GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 54 e ss.), torna-se premente avaliar se tal alteração pode ocorrer por *regulamento municipal* ou de carece da aprovação de um *decreto-lei*. Eis-nos diante de uma situação localizada na confluência entre os artigos 112.º e 241.º da Constituição, cuja resolução carece da delimitação dos contornos da autonomia local face ao princípio segundo o qual um decreto-lei só poderá ser alterado por outro decreto-lei (ou por lei, fora do âmbito do n.º 2 do artigo 198.º), com a particularidade de ocorrer no quadro da sucessão de normas constitucionais.

O respeito pela materialidade das normas e pelo princípio da autonomia local apontará para a possibilidade de um regulamento alterar o decreto-lei. E contra esta posição não obsta necessariamente o artigo 112.º da Constituição, cujo *Tatbestand* pressupõe que o acto legislativo emanado o seja no âmbito da competência do legislador. Ora, no caso exemplificado, se a versão originária das normas do estatuto da empresa municipal constava de um decreto-lei (fruto do quadro constitucional e legislativo da época), afigurar-se-nos-ia inconstitucional que, após a Constituição de 1976, a alteração desse mesmo estatuto fosse efectuada por decreto-lei, pois que tal equivaleria à intromissão do Governo nas atribuições municipais, contrariando a reserva normativa da Administração autárquica.

²¹⁹ A designação *Henry VIII clause*, atribuída à possibilidade de o Parlamento delegar o poder de modificar os seus actos deve-se ao *Committee on Minister's Powers* (1932), radica na imagem de autocracia executiva associada àquele monarca inglês (*v. WADE/FORSYTH, Administrative Law, cit., p. 861; cf. BRADLEY/EWING, Constitutional and Administrative Law, cit., pp. 649 e 653; VAGT, Rechtsverordnungen..., cit., p. 105*). Na realidade, deve-se a Henrique VIII um dos historicamente mais flagrantes exemplos no sentido da deslegalização. Através do *Statute of Proclamations* (de 1539), o Rei passou a deter o poder de

vantagens do ponto de vista de descongestionamento do legislador²²⁰. Aliás, no ordenamento jurídico francês, admite-se expressamente que, nas hipóteses em que o Parlamento emita uma lei dentro do domínio regulamentar, o Governo possa modificá-la através de regulamento (sob a forma de *décret*), desde que o *Conseil Constitutionnel* tenha previamente reconhecido a natureza regulamentar da(s) norma(s) em causa (cf. artigo 37, §2, segunda parte, da *Constitution*)²²¹. Por outro lado, na Alemanha vem-se admitindo a

legislar através de *proclamations*. Tal-qualmente resulta do diploma, a *proclamation* régia possuía o mesmo valor dos actos do Parlamento, sendo a sua emissão justificada com base na consideração de que ocorrências repentinas exigem medidas rápidas, as quais se não compadecem com a demora da actuação parlamentar; sob este circunstancialismo, competia ao Rei adoptar todas as providências necessárias ao bem público e à ordem política (cf. o texto do diploma em http://www.constitution.org/sech/sech_074.txt, Agosto 2005).

O apelo a circunstâncias excepcionais que justificariam a legalidade de um regulamento suspensivo de uma lei encontra-se presente também no direito francês, tendo sido acolhido pelo *Conseil d'Etat* no *Arrêt* «Heyriès», de 28.06.1918 (in: LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 191 e ss.). Nesta decisão, o *Conseil d'Etat*, chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de um *décret* (de 10.09.1914) do Presidente da República (na época, chefe do executivo) que suspendia uma lei relativa ao direito dos funcionários à comunicação dos documentos constantes do seu processo no âmbito de um procedimento disciplinar, considerou admissível tal situação, com o fundamento de que ao Presidente incumbia velar pelo funcionamento dos serviços públicos, promovendo que, mesmo em tempo de guerra, os mesmos não sejam paralisados – circunstancialismo excepcional que justificaria uma extensão dos seus poderes administrativos. Sobre esta jurisprudência, numa perspectiva crítica, cf. STECK, *La Contribution...*, cit., pp. 330 e ss..

²²⁰ Cf. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 150.

²²¹ Ao contrário do que se poderia concluir perante esta possibilidade de alteração da lei pelo regulamento, a realidade demonstra uma interessante evolução de sentido surpreendentemente contrário ao da deslegalização, em que se privilegia a possibilidade de o Parlamento (cuja maioria suporta o Governo) emanar medidas regulamentares sob a forma de lei. Trata-se de uma opção que contém em si um objectivo muito claro: se, de acordo com a jurisprudência do *Conseil d'Etat*, a emissão de regulamentos pelo Governo se encontra adstrita à observância dos «princípios gerais de direito», o mesmo não sucede com as leis do Parlamento. Procura-se através deste subterfúgio, fugir ao controlo de legalidade operado pela jurisdição administrativa (cf. CHANTEBOUT, *Droit...*, cit., p. 583). Esta situação ocorre, sobretudo, no âmbito das designadas «leis de validação» (*lois de validation*) destinadas a validar regulamentos administrativos *a posteriori*. V. também MATHIEU/VERPEAUX, *Droit...*, cit., pp. 783 e ss., 796. Sobre a admissibilidade das «leis de validação», cf. as Decisões do *Conseil Constitutionnel* n.º 80-119, de 22 de Julho (in: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119dc.htm>, que estabelece a possibilidade de o legislador, motivado por um fim de interesse geral, validar retroactivamente *actes administratifs* desprovidos de base legal, desde que tal não ofenda do princípio do caso julgado) e n.º 97-390, de 19 de Novembro (in: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97390/97390dc.htm>, que aos requisitos anteriores acrescenta a necessidade de o *acte administratif* validado não padecer de inconstitucionalidade, nomeadamente por violação do princípio da igualdade).

Numa autêntica *fuga à legalidade*, também entre nós se têm registado tentativas de utilização abusiva da lei como forma de “contornar” a observância do princípio da legalidade. Assim sucedeu, v. g., com o artigo 158.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2009), que introduziu uma alteração ao Decreto Regulamentar n.º 2/2008, de 10 de Janeiro, com efeitos a partir da entrada em vigor deste último, com o objectivo de derrogar a aplicação do n.º 2 do artigo 37.º do CPA (publicidade dos actos de delegação) para as delegações previstas no regulamento. As nuvens adensam-se quando se percebe que a alteração introduzida admite uma total ausência de publicidade do acto de delegação, aludindo tão-só à *possibilidade* da sua afixação em local apropriado, que permita a consulta pelos interessados. A mobilização (instrumentalizada) da forma de lei serviu aqui o propósito de obviar à observância do princípio da legalidade da Administração e, em especial, de desrespeitar o CPA: enquanto acto normativo emitido no exercício da função *administrativa*, o regulamento é dotado de força infra-legal, encontrando-se a respectiva validade dependente da sua compatibilidade, *inter alia*, com as disposições

inclusão no texto da lei habilitante da designada *Entsteinerungsklausel*, através da qual o legislador autoriza já a revogação ou a modificação das disposições através da emissão de *Verordnungen (gesetzesändernde Verordnungen)*, originando uma revisão do sentido do princípio da separação de poderes, assim como da tradicional concepção da relação entre a lei e o regulamento²²²; além destes casos, o direito alemão aceita ainda a existência de leis que permitam a regulamentos (*Vorschriften, in casu*) a respectiva modificação ou, com

legais. Deste modo, se, por decreto regulamentar, o Governo viesse dispensar a publicidade dos actos de delegação (vulnerando o n.º 2 do artigo 37.º do CPA), o mesmo encontrar-se-ia ferido de ilegalidade.

Como, noutro local, tivemos oportunidade de considerar (cf. o nosso trabalho «Cavaleiros e Hierarquia: O Artigo 158.º da Lei do Orçamento do Estado para 2009», in: *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 2, Julho 2009, pp. 1 e ss.), para além da questão relacionada com o facto de tal preceito consubstanciar um *cavalier budgétaire* (constitucional e legalmente vedado), uma norma com o conteúdo do artigo 158.º constitui um atentado ao princípio da separação entre órgãos e funções. Assumindo-se a temática do poder regulamentar como um palco privilegiado para a recompreensão do sentido e alcance do confronto entre função legislativa e função executiva – permitindo hoje uma relação mais equilibrada entre poder legislativo e poder normativo regulamentar –, a mesma não pode abdicar do sentido mínimo da separação entre lei e regulamento. Assim, e reportando-nos à situação em análise, ou se defende que a norma em causa reveste natureza legislativa (caso em que o órgão competente para a emitir pode ser a Assembleia da República), ou se advoga que a mesma tem carácter regulamentar (hipótese em que pertence ao Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública, a competência para a sua emissão). O que se torna indefensável é o exercício de poderes regulamentares pela Assembleia da República, mediante um flagrante abuso da forma de lei, para introduzir alterações a um regulamento administrativo. Ou, visto de outro prisma, afigura-se constitucionalmente censurável o aditamento, por lei, de uma norma a um decreto regulamentar, porquanto, nesta hipótese, o legislador está, pelo menos implicitamente, a autorizar a futura modificação dessa mesma norma (criada por lei e, nessa medida, legal) por regulamento administrativo – em clara violação do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, quando proíbe à lei que confira a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, modificar ou revogar qualquer dos seus preceitos.

Tal situação briga igualmente com o princípio da separação entre o «direito da lei» e o «direito dos regulamentos» (cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 842), emergente também do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição. Destinado precipuamente a reger as relações entre um regulamento e a respectiva lei habilitante (determinando que o regulamento executor ou complementador da lei não assume natureza legal, pois que a última não absorve o primeiro), o princípio em causa é agora convocado para impedir qualquer integração recíproca entre regulamento e lei (habilitante ou não), que determine uma alteração da relação hierárquica que intercede entre ambos – também quando implique como que uma elevação do grau hierárquico de uma norma regulamentar (ou, se quisermos, uma deslegalização invertida).

²²² V. SEILER, «Parlamentarische Einflußnahmen...», cit., p. 52 (sobre os problemas suscitados pela admissibilidade constitucional da solução, pp. 54 e ss.) – sem prejuízo de o Autor sublinhar a pouca utilização desta cláusula pela Administração, tendo em conta o significativo número de alterações a que as leis se encontram sujeitas pelo próprio Parlamento, a tornar, por enquanto, desnecessárias quaisquer intervenções regulamentares. Repare-se que, além das óbvias complicações em termos interpretativos (cf. *Op. cit.*, pp. 58 e ss.) e das dificuldades acarretadas pelo princípio da segurança jurídica e pela confusão entre as formas normativas (*Gesetz* e *Verordnung*) constitucionalmente consagradas e respectiva disciplina jurídico-constitucional, a hipótese mencionada em texto sempre colocará o intérprete numa encruzilhada entre a obediência ao princípio da legalidade – que pressuporia ignorar a alteração introduzida pelo regulamento – e a observância dos condicionalismos da lei habilitante, que permite a sua alteração por regulamento – a determinar que o caso fosse decidido de acordo com o regulamento que altera a lei; problema ao qual acresce o facto de, desta forma, ficar aberta ao Executivo a possibilidade de, no futuro, alterar o regulamento, independentemente das condições fixadas pelo legislador (alertando para esta questão, *Op. cit.*, p. 56). Os problemas intensificam-se no quadro do controlo judicial, já que, não admitindo o ordenamento alemão a *judicial review*, as dúvidas sobre a natureza legislativa ou regulamentar dos actos em causa implicam concomitantes hesitações quanto à necessidade de reenvio ou quanto à possibilidade do exercício da competência de rejeição, respectivamente (*Op. cit.*, pp. 57 e s.).

V. ainda LEPA, «Verfassungsrechtliche Probleme...», cit., pp. 352 e ss..

maior frequência, complementação (seja através da precisão das normas legais, seja através da criação de regras procedimentais), construindo, neste último caso, a figura (autonomizada, no contexto das *Vorschriften*, por Ossenbühl) designada como «direito administrativo de complementação» (*administratives Ergänzungsrecht*) e originando o fenómeno da *Gesetzesergänzung*²²³.

Não se trata, porém, de exemplo isolado no âmbito do direito europeu. Em Itália²²⁴, as autoridades reguladoras, que dispõem de um amplo poder regulamentar independente, têm ainda o poder de editar normas regulamentares modificativas da lei: como consequência da atribuição de uma competência exclusiva a essa entidade, o legislador confere-lhe ainda o poder de alterar as leis que incidam sobre a matéria incluída nessa competência exclusiva. Ao invés de se tratar de um fenómeno excepcional, esta realidade constitui refração de uma tendência alargada, considerada até normal, no contexto do sistema jurídico italiano²²⁵.

Com este sentido, a deslegalização trai o princípio da primazia da lei, alterando o sentido do princípio da legalidade tal como o concebemos *supra*²²⁶. Aliás, entre nós, uma norma legal com este conteúdo padeceria de inconstitucionalidade, visto que a sua admissibilidade se reconduziria à aceitação de regulamentos delegados ou autorizados

²²³ Cf. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., pp. 155, 162 e s.; SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., p. 158; ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 48.

²²⁴ Para além do referido em texto, o direito italiano conhece outras hipóteses de deslegalização. Nos termos do n.º 2 do artigo 17 da Lei n.º 400, de 23 de Agosto de 1988 (embora com antecedentes noutros diplomas), pode uma lei autorizar o Governo a disciplinar, mediante *regulamento*, matérias não abrangidas pela reserva, determinando as normas gerais reguladoras da matéria e prescrevendo simultaneamente a ab-rogação de todas as normas vigentes com elas incompatíveis, mesmo que constantes de lei, a partir da entrada em vigor das normas regulamentares. A realidade, porém, mostra que a dupla exigência constante do n.º 2 do artigo 17 nem sempre é respeitada, o que permite uma maior amplitude da deslegalização – neste sentido, PALADIN, «Actes Législatifs...», cit., pp. 694 e s.. Sobre esta disposição e uma análise da sua conformidade constitucional, cf. DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., pp. 68 e ss.; cf. também, para momentos anteriores, ZANOBINI, «La Gerarchia delle Fonti nel Nuovo Ordinamento», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 378 e s., aludindo a exemplos de leis que, possuindo valor meramente *dispositivo* (por oposição a imperativo), admitem a sua derrogação por regulamentos (*in casu*, o que o Autor designa como normas autónomas), em excepção ao princípio da subordinação dos regulamentos à lei e aos decretos com força de lei. Para uma análise do direito italiano sob uma perspectiva portuguesa, cf. Ana Paula DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 159 e ss.. *V.* ainda o que, quanto a este ordenamento jurídico, dissemos *supra*, em nota, a propósito do poder regulamentar das entidades reguladoras.

²²⁵ Cf., v. g., MERUSI/PASSARO, *Le Autorità...*, cit., pp. 98 e s., sobre o fenómeno da deslegalização no âmbito das entidades indedentes.

Reflectindo sobre esta questão, veja-se o exemplo já avançado, entre nós, por Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS (*Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 113) da *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, que tinha poder de elaborar regulamentos derogatórios, no âmbito das condições de atribuição de novas concessões de televisão privada.

²²⁶ *V.* também UHLE, «Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle...», cit., p. 1277.

modificativos ou derogatórios, expressamente proibidos pelo n.º 5 do artigo 112.º da Constituição e ofensivos do princípio do congelamento do grau hierárquico (nos termos do qual “uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra, deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir”²²⁷, pressupondo uma identidade entre o *actus* e o *contrarius actus*) e do princípio da fixação constitucional da competência legislativa²²⁸.

3. As finalidades prosseguidas na atribuição do poder regulamentar: as funções do regulamento

Uma vez apreendido o fundamento jurídico do poder regulamentar, urge compreender, sobretudo face aos desafios emergentes do fenómeno da deslegalização, qual o papel e as funções hoje desempenhados pelo regulamento, os quais variarão consoante a sua relação com a lei. Aliás, noutros termos e com outro alcance, a essencialidade do poder regulamentar já vinha sendo percepcionada pela doutrina, levando, por exemplo, Marcello Caetano²²⁹ a considerar o regulamento como “um corolário do poder administrativo”, em consequência da importância que reveste para a autodisciplina e coerência do agir da Administração.

O papel do regulamento numa concepção jurídico-constitucional clássica das «fontes de direito» surge quase como evanescente: como acertadamente sublinha Schmidt-Abmann²³⁰, no quadro da compreensão tradicional da lei como o *único* momento decisório no direito (*Einzelentscheidung*) – à qual se seguia uma actividade meramente executiva (*hoc sensu*, desprovida de qualquer feição criadora) –, não existia lugar para uma actividade normativa da Administração, como forma de concretização do direito entre a lei e o acto administrativo²³¹. Agora, pelo contrário, torna-se possível identificar um

²²⁷ Sobre este princípio, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 837 e 841; entendendo que ainda se coloca neste âmbito, por ser uma consequência, o problema da degradação do grau hierárquico, v. L. Cabral de MONCADA, *Lei...*, cit., p. 1051.

²²⁸ Jorge MIRANDA, *Funções...*, cit., pp. 248 e s., e *Manual...*, tomo V, cit., pp. 218 e ss..

²²⁹ Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 32. Em sentido próximo, Paulo OTERO (*Direito Administrativo*, polic., Lisboa, 1998, p. 332) concebe o poder regulamentar como uma manifestação do poder administrativo (a par do poder de decisão unilateral, do poder de autotutela executiva e dos poderes exorbitantes sobre os contratos administrativos).

²³⁰ SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 325 e 356.

²³¹ Acentue-se, aliás, que a circunstância de a lei ser concebida como única fonte de direito, relegando o regulamento para o plano interno, contribui para o posterior desenvolvimento da ideia segundo a qual o poder legislativo, justamente por constituir o único com competência para criar direito, se encontrava dotado de uma força superior ao executivo, já que o regulamento não consubstanciava uma fonte de direito. V. DEPUSSAY, «Hiérarchie...», cit., p. 432.

verdadeiro «nível intermédio de vinculação» (*mittleren Steuerungsebene*)²³² entre a lei e a decisão concreta (*maxime*, o acto administrativo) constituído pela normaçoão administrativa (concebida, por vezes, como resposta às insuficiências da lei²³³), polarizada em torno do regulamento ou, se preferirmos, dos vários sub-sistemas normativos da Administração.

A problemática da identificação das funções do regulamento introduz uma nota *material* na temática do exercício do poder regulamentar: trata-se agora de acentuar a percepção de que a outorga do poder de emitir regulamentos administrativos traz ínsita a identificação de uma *actividade*²³⁴ *de regulamentar*, actividade essa que reveste carácter polimórfico. Nos tempos hodiernos, a tarefa normativo-regulamentar da Administração afigura-se significativamente complexa, podendo visar quer a pormenorização de uma disciplina (quase) na sua totalidade delineada a nível legislativo, quer a complementarização (com alguma originalidade) de um regime legal, quer a construção de normas primárias sobre determinada matéria, a partir de uma moldura ou um programa definida/o pelo legislador.

Como logo se compreende, a procura das funções do regulamento em ordenamentos (como os actuais) caracterizados por um intenso pluralismo normativo infra-legislativo exige a consideração do que Parejo Alfonso²³⁵ designa como “separação do poder de normaçoão social no seio da estrutura estadual definida pela Constituição”. A temática do poder regulamentar constitui o ponto nevrálgico da diferenciação entre função legislativa e função administrativa – apenas uma percepção sensível da fronteira entre estas duas funções permite reconduzir o regulamento à sua verdadeira vocação. Não se trata de um ponto esquecido pela teoria geral do poder regulamentar que contempla este aspecto a propósito das classificações dos regulamentos atenta a sua relação com a lei, ainda que em

²³² SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 121 e ss.. Cf. também SAURER, *Die Funktionen...*, cit., p. 303.

Sublinha SCHMIDT-ASSMANN (*Op. cit., loc. cit.*) que a emergência deste «nível intermédio de vinculação» reveste especial relevância no quadro dos novos ramos do Direito Administrativo, assumindo especial destaque o Direito do Ambiente – a este domínio encontram-se afeiçoados as *Verordnungen* (demonstradoras da dinâmica que lhe está subjacente, onde se verifica a necessidade de aliar a disciplina de pormenores aos conhecimentos científicos e às possibilidades da técnica), mas também as *Vorschriften* e os instrumentos de planificação, sem esquecer o recurso à contratação no plano normativo.

²³³ Cf. STECK, *La Contribution...*, cit., pp. 389 e ss..

²³⁴ Uma das tendências actuais da doutrina alemã consiste justamente na acentuação da perspectiva da actividade da Administração – a designada «perspectiva do trabalho da Administração» (*Arbeitsperspektive der Verwaltung*) –, em detrimento de uma perspectiva centrada exclusivamente na protecção jurisdicional. Cf. HOFFMANN-RIEM, «Rechtsformen...», cit., pp. 914 e s..

²³⁵ PAREJO ALFONSO, *Lecciones...*, cit., p. 126.

termos nem sempre coincidentes com os que abordaremos²³⁶. Assim, a reflexão a empreender sobre as funções prosseguidas pelos regulamentos assenta numa construção com quatro degraus, alicerçada no tipo de relações (de maior ou menor proximidade) que intercedem entre a lei e o regulamento e na especificidade das atribuições das entidades emissoras.

3.1. Função de execução da lei

Ao poder regulamentar sempre foi assacada a função de constituir um instrumento normativo imprescindível para actuar uma disciplina jurídica elaborada pelo legislador²³⁷, concebendo-se como mecanismo jurídico que desenvolve e completa a lei. Trata-se de uma tarefa de ineliminável relevância a prosseguida pelos regulamentos de execução que, nessa medida, cumprem a função *primeira* dos regulamentos, em estreita cumplicidade com a lei – daí que a própria Constituição, quando se refere à competência administrativa do Governo, não deixe de mencionar, quase à cabeça, a competência para “fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis” [artigo 199.º, alínea c)]. Como já concluímos noutra local²³⁸, consubstanciando o regulamento uma «fonte de direito» e estabelecendo, por isso, uma regulação jurídica num domínio onde esta não existia ou apresentava contornos diversos, os regulamentos são produto de um processo de criação de direito: não se limitam a aplicar normas jurídicas, mas criam-nas. Daí que mesmo os regulamentos executivos emprestem um *quid novum* ao ordenamento jurídico, pelo menos enquanto esclarecem os elementos necessários à aplicabilidade da lei.

²³⁶ A construção defendida no texto não se confunde com a tradicional concepção tripartida das normas administrativas vigente no direito alemão, onde se destriça entre *Verordnungen* (enquanto normas fundadas numa delegação legislativa), *Satzungen* (enquanto normas fundadas na autonomia) e *Vorschriften* (enquanto normas fundadas num poder próprio de auto-organização) – cf., v. g., MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., pp. 577 e ss.; HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 973 e ss.. Por um lado, não atendemos no texto especificamente às funções desempenhadas pelos regulamentos internos (diversamente do que sucede na assinalada classificação tripartida, onde um dos planos é ocupado pelas *Vorschriften*); por outro lado, as funções assinaladas – variáveis em função da proximidade com a lei – podem ser desempenhadas por quaisquer regulamentos, com independência do órgão que os emanou (a implicar, por exemplo, que a produção normativo-administrativa primária se não revela privativa dos regulamentos autónomos, com que se identificam as *Satzungen* do direito alemão).

Cf. também SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 325.

²³⁷ Neste sentido, cf. também DI COSIMO, *I Regolamenti...*, cit., p. 172.

²³⁸ V. o nosso estudo «A Titularidade...», cit., pp. 486 e 498.

Por falta deste pendor «criativo», cumpre interrogar-nos se normas regulamentares que repetem integralmente o texto da lei²³⁹ configuram regulamentos (executivos) ou se, pelo contrário, não estamos diante de verdadeiras normas regulamentares. Com efeito, nas situações apontadas, o regulamento não constitui uma resposta (axiológico-)normativa para os problemas da realidade histórico-social²⁴⁰, visto tal resposta resultar já de uma fonte de direito anterior (a lei), e assumir, em termos hierárquicos, o valor dela. Todavia, emergindo do n.º 5 do artigo 112.º um princípio de separação entre o «direito da lei» e o «direito dos regulamentos»²⁴¹, deverá entender-se que mesmo os regulamentos executivos – onde mais se sente o grau de dependência em relação à lei – terão um conteúdo distinto desta (ainda que por ela pré-determinado²⁴²), concretizando, estabelecendo uma pormenorização ou consagrando as condições práticas para aplicação da disciplina consagrada pela lei. Ou, se nos quisermos louvar, *mutatis mutandis*, na posição perfilhada pelo Tribunal Constitucional, a propósito das relações entre lei e Constituição, quando o regulamento contém normas que *enunciam* prescrições legais, nessa parte, a sua força vinculativa encontra-se dependente da coincidência que apresentam com a lei, já que, tratando-se de disposições legislativas, não podem as mesmas comportar qualquer modelação por via regulamentar²⁴³. Ainda nas situações em que se exige ao legislador uma densidade normativa (especialmente) acrescida, o regulamento executivo apresenta um momento de novidade²⁴⁴ – pelo menos, no que tange às formas possíveis de aplicação da disciplina legalmente prevista –, sob pena de perder sentido a sua emissão.

²³⁹ Colocando também esta questão, v. Freitas do AMARAL, *Manual...*, cit., p. 517, para quem os regulamentos de execução ou complementares que se limitem a repetir normas legais não são fontes de direito, na medida em que não trazem um *quid novum* para o ordenamento jurídico.

²⁴⁰ Aqui reside o momento material da experiência jurídica constituinte – cf. Castanheira NEVES, «Fontes do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 90 e ss..

²⁴¹ Seguimos a posição de Gomes CANOTILHO (*Direito...*, cit., p. 842) que concebe este princípio como uma decorrência do princípio da tipicidade das leis, que proíbe a existência de actos legislativos «apócrifos» ou «concorrenciais» (Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 67, anotação XXII ao artigo 112.º).

²⁴² Cf. Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 253; tal como salienta o Autor, para que exista um nexó substancial entre a lei e o regulamento executivo, impõe-se que este se mantenha no campo material e no modo de disciplina da lei regulamentada.

²⁴³ Cf., v. g., Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2009, de 2 de Abril, in: *Diário da República*, II Série, n.º 95, 18.05.2009, p. 19388, sobre o problema da relação entre normas estatutárias e normas constitucionais

²⁴⁴ Apelando também à *inovação* como uma característica inerente aos actos normativos, v. MATTARELLA, «L'Attività», in: CASSESE (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo I, Giuffrè Editore, Milão, 2000, p. 666, na esteira de Giannini. Cf. também ZANOBINI, «Sul Fondamento Giuridico...», cit., p. 21; SANDULLI, *L'Attività...*, cit., pp. 12, 59, 89 e ss.. Entre nós, fundamentando o carácter normativo dos «regulamentos» dos planos dotados de eficácia pluri-subjectiva também no “carácter indubitável de inovação

O facto de constituir esta a função primeira dos regulamentos levou-nos a avançar anteriormente no sentido da admissibilidade das habilitações (legais) implícitas, conferindo à Administração o poder-dever de executar a lei, sempre que a sua exequibilidade exija uma densificação normativa subsequente. Tal significa, pois, que, quando as leis carecem de aplicabilidade directa (*hoc sensu*), os regulamentos são as fontes adequadas para permitir a efectiva operatividade dessas leis, sem que isso implique, por outro lado, que a vigência dessas leis dependa da emanção de regulamentos²⁴⁵, cuja falta constitui, ela própria, uma ilegalidade²⁴⁶. Aliás, encontramos uma tradução desta ideia, não apenas na disciplina reservada à revogação de regulamentos (cf. artigo 119.º, n.º 2, do CPA²⁴⁷), mas ainda ao nível da Justiça Administrativa, que hoje²⁴⁸ prevê um processo de declaração de ilegalidade por omissão, através da qual pode ser solicitado ao tribunal que verifique se a Administração não emitiu as normas (regulamentares) necessárias para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação (artigo 77.º do CPTA), sendo tal necessidade apreciada em razão da existência de uma imposição expressa de

jurídica” que os mesmos possuem, F. Alves CORREIA (*O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 242 e s., e *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 642 e s.) sublinha justamente que a normatividade se associa aos actos de criação ou inovação jurídicas. Cf., porém, Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 97.

²⁴⁵ Pelo menos, em termos formais (cf., o que dissemos, *supra*, 2.4., em nota, sobre a inviabilidade constitucional de uma lei fazer depender a sua vigência formal da emissão de um regulamento) – salientando a dependência material de leis (carentes de efectividade) face a regulamentos não emanados por inércia da Administração, cf. SEILLER, «Précisions sur l’Obligation d’Exercer le Pouvoir Réglementaire», in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 14, Abril 2004, p. 761; CHANTEBOUT, *Droit...*, cit., p. 585, n. 4 (sublinhando que a margem de liberdade do Governo, admitida pelo *Conseil Constitutionnel*, no âmbito da execução das leis, gera o risco de criar a favor daquele uma espécie de “direito de veto suspensivo” sobre as leis, porquanto muitas destas não gozam de aplicação imediata, carecendo dos *décrets* que lhe confirmam operatividade); SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 325 (salientando que importantes leis, como sucede com a *Bundesimmissionsschutzgesetz*, não seriam, na prática, aplicadas, na ausência das respectivas *Verordnungen* e *Vorschiften*).

²⁴⁶ Diversamente, quando uma norma constitucional carece de concretização ou não prescinde de uma densificação normativa que permita a sua exequibilidade ou operatividade, tal tarefa não pertence, num primeiro nível, ao regulamento, mas ao acto legislativo, como resulta do disposto no artigo 283.º da Constituição, que alude expressamente às “medidas legislativas para tornar exequíveis as normas constitucionais” (v., neste sentido, Jorge MIRANDA, «Artigo 112.º», cit., p. 263, anotação VIII). O que não determina que à Administração não se encontre conferida a tarefa de implementação das normas constitucionais, mas simplesmente que tal competência assume uma feição subordinada ou executiva da lei (assim, sobre a implementação das imposições constitucionais de bem-estar, Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 604).

Se nos interrogarmos sobre o elemento diferenciador subjacente às situações analisadas, logo compreenderemos que urge fazer um apelo à distinção entre função a legislativa e a função administrativa.

²⁴⁷ Repare-se na importância desta asserção, tendo em conta que o preceito citado constitui um dos poucos limites ao princípio da livre revogabilidade dos regulamentos. Sobre esta disposição, v. o que diremos *infra*, Parte II, 2.2.1.1..

²⁴⁸ Desde a Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto, que a Constituição de 1933 prescrevia que, quando a lei não fosse exequível por si mesma, o Governo expedia os respectivos decretos dentro do prazo de seis meses a contar da sua publicação, se nela não fosse determinado outro prazo (cf. artigo 109.º, § 7.º). Não obstante esta previsão, inexistia qualquer mecanismo de controlo jurisdicional que a efectivasse.

regulamentação contida na lei ou da impossibilidade de execução de lei sem a emanção de um regulamento²⁴⁹ – casos em que se entende existir um *dever de emissão de regulamentos*²⁵⁰. Nestas hipóteses, como salienta o STA, faltam elementos que permitem a

²⁴⁹ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 456, anotação I ao artigo 77.º; EISELE, *Subjektive Öffentliche Rechte...*, cit., pp. 130 e s., 202 e s. (que identifica estas duas condições como determinantes da existência de um dever de emitir regulamentos). Também CAUPERS («Um Dever de Regulamentar?», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 18, Janeiro/Março 1997, p. 8) já distinguia entre a inércia da Administração na emissão de regulamentos *convenientes* e a que se relacionava com a emissão de regulamentos *indispensáveis* (à boa execução da lei).

Não se ignora a dificuldade que pode revestir a identificação de um regulamento necessário à execução da lei quando esta última não prevê expressamente a sua emissão. Sublinha OSSENBÜHL («Der Verfassungsrechtliche Rahmen...», cit., p. 2) que, nos casos de fronteira (sobretudo, quando o legislador utiliza conceitos indeterminados), pode ficar a dúvida sobre se a abertura legislativa pretende ser complementada por uma norma regulamentar ou se, pelo contrário, a concretização de tal abertura caberia ainda na tarefa interpretativa. O juízo da necessidade do regulamento para a execução da lei dependerá, pois, da resposta à questão de saber se a indeterminação conceitual ainda se pode suprir pelo intérprete na decisão dos casos concretos ou se pressupõe uma intervenção normativa prévia da Administração. Com o objectivo de clarificar o alcance do n.º 1 do artigo 77.º do CPTA, Vieira de ANDRADE (*A Justiça...*, cit., p. 250) apela a uma articulação sistemática entre este preceito e o n.º 1 do artigo 119.º do CPTA, identificando os regulamentos cuja omissão se afigura relevante com aqueles que são “necessários à execução de *preceitos concretos* das leis em vigor”. A exigência de que as leis exequendas estejam ainda em vigor no ordenamento vem sendo acentuada em jurisprudência constante do STA – cf., v. g., os Acórdãos de 23.04.2008, P 897/08; 14.07.2008, P. 963/07; 17.12.2008, P. 810/08; 28.01.2009, P. 269/08; 04.02.2009, P. 460/08; 25.06.2009, P. 913/08; 18.02.2010, P. 810/07; 19.10.2010, P. 460/08 –, defendendo o Tribunal que cessa a obrigação de emanar regulamentos com a revogação da lei carecida de regulamentação, invocando uma dupla ordem de argumentos: *primo*, nessa altura, os regulamentos a emitir careceriam de uma coeva base legal; *secundo*, os diplomas a emanar, respeitando agora a casos individual e concretamente definidos e fixados no passado, careceriam de natureza normativa.

²⁵⁰ Em França, e com antecedentes no *Arrêt* «Dame Veuve Renard», de 27.11.1964, a jurisprudência tem perfilhado a ideia segundo a qual a Administração está obrigada a adoptar, num prazo razoável, as medidas regulamentares necessárias à execução da lei, sob pena de ilegalidade e responsabilidade – obrigação esta que justifica a mobilização do poder de injunção reconhecido aos tribunais administrativos pela *Loi* 95-125, de 8 de Fevereiro de 1995 (que introduziu os artigos L8-2, L8-3 e L8-4 no *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel*). Cf., v. g., *Arrêt* «Viscontini», de 13.01.1997, in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 5, Maio 1997, p. 484. Na doutrina, v. LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 634; CHANTEBOUT, *Droit...*, cit., p. 585, n. 4; STIRN, «Lois et Règlements: Le Paradoxe du Désordre», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n.º 1, Janeiro/Fevereiro 2006, p. 136. Atente-se, porém, que a imposição legislativa da elaboração de regulamentos tem um alcance histórico mais longínquo – sem negligenciar as dificuldades dogmáticas que suscita, STECK (*La Contribution...*, cit., pp. 361 e s.) refere já a circular do Ministro do Comércio, que vinculava os inspectores do trabalho a suspender a lei de 1892 (relativa à duração do trabalho das mulheres e das crianças), circular essa emitida para responder às indicações efectuadas, em 1894, por comissões parlamentares.

Mais desenvolvidamente, na Alemanha, vem-se propugnando, em termos consensuais, pela existência de um dever similar respeitante à própria emissão (mas já não necessariamente quanto ao conteúdo) do regulamento, dever esse que não assumirá carácter geral, reconhecendo-se, porém, deveres especiais de emissão de regulamentos – cf. EISELE, *Subjektive Öffentliche Rechte...*, cit., pp. 129 e ss., que, nestes termos, faz uma análise diferenciada da *Entschließungsfreiheit* (referida à emissão do regulamento) e da *Ausgestaltungsfreiheit* (que se reporta ao conteúdo do regulamento; este último conceito está também relacionado com a designada «discricionariedade regulamentar» – *Verordnungsermessen* – à qual aludiremos *infra*, sub 3.4.1.; repare-se, contudo, que DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit...*, cit., pp. 179 e ss., enquadre a questão da *Entschließungsfreiheit* como uma dimensão da *Gestaltungsfreiheit*, abrangendo esta – como conceito superior – ainda, e a par daquela, a *inhaltliche Gestaltungsfreiheit*).

Resta saber se não poderemos ir mais longe, concluindo que o dever da emissão de regulamentos compreende também um dever de *melhorar* os regulamentos existentes (*Nachbesserungspflicht von*

aplicação das normas legislativas aos casos da vida visados pelo âmbito problemático da norma, elementos esses que o legislador voluntariamente endossou para concretização através de regulamento²⁵¹, transformando a habilitação legal de regulamentar numa «*ordem para regulamentar*» dirigida ao órgão administrativo competente (*Auftrag an den Verordnungsgeber*)²⁵².

A referência às “normas cuja adopção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação” não permite efectuar uma necessária identificação entre estas e os regulamentos executivos (de que tratamos neste momento), indo para além deles, por duas ordens de razões: por um lado, incluem-se no âmbito problemático da norma subjacente ao artigo 77.º as situações em que a lei impõe uma obrigação de regulamentação (designadamente, fixando um prazo para o efeito²⁵³), ainda que o conteúdo do regulamento se não cifre numa simples especificação ou pormenorização da(s) disposição(ões) legal(is) em causa (podendo, por isso, estar em causa um regulamento complementar ou mesmo independente²⁵⁴); por outro lado, e no segundo sentido apontado, estão aqui visadas as

Rechtsverordnungen), pelo menos, como afirma EISELE (*Subjektive Öffentliche Rechte...*, cit., pp. 132 e 205), quando, sob pena de inoperatividade da lei, o conteúdo do regulamento revista um carácter dinâmico, em termos de necessitar de uma actualização, em face de uma alteração das circunstâncias ou dos conhecimentos.

²⁵¹ Acórdão de 30.01.2007, P. 310/2006.

²⁵² OSSENBÜHL, «Der Verfassungsrechtliche Rahmen...», cit., pp. 5 e s..

²⁵³ Sobre o problema do prazo dentro do qual a Administração deve emitir uma norma devida, cf. A. Salgado de MATOS, «Princípio...», cit., pp. 202 e ss., defendendo, na ausência de fixação de qualquer prazo, a aplicação das regras gerais do procedimento administrativo, estabelecendo o período para a emissão dos regulamentos em noventa dias úteis (prorrogáveis), contados do momento da entrada em vigor da lei carente de regulamentação, nos termos dos artigos 58.º e 72.º, n.º 1, alínea *b*), do CPA.

No quadro do *Sistema de Controlo de Actos Normativos* (SCAN), criado pela já citada Resolução do Conselho de Ministros n.º 197/2008, prevê-se a notificação periódica (do gabinete do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e do ministro sectorialmente competente) do decurso do prazo de 90 dias sobre a entrada em vigor de qualquer acto normativo (*rectius*, lei ou decreto-lei) carecido da emissão de normas regulamentares que não tenha estipulado um prazo para essa emissão [cf. n.º 7, alínea *c*)]. Além da detecção das situações de incumprimento [cf. n.º 7, alíneas *d*) e *e*)], o SCAN implica a elaboração de relatórios de progresso sobre o estado dos actos normativos em falta para dar cumprimento às obrigações de regulamentação, independentemente de o legislador fixar um prazo para a emissão dos regulamentos [cf. n.º 8, alíneas *a*) e *d*)].

²⁵⁴ Diferentemente, cf. M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 502, comentário 1 ao artigo 77.º. A. Salgado de MATOS («Princípio...», cit., pp. 200 e s.) parece entender que, para além dos regulamentos de execução, apenas nos casos de regulamentos complementares se poderá afirmar a existência de uma omissão regulamentar ilegal. Como resulta do texto, não afastamos que o requisito da necessidade do regulamento para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação se encontre cumprido quando a lei prevê a emissão de um regulamento independente. Exemplo particularmente impressionante decorre do direito do urbanismo, sendo possível o recurso à declaração de ilegalidade por omissão nos casos em que o legislador cria uma «obrigação de planificação» (cf. artigo 84.º, n.º 4, do RJIGT) e não foi elaborado qualquer plano, ou em que os planos elaborados carecem de normas sobre mecanismos directos e indirectos de perequação de

normas regulamentares imprescindíveis à aplicação de determinada lei, sendo certo que nem todos os regulamentos executivos o serão necessariamente.

A previsão deste meio processual leva a concluir que o poder regulamentar não configura, sem surpresa, um poder livre da Administração (totalmente desvinculado quanto ao *an*, ao *quando* e ao conteúdo), representando o cumprimento de um dever²⁵⁵, e que a emissão de regulamentos não releva apenas no que à prossecução do interesse público concerne, mas cumpre igualmente uma função de realização de direitos e interesses individuais, sobretudo quando estejam em causa direitos fundamentais²⁵⁶ – o que importa a construção de um «direito formal à emissão de normas jurídicas administrativas», de acordo com o qual os particulares gozam de um direito à edição de normas regulamentares, normas essas cuja ausência, para além de envolver a falta de um elemento indispensável à operatividade da lei, exprime um obstáculo à realização de direitos subjectivos dos particulares²⁵⁷, hoje concebidos não como objectos do poder, mas como interlocutores

benefícios e encargos, em violação dos artigos 135.º e seguinte do RJIGT – assim, F. Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 723.

²⁵⁵ Neste sentido, SEILLER, «Précisions...», cit., p. 762, ainda que, salienta o Autor, essa obrigação não revista os mesmos contornos em todos os tipos de regulamentos e relativamente a todas as entidades administrativas (trata-se de uma «obrigação diferenciada»), apreciando o *Conseil d'État* com alguma ductilidade o incumprimento da mesma (*Op. cit.*, pp. 762 ss.). Entre nós, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 731.

²⁵⁶ Incluindo igualmente a declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares no espectro de mecanismos integrantes da protecção jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais, cf. F. Alves CORREIA, «Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX, 2003, p. 81.

A solução portuguesa, embora mais ampla, aproxima-se em muito do mandado de injunção previsto no inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição brasileira (“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”). Esta aproximação poderá proporcionar uma reflexão para um passo subsequente: *quid iuris*, se, entre nós, a emissão de uma norma regulamentar se torna indispensável para assegurar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade e garantia (sendo certo que o n.º 2 do artigo 77.º do CPTA pressupõe, como prazo mínimo a fixar pelo juiz para que a omissão seja suprida, um lapso de seis meses)? Dever-se-á entender que, se a necessidade de regulamentação da lei fizer perigar o exercício, em tempo útil, de direitos, liberdades e garantias, se poderá recorrer à intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, com o objectivo de obter a condenação da Administração à emissão do regulamento – neste sentido, v. já Carla Amado GOMES, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, p. 559 e s..

²⁵⁷ Assim, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 730 e ss., louvando-se também em EISELE, *Subjektive Öffentliche Rechte...*, cit., p. 205. Salientando a difícil aceitação que esta concepção gozou, cf. WÜRTENBERGER, «Die Normenerlaßklage...», cit., p. 376.

Apesar de aliar o reconhecimento de um direito dos particulares à emissão de normas com a tutela da legalidade administrativa (aqui ofendida pela inércia), este último objectivo assume preponderância relativamente ao primeiro. Pense-se, v. g., na situação subjacente ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07.05.2008, P. 964/04 (cf. sumário in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Julho/Agosto 2008, pp. 72 e s., n.º 2099), em que, a alteração do quadro legislativo fez desaparecer a utilidade e a necessidade da emissão do regulamento exigido, por extinguir o seu objecto: no caso em análise, a primeira lei obrigava à emanação de disposições regulamentares destinadas a disciplinar determinada

privilegiados num diálogo participado com o poder público, que defende os seus direitos e não apenas exclusivamente o interesse geral²⁵⁸.

Embora persistam algumas hesitações quanto à natureza condenatória²⁵⁹ da sentença – que, para utilizarmos as palavras do legislador, *verifica e dá conhecimento* à entidade competente, a fim de que a omissão seja suprida dentro de determinado prazo –, a possibilidade de o tribunal determinar a emissão de regulamentos permite reflectir sobre a relevância que eles assumem no quadro das «fontes de Direito Administrativo», em geral, e na relação com a lei, em especial. Esta conclusão não há-de, contudo, obliterar que a índole condenatória da sentença não decorre do pretense carácter predominantemente técnico e não inovador das normas emanadas ao abrigo da função administrativa²⁶⁰ (uma vez que este não é essencial, mas accidental), mas da circunstância de estarem em causa *normas devidas*²⁶¹ – a possibilidade (ou não) da emissão de uma sentença condenatória e o

carreira que a segunda lei extinguiu. Tendo os particulares ficado prejudicados pela omissão regulamentar durante o período de vigência do primeiro diploma, o STA concluiu pela improcedência do pedido de condenação à emissão das normas regulamentares (por entender que a declaração de situações de ilegalidade por omissão pressupõe a vigência de um acto legislativo que continue, no momento da prolação da sentença, a carecer de regulamentação – cf., *supra*, em nota), mas, reconhecendo a existência de uma omissão ilegal de regulamentação, convidou as partes, nos termos do artigo 45.º do CPTA, a acordar no montante indemnizatório.

²⁵⁸ Em sentido próximo e ao mesmo propósito, já também WÜRTEMBERGER, «Die Normenerlaßklage als Funktionengerechte Fortbildung Verwaltungszprozessualen Rechtsschutzes», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 105, 1980, pp. 376 e s..

²⁵⁹ Não obstante a falta de clareza do texto do CPTA quanto à natureza deste meio processual, deverá entender-se estarmos diante de uma verdadeira acção condenatória. Efectivamente, e apesar da nítida semelhança com o n.º 2 do artigo 283.º da Constituição, relativo à verificação da inconstitucionalidade por omissão, estão ausentes, neste momento, os obstáculos decorrentes do princípio da separação de poderes que impedem o Tribunal Constitucional de condenar o legislador à emissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. No mesmo sentido, propendendo também para o carácter condenatório da sentença proferida neste processo, cf. Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 251 (cf. também n. 555); Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 732 (cf. também n. 969); M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 505, comentário 3 ao artigo 77.º; A. Salgado de MATOS, «Princípio...», cit., pp. 206 e 208. Caracterizando a determinação judicial da adopção de normas regulamentares ao abrigo do artigo 77.º como uma antecipação injuntiva de uma competência decisória da Administração, v. Sérvulo CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lex, Lisboa, 2005, p. 769. Defendendo que o CPTA optou por uma solução intermédia entre conferir ao juiz o poder de condenar a Administração à emissão do regulamento devido e o poder de declaração da omissão, M. Aroso de ALMEIDA (*O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 240, e *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 111) considera que o legislador instituiu uma «pronúncia declarativa de conteúdo impositivo»; adoptando posição idêntica, v. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 457, anotação IV ao artigo 77.º.

²⁶⁰ Assim, v. g., M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Op. cit.*, loc. cit..

²⁶¹ Em paralelo, pois, com o que sucede no quadro da acção de condenação para a prática de acto devido – simplesmente, se, neste último caso, o conceito de «acto devido» coincide com “aquele acto administrativo que, na perspectiva do autor, deveria ter sido emitido e não foi, quer tenha havido uma pura omissão ou uma recusa – e ainda (...) quando tenha sido praticado um acto que não satisfaça uma pretensão” (Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 231), no processo de declaração de ilegalidade por omissão são devidas, como já salientámos em texto, as normas que, como tal sejam indicadas pela lei, que exige, de forma expressa, a sua emissão (ainda que não se revelem estritamente executivas), como também aquelas que, na

respectivo âmbito não relevam tanto do tipo de actividade administrativa em causa, como da interferência de valorações próprias da Administração²⁶².

3.2. A autonomização de uma função de interpretação?

A referência à função de interpretação protagonizada pelos regulamentos pressupõe uma indagação acerca da questão da admissibilidade dos regulamentos interpretativos²⁶³.

O problema surge por força do disposto no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, que proíbe a lei de conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar (ou integrar) qualquer dos seus preceitos – disposição que, de acordo com o Tribunal Constitucional²⁶⁴, se dirige directamente ao legislador (e não ao poder

perspectiva de realização do direito pela mediação da lei, não prescindam de outros critérios para cabalmente prosseguirem essa tarefa. É evidente que, nas hipóteses em que o carácter «devido» da norma resulte expressamente da lei, a sua não emissão durante o prazo fixado por esta equivalerá à omissão.

Fica por determinar se ao conceito de «norma devida» não deveria ser atribuído um significado mais amplo [sobretudo quando se tem em conta a formulação mais ampla constante da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 4.º do CPTA], de modo a abranger as hipóteses em que a Administração se autovincule à emissão de regulamentos (desde logo, quando se trate de regulamentos cuja adopção surge imposta por outros regulamentos: por exemplo, um plano director municipal que prevê a elaboração de um plano de pormenor – cf. também Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 249 e s., e o nosso trabalho «O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, 2006, p. 469). Pense-se ainda, *v. g.*, no caso subjacente ao Acórdão do STA, de 18.09.2007, P. 310/2006, em que a lei conferia ao Governo uma discricionariedade quanto ao exercício do poder regulamentar (discricionariedade quanto a *an*), e aquele órgão, embora sem assumir o compromisso de emitir o regulamento legalmente previsto, enceta reuniões preparatórias com representantes dos potenciais destinatários, sendo ainda determinada, por despacho do Secretário de Estado, a preparação do processo conducente à respectiva emanção. Sobre a eventual necessidade de interpretação extensiva dos pressupostos da declaração de ilegalidade por omissão, cf., *infra*, Parte III, 2.6.1.2., IV, em nota.

²⁶² Em sentido próximo, reflectindo, em geral, sobre os poderes de injunção judiciais no contencioso administrativo e sua compatibilização com o princípio da separação de poderes, *v.* Sérvulo CORREIA, *Direito...*, cit., p. 384. Também na Alemanha se temeu que o reconhecimento da existência de um direito à emissão de normas susceptível de ser judicialmente exigido pudesse conduzir a uma incongruência sistemática com o princípio do Estado de direito, originando uma intromissão do direito dos juizes no poder administrativo – cf., *v. g.*, WÜRTEMBERGER, «Die Normenerlaßklage...», cit., p. 375.

²⁶³ Não obstante a aparente facilidade da tarefa, apresenta alguns escolhos a identificação dos regulamentos interpretativos. Partindo da incontornabilidade da actividade interpretativa da Administração, urge sublinhar que a mesma se manifesta não só no momento da resolução dos casos concretos (cf., *infra*, Parte II, 2.2.3.1., e Parte IV, 1.2.), mas também da emissão de normas regulamentares, ainda quando estas não possuam um propósito exclusivamente interpretativo. Embora, no texto, as nossas preocupações se encontrem direccionadas para a admissibilidade de normas regulamentares dirigidas a precisar o sentido de disposições legais, a verdade é que subjacente a qualquer regulamento estará, em regra, uma determinada interpretação da lei efectuada pelo órgão emissor – o que sucederá com tanto maior intensidade, quanto mais próxima seja a relação entre a norma regulamentar e a lei exequenda. Quer dizer, a delineação da fronteira entre a natureza interpretativa e não interpretativa de determinada norma regulamentar passará pela difícil e complexa tarefa de determinar onde acaba a interpretação administrativa e começa a criação impositiva e finalisticamente orientada de normas pelo órgão da Administração.

²⁶⁴ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 303/85, de 11 de Dezembro, cit., p. 525; 34/86, de 18 de Fevereiro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 7.º vol., tomo I, 1986, pp. 41 e s.); 19/87, 14 de Janeiro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 9.º vol., 1987, p. 442); 384/87, de 22 de Julho (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 10.º vol., p. 350); 169/88, de 13 de Julho (in: *Acórdãos do Tribunal*

regulamentar), impedindo-o de conferir tal poder a actos não legislativos; em face desta proibição, impõe-se aquilatar em que medida se revela admissível considerar inconstitucionais os actos (*in casu*, os regulamentos) interpretativos (ou integrativos) de normas legais. Ora, o facto de o n.º 5 do artigo 112.º não visar directamente os actos não legislativos que, com eficácia externa, interpretem as disposições legais, mas as leis que os autorizam, levou a jurisprudência constitucional a acentuar que um regulamento que assumia natureza interpretativa de um acto legislativo não se torna inconstitucional em resultado de uma «incidência directa» daquela norma da Lei Fundamental, apenas se considerando inválido (ilegal) uma vez firmada a inconstitucionalidade (material²⁶⁵) da lei habilitante (por força justamente da violação do n.º 5 do artigo 112.º), e, neste caso, por falta de base legal no momento da respectiva emissão – questão esta (de legalidade simples) para cuja apreciação não detém competência o Tribunal Constitucional.

Repare-se, porém, que não se encontram rejeitados, mesmo ao abrigo daquela disposição constitucional, todos e quaisquer regulamentos interpretativos. Não se excluindo (nem se podendo, numa perspectiva metodológica, excluir) a interpretação administrativa das leis, actualmente afigura-se pacífico²⁶⁶ que a *ratio* do n.º 5 do artigo 112.º aponta para a proibição da interpretação *autêntica* de normas legais através (e para focarmos o problema da nossa perspectiva interessada²⁶⁷) de regulamentos (o que redundaria numa deslegalização, ou, se se preferir, numa degradação do valor hierárquico da lei), susceptíveis de obrigarem os tribunais – os quais, sem prejuízo da tarefa interpretativa que lhes está cometida, enquanto momento inseparável da realização do

Constitucional, 12.º vol, 1988, pp. 529 e ss.); 1/92, de 8 de Janeiro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21.º vol., 1992, pp. 33 e ss.); 224/95, de 26 de Abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 30.º vol, 1995, pp. 1052 e ss..

²⁶⁵ Por se tratar de uma inconstitucionalidade material, uma norma legal que confira a um acto de natureza não legislativa (como um regulamento) o poder de a interpretar considerar-se-á inconstitucional, mesmo se emitida (como sucedeu nas situações apreciadas em grande número de arestos do Tribunal Constitucional) em momento anterior à entrada em vigor da Constituição de 1976 – altura em que nos deparamos com uma inconstitucionalidade superveniente. Neste sentido, v., por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/85, de 11 de Dezembro, cit., p. 526.

²⁶⁶ Cf., por todos, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 68, anotação XXIII ao artigo 112.º, e Jorge MIRANDA, «Artigo 112.º», cit., p. 262, anotação VI, que seguimos neste momento.

²⁶⁷ A questão formulava-se analogamente em relação aos assentos. Sobre esta matéria, cf. Castanheira NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983, *passim*, esp.^{te} pp. 397 e ss., e *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 65 e ss.; Barbosa de MELO, *Sobre o Problema da Competência para Assentar*, polic., Coimbra, 1988; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 703 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo V, cit., pp. 41 e ss.. Quanto à jurisprudência, v., por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96, de 28 de Maio, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 34.º vol., pp. 7 e ss..

direito no caso concreto, controlarão sempre a (validade da) interpretação efectuada pela Administração através de regulamentos²⁶⁸.

Ressalvadas as hipóteses (constitucionalmente vedadas) de regulamentos interpretativos com valor equiparável à lei, não se exclui a emissão de *quaisquer regulamentos* destinados a precisar o sentido de determinado preceito legal. Por outras palavras, o n.º 5 do artigo 112.º apenas proíbe a existência de normas regulamentares às quais, para efeito de interpretação da lei, se atribua um valor idêntico ao do acto (legislativo) interpretado, não se impedindo, portanto, que a Administração procure fixar antecipadamente – *i. e.*, antes de mobilizar a norma legal para resolução de um caso concreto – o sentido que lhe pretende atribuir. Sem prejuízo das dificuldades metodológicas emergentes dos regulamentos interpretativos (por pretenderem realizar uma tarefa hermenêutica descontextualizada da realização do direito no caso concreto), em causa estará agora o que Afonso Queiró²⁶⁹ designa como «interpretação regulamentar», *i. e.*, a interpretação de normas legais ou regulamentares²⁷⁰ efectuada através de regulamentos emanados pelos órgãos administrativos. Estará em causa uma das (sub)funções próprias dos regulamentos executivos²⁷¹, favorecendo uma relação particularmente íntima entre lei e regulamento²⁷².

²⁶⁸ Cf. também Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 552. Na senda deste nosso Professor, adoptamos aqui um conceito de eficácia interna não exactamente coincidente com o subjacente quando se alude a actos internos da Administração (propugnando uma concepção diversa, cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 1002).

²⁶⁹ Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pp. 555 e ss..

²⁷⁰ As dificuldades são menores quando estejam em causa regulamentos interpretativos de normas regulamentares (ou, noutro plano, de regulamentos que se destinem a integrar outros regulamentos). *V.* também Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/85, de 11 de Dezembro, cit., p. 526.

Todavia, também neste domínio dever-se-á rejeitar a possibilidade de qualquer interpretação *autêntica* por regulamento das normas regulamentares emitidas pelo mesmo órgão, que pretenda vincular os tribunais: neste sentido, Afonso QUEIRÓ (*Lições...*, cit., pp. 553 e s.) entende que apenas o legislador tem legitimidade para vincular o poder judicial, ao contrário da Administração que não pode impor os seus cânones hermenêuticos aos tribunais; a este argumento o Autor acrescenta ainda que a regra da não retroactividade dos regulamentos impediria os regulamentos de declarar formal e obrigatoriamente o sentido de regulamentos anteriores.

Contornos diversos dos analisados quanto aos regulamentos interpretativos de lei reveste o problema da incompatibilidade entre o conteúdo do regulamento interpretativo e os sentidos possíveis do regulamento interpretando: quando o regulamento interpretativo haja sido emanado pelo órgão com competência na matéria, a incompatibilidade resolve-se através das regras relativas à sucessão de normas no tempo, considerando-se aqueles como regulamentos inovativos (modificativos ou derogativos) das normas regulamentares interpretadas (assim também Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 556); os regulamentos interpretativos apenas padecerão de invalidade se vulnerarem o princípio da competência (regulamento interpretativo emitido por órgão sem competência na matéria) ou da hierarquia (regulamento interpretativo de grau inferior ao do regulamento interpretado).

²⁷¹ Assim, Sérvulo CORREIA, «Interpretação Administrativa das Leis», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, p. 336. Cf. ainda Cruz VILAÇA, «Regulamentação e Acompanhamento da Execução pelo Governo», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, p. 312.

E não se argumente que, estando em causa disposições de natureza interpretativa, as mesmas não preenchem o requisito da normatividade, tornando-as insusceptíveis de se integrarem na *extensio* do conceito de regulamento administrativo, por não cumprirem um dos elementos constitutivos da sua *intensio*. Para além de se encontrar perimida uma qualquer concepção que negue o carácter eminentemente reconstitutivo da tarefa interpretativa (nesta acepção, a interpretação representa sempre um momento de criação do direito), a emissão das normas regulamentares interpretativas serve o propósito de estabelecer qual o sentido da lei que, para o órgão administrativo, melhor se coaduna com a sua visão de interesse público²⁷³ – a implicar que o regulamento interpretativo já transporta, no mínimo, um juízo de valor *autónimo* e *inovatório* desenvolvido pelo órgão administrativo a partir das valorações previamente efectuadas pelo legislador²⁷⁴.

A respectiva validade – jurisdicionalmente apreciável – depende de a interpretação pressuposta pelo regulamento se revelar congruente com um dos sentidos possíveis da lei interpretada. Nestas hipóteses, poder-se-á afirmar que o regulamento opera uma tarefa metodológica de descoberta da norma constante do preceito legal, susceptível de ser repetida pelo julgador enquanto intérprete, o qual – reforce-se – não está vinculado à

Quando estejam em causa regulamentos emitidos no âmbito de uma relação hierárquica, a doutrina sublinha que uma das reconhecidas manifestações do poder de direcção reside na função do superior hierárquico como «agente de interpretação administrativa das leis». Cf. Sérvulo CORREIA, «Interpretação...», cit., p. 335; Paulo OTERO, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 115.

²⁷² Com base nesta ideia, alguns sectores da doutrina italiana defendem a sindicabilidade constitucional da interpretação das leis constante de regulamentos administrativos (estes últimos, não submetidos à Justiça Constitucional, por força do princípio da taxatividade previsto no artigo 134 da *Costituzione*, restrito às leis e aos actos com força de lei): também neste caso, se aplicaria a designada teoria do *diritto vivente*, fiscalizando-se (não a disposição legal abstractamente considerada, mas) o significado emergente da interpretação regulamentar da norma legal impugnada; ou, se quisermos, nas palavras de CARLASSARE, “o significado vivente do acto legislativo impugnado é aquele que resulta, em concreto, do seu regulamento de execução” – CARLASSARE, «Il Diritto Vivente di Origine Regolamentare all’Esame della Corte», in: *Giudizio “A Quo” e Promovimento del Processo Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 85 (e pp. 87 e ss., relativamente às consequências da declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal, no sentido assumido pelo regulamento). Sobre a teoria do *diritto vivente*, cf. ainda *infra*, Parte II, 2.2.3.1., II, β..

²⁷³ Exactamente nestes termos, Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 115. Deste modo, viabiliza-se a harmonização das decisões administrativas e “informam” os particulares qual a perspectiva da Administração relativamente ao modo de executar determinada norma legal – cf. Saldanha SANCHES, *A Quantificação da Obrigação Tributária*, 2.^a ed., Lex, Lisboa, 2000, p. 163

²⁷⁴ Foi a não percepção desta realidade que levou o *Conseil d’Etat* a destrinçar entre «circulares regulamentares» e «circulares interpretativas» (cf. *Arrêt* «Institution Notre-Dame du Kreisker», de 29.01.1954, in: LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 513 e ss.), negando implicitamente o carácter regulamentar das segundas (por não fixarem regras novas) e subtraindo-as, com esse fundamento, ao controlo jurisdicional. Sobre este aresto e as respectivas implicações no que tange à interpretação administrativa, v., numa perspectiva crítica, COMBEAU, «Réflexions sur les Fonctions Juridiques de l’Interprétation Administrative», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 20.º ano, Novembro/Dezembro 2004, p. 1070.

interpretação constante do regulamento. O tribunal tem o poder-dever de fiscalizar a interpretação seguida pelos órgãos administrativos, em consequência da observância de regulamentos interpretativos – dever do qual decorrem duas consequências: por um lado, uma obrigação de, na decisão dos casos concretos, afastar a aplicação do regulamento interpretativo inválido e seguir o sentido por si atribuído ao acto interpretado quando, repetida a operação interpretativa pelo juiz, este chegar à conclusão que tais regulamentos se revelam incompatíveis com os sentidos admitidos pelo acto interpretado²⁷⁵; por outro lado, a possibilidade de declaração de ilegalidade do regulamento pelos tribunais administrativos, seja com força obrigatória geral, seja com efeitos restritos ao caso concreto.

Respeitados estes condicionalismos, importa salientar a relevância assumida pelos regulamentos interpretativos no quadro de uma realização coerente e respeitadora do princípio da igualdade na realização administrativa do direito. Aliás, a utilidade dos regulamentos destinados a aclarar o sentido das normas legais tem sido amiúde reconhecida pela doutrina alemã – que conhece, como categoria especial, as *norminterpretierende Verwaltungsvorschriften*²⁷⁶ –, em termos que permitem, no concreto exercício da actividade administrativa, diminuir as dúvidas emergentes das várias possibilidades interpretativas oferecidas pela norma legal²⁷⁷ e, com isso, contribuir para a racionalização e eficiência do agir administrativo, assim como para a uniformização ou a

²⁷⁵ Os regulamentos interpretativos *contra legem* suscitam problemas acrescidos nas hipóteses em que consagram soluções favoráveis aos cidadãos. Como nota a doutrina alemã (cf. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 159), esta questão localiza-se na charneira entre o princípio da legalidade e o princípio da igualdade.

²⁷⁶ V., v. g., OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 154; sob a perspectiva da respectiva força vinculativa, cf. ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., pp. 180 e ss. (cf. também a noção, pp. 19 e s.).

²⁷⁷ A relevância assumida por estes regulamentos no quadro da concretização das normas legais aproxima-os das designadas «directivas de discricionariedade» (*Ermessensrichtlinien*) – a que nos reportaremos *infra* (cf., nesta Parte, 5.2.) –, mas não confunde as funções prosseguidas por ambas as categorias (sem menoscabo de, na mesma disposição regulamentar, se poderem reunir funções típicas de regulamentos interpretativos e de directivas de discricionariedade). Enquanto os regulamentos interpretativos se destinam apenas a clarificar o sentido a atribuir a determinada norma legal (o que, por se tratar de uma tarefa interpretativa, se revela susceptível de repetição pelo juiz), independentemente de a mesma conferir à Administração um poder discricionário, as directivas de discricionariedade não só pressupõem que o legislador pretenda atribuir um poder discricionário, como ainda fixam a conduta a adoptar pelo órgão decisor, no quadro das várias soluções admitidas pela discricionariedade legislativamente conferida. Para um confronto entre ambas as categorias, embora com argumentos diferentes (relevando, em especial, da distinção, corrente na doutrina germânica, entre discricionariedade na hipótese (à qual corresponderiam os regulamentos interpretativos) e discricionariedade na estatuição (relacionada com as directivas de discricionariedade), v. ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 20 (cf. ainda pp. 181 e s.).

unidade da aplicação das normas²⁷⁸ (sem que tal pretenda, por sua vez, iludir a circunstância de, mesmo nestas hipóteses, a tarefa interpretativa não ficar eliminada).

Também no direito norte-americano, o n.º 4 do §551 do *Administrative Procedure Act*, ao definir o conceito de *rule*, identifica como tal as prescrições emanadas pelas autoridades reguladoras, que se destinem, *inter alia*, a interpretar a lei e os regulamentos emanados pelas próprias agências – as *interpretive rules* –, justamente com o objectivo de informar os cidadãos acerca da interpretação por aquelas seguida; todavia, os regulamentos apenas se poderão qualificar como interpretativos (e beneficiarem do respectivo regime jurídico) se permanecerem dentro dos limites de uma interpretação justa (*fair interpretation*)²⁷⁹.

Em consonância com o que clarificaremos *infra* a propósito da força jurídica dos regulamentos, ainda quando estão em causa normas regulamentares destinadas a estabelecer uma orientação interpretativa a seguir pelos diversos órgãos administrativos (em especial, as instruções ou despachos interpretativos de que, relativamente à «interpretação da lei administrativa», nos dava já notícia Marcello Caetano²⁸⁰), a respectiva existência confere uma facilidade acrescida à verificação do cumprimento dos princípios da imparcialidade e da igualdade de tratamento – sem prejuízo, claro está, das mutações hermenêuticas justificadas por um posterior entendimento prático-normativamente mais adequado das normas interpretandas²⁸¹.

3.3. Função de dinamização legislativa

Mais longe que a estreita conexão com a lei proporcionada pelos regulamentos executivos alcança o reenvio normativo, onde a parceria lei/regulamento conhece um alcance mais equilibrado, contribuindo para definir este último como um instrumento (não de estrita execução, mas) de *dinamização* legislativa ou, na locução de Schmidt-

²⁷⁸ Cf. OSSENBÜHL, «Die Verwaltungsvorschriften in der Verwaltungsgerichtlichen Praxis», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 92, 1967, pp. 9 e s., e «Rechtsquellen...», cit., pp. 158 e s.. V. também ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., pp. 19 e s.; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 623.

²⁷⁹ Clarificando o sentido de regulamentos interpretativos constante do *Administrative Procedure Act*, o *Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act* (1947) define-os como “os regulamentos ou prescrições adoptados pela agência para comunicar ao público a concepção da agência acerca da lei e dos regulamentos que lhes dizem respeito” (Secção 4, p. 30, nota 3, consultado em http://www.oalj.dol.gov/PUBLIC/APA/REFERENCES/REFERENCE_WORKS/AGTC.HTM, Julho 2007). Cf. também SCHWARTZ/CORRADA, *Administrative Law – A Casebook*, 5.ª ed., Aspen Law & Business, Gaithersburg/New York, 2001, p. 243.

²⁸⁰ Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 117.

²⁸¹ Cf. também SÉRVULO CORREIA, «Interpretação...», cit., p. 338.

Aßmann²⁸², de «desenvolvimento criativo de previsões legais». Nesta hipótese, a lei admite a uma fonte jurídica hierarquicamente inferior que se assuma como um seu *complemento*, não estando em causa uma invasão (legislativamente autorizada) pelo regulamento de matérias previstas em lei. Trata-se de uma possibilidade correspondente ao já aludido «direito administrativo de complemento» (*administratives Ergänzungsrecht*) de que fala a doutrina alemã²⁸³. Lei e regulamento não se compreendem apenas como parceiros na tarefa de emissão normativa (*Rechtsetzung*), mas partilham uma relação caracterizada por um fortalecimento recíproco²⁸⁴.

Claro está que a admissibilidade desta função de dinamização legislativa se encontra rodeada de pressupostos vinculativos quer da lei dinamizada, quer do regulamento dinamizador. Por um lado, o próprio conceito esclarece que o regulamento se destina a complementar uma lei específica (destrinçando-se, por isso, da função de dinamização da ordem jurídica que abordaremos já a seguir) e exige que esta possua alguma densidade quanto à disciplina em causa – daí que, tal-qualmente a concebemos, a função de dinamização legislativa não suscite problemas particularmente delicados da perspectiva da observância do princípio da reserva de lei, porquanto subjacente a esta função se encontra o propósito de densificação normativa regulamentar de um regime já delineado pela lei. Por outro lado, os aspectos remetidos para regulamento assumem carácter necessariamente secundário face à disciplina contida na lei a dinamizar, embora sejam imprescindíveis à operatividade prática desta última. Por último, e agora da perspectiva da emissão normativa da Administração, ao regulamento impõe-se uma autocontenção normativa, que não exceda o reenvio: o diploma administrativo deverá conter apenas as disposições necessárias para assegurar a operatividade prática e a adequada aplicação da lei, e, por conseguinte, tão-só aquelas que se revelem estritamente imprescindíveis para assegurar os fins legislativamente prescritos²⁸⁵.

²⁸² SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 35.

²⁸³ Cf. SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., pp. 158 e ss.; ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 48; OSSENBÜHL, «Vorrang und Vorbehalt der Gesetzgebung», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 346 (aludindo igualmente a um *Komplementärgewalt*, incluído dentro das «reservas da Administração»), e «Rechtsquellen...», cit., pp. 155, 162 e s..

²⁸⁴ Assim, HILL, «Normsetzung...», cit., p. 964.

²⁸⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 278 e ss.. Como concretizam os Autores, o critério da indispensabilidade faculta ao regulamento a previsão de normas sobre organização e procedimento que não afectem o conteúdo substancial da lei, normas que precisem o sentido de disposições legais, que explicitem os preceitos da lei ou que corrijam as suas eventuais deficiências.

3.4. Função de dinamização da ordem jurídica

Maiores questões poderão suscitar as hipóteses em que a habilitação para a emissão regulamentar seja efectuada mediante uma lei que se limite a enunciar os princípios gerais e a dispor quais as normas fundamentais sobre a disciplina jurídica de uma matéria, deixando para o regulamento o seu desenvolvimento (quase) completo, tendo como pano de fundo toda a ordem jurídica (e não apenas a lei habilitante). Claro está que o reconhecimento desta função – que uma rede de colaboração mais profunda entre legislação e regulamento – não prescinde do respeito pelo princípio da legalidade (*stricto sensu*), não apenas na vertente da precedência de lei (ainda que esta tenha apenas um conteúdo mínimo), mas também da reserva de lei e da preeminência da lei (concebida como parâmetro de vinculação dos regulamentos administrativos).

Assim, em primeiro plano, está em causa a possibilidade de adopção de regulamentos independentes, no duplo sentido de regulamentos directamente fundados na Constituição [*in casu*, na alínea g) do artigo 199.º, e, portanto, regulamentos governamentais, emitidos sob a forma de decretos regulamentares] e de regulamentos relativamente aos quais a lei ordinária define a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão²⁸⁶. Na sequência das considerações efectuadas a propósito do fenómeno da deslegalização e da retracção da lei na disciplina inovatória de certas matérias, trata-se agora de reflectir se não poderemos (ou deveremos) conferir ao regulamento um papel mais dinâmico, numa tentativa de equilibrar as relações entre as funções legislativa e administrativa.

O reconhecimento de uma função de dinamização da ordem jurídica constitui um sintoma de um fenómeno que atinge a própria compreensão da Administração Pública e do

Eis-nos diante de uma posição ancorada na orientação jurisprudencial do *Conseil d'Etat*, que (diversamente do que sucede com o *Conseil Constitutionnel*) utiliza uma metódica diferenciadora quanto à fundamentação do poder regulamentar: quando estão em causa *règlements d'exécution*, o *Conseil d'Etat* entende que, mais importante do que avaliar se aqueles foram emitidos no domínio regulamentar, é aferir se os mesmos se revelam necessários à aplicação da lei ou se, pelo contrário, excederam a missão atribuída pela lei ao poder regulamentar. Cf. CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, cit., p. 664.

²⁸⁶ Adoptamos o conceito de regulamento independente perfilhado por Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 198 e ss., *passim*. Concordamos também com o Autor (*Op. cit.*, pp. 234 e s.) quando deixa subentendido que a qualificação «independente» pode aplicar-se apenas a certa(s) norma(s) de um regulamento que, tendo em vista a maioria das normas que o compõem, se configura globalmente como executivo ou complementar.

Aliar a função de dinamização da ordem jurídica à emissão de regulamentos independentes nos termos apontados não a identifica totalmente com a referência efectuada por Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 66.

Direito Administrativo. Tem aqui pleno valimento a ideia (já enunciada – cf. *supra* 1., II, α) de que à responsabilização da Administração pelo desempenho de tarefas cada vez mais exigentes e da obtenção de determinados resultados tem de corresponder a outorga de meios (designadamente, formas jurídicas de acção administrativa) adequados para tal. Além disso, a perspectivação do poder regulamentar num sistema jurídico multinível, que conjuga o degrau nacional com o plano europeu (e mesmo, embora em menor escala, com o plano internacional), constitui um factor determinante para o aprofundamento da governamentalização da forma de governo e da intensificação da actividade normativa das entidades administrativas sectoriais, permitindo tornar dispensável a intervenção legislativa (*maxime*, parlamentar) para a densificação das políticas públicas, em geral, e das políticas europeias, em especial²⁸⁷.

Nesta ordem de ideias, a função de dinamização da ordem jurídica tem uma projecção particular ao nível da função de planeamento ou da elaboração de planos, directamente relacionada com a *implementação das políticas públicas*, num Estado cada vez mais “adjectivado”²⁸⁸, num contexto de uma realidade complexa e dinâmica, que suscita uma adaptação permanente²⁸⁹ e, como tal, não se compadece com a morosidade e a inflexibilidade tradicionalmente inerente ao exercício do poder legislativo: se a este último caberá definir os vectores estruturais das políticas públicas, para o poder regulamentar ficará o desenvolvimento dos aspectos relacionados com os vectores conjunturais das mesmas²⁹⁰.

Esta função implica a valorização do «nível intermédio» (entre a lei e o acto administrativo), reconhecendo que a Administração se encontra numa posição privilegiada (ou, se preferirmos, mais privilegiada que o legislador) para, através da emissão de normas

²⁸⁷ Cf. Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 191.

²⁸⁸ V. Gomes CANOTILHO, «Estado Adjectivado e Teoria da Constituição», in: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, 2003, pp. 455 e ss.. Cf., porém, A. Cândido de OLIVEIRA, «Estado de Direito Sem Adjectivos», in: *Scientia Iuridica*, n.º 320, tomo LVIII, Outubro/Dezembro 2009, pp. 645 e ss..

²⁸⁹ Constituem estas duas problemáticas a que o Direito das Políticas Públicas procura dar resposta – cf. Maria da Glória GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 124.

²⁹⁰ Entre nós, enfatiza já Maria da Glória GARCIA (*Direito...*, cit., p. 128) a diversa natureza jurídica que revestem as medidas de política pública, bem como a multiplicidade das entidades responsáveis pela sua adopção, definindo a «política pública» como “conjunto de objectivos e medidas para a definição das quais intervêm um conjunto de entidades determinadas em função do seu relacionamento com um conjunto de factos e estes, por sua vez, com um conjunto de objectivos ou pluralidade de medidas de natureza diversa, relevando de diferentes competências, destinadas a concretizar diferentes objectivos a partir de situações diversas”.

jurídicas, atender às várias constelações de interesses²⁹¹, sem prejuízo para as garantias do Estado de direito democrático. O *punctum crucis* reside no equilíbrio entre, por um lado, o princípio do Estado de direito e o princípio democrático e, por outro lado, as exigências de eficiência e competência técnica²⁹² para a disciplina jurídica da matéria em causa. Vejamos em que termos.

3.4.1. Fundamentação e caracterização

Ao assumir esta função de dinamização da ordem jurídica na qualidade de fonte primária de produção normativa, o regulamento não abandona a sua natureza de *fonte derivada* de direito (no sentido de que pressupõe um acto normativo prévio que defina o seu conteúdo ou que, pelo menos, trace as opções fundamentais desse conteúdo). Como salienta Ossenbühl²⁹³, uma tal concepção do regulamento tem o efeito vantajoso de reconduzir a lei à sua verdadeira tarefa e função, que consiste em encontrar as decisões políticas fundamentais da comunidade nacional²⁹⁴.

I. A tentativa de caracterização da função de dinamização da ordem jurídica implica um apelo à ideia de *discricionarietà regulamentar*. Embora a discricionarietà venha, em regra, associada à prática de actos administrativos, não está excluído que a lei conceda poderes discricionários para a emissão de regulamentos²⁹⁵, o que acontece, na sua extensão máxima, nas hipóteses em que o legislador, *dentro de determinados parâmetros*, confere à Administração a decisão sobre o *an*²⁹⁶, o *quando* e sobre o conteúdo de determinada regulamentação²⁹⁷. Pense-se, paradigmaticamente, nos casos em que a lei

²⁹¹ Assim, SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., pp. 56 e s., enfatizando a relevância dogmática e a função capital desempenhada pelos instrumentos regulamentares.

²⁹² Cf. POLITI, «Regolamenti...», cit., p. 1.

²⁹³ OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 147.

²⁹⁴ É certo que, como afirma Manuel Afonso VAZ (*Lei...*, cit., p. 499), se a nossa Constituição não fornece um conceito material de função legislativa, é possível reconhecer uma *intenção material* subjacente aos preceitos constitucionais, que associa à legislação a “*determinação das opções políticas primárias da comunidade política* que, institucionalmente a liga a especiais órgãos de revelação do direito” (itálico no original).

²⁹⁵ Neste sentido, também já Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 240.

²⁹⁶ Cf., v. g., o caso subjacente ao Acórdão do STA, de 30.01.2007, P. 310/2006, onde o legislador permitia que a Administração emitisse determinadas normas regulamentares “nos casos em que se justifique a adaptação dos regimes”.

²⁹⁷ Foi justamente a percepção de que assumia diversidade a relação dos (vários tipos de) regulamentos com a lei fundamentadora (o grau de vinculação à lei) que conduziu à classificação doutrinal entre regulamentos executivos, complementares ou independentes: observando a questão sob o prisma oposto, concluímos que tal classificação não corresponde senão à existência de menos ou mais faculdades discricionárias legislativamente concedidas no exercício do poder regulamentar.

concede a uma entidade o *poder para elaborar regulamentos quando estes se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições*, o que implica a outorga de discricionariedade no exercício do poder regulamentar que, em termos de conteúdo, se encontra limitado (vinculado) unicamente pelas atribuições da pessoa colectiva e pela necessária compatibilidade com os demais parâmetros de vinculação (desde logo, as normas de grau superior).

Sem prejuízo das diferenças que entretencem o direito alemão em face da nossa ordem jurídica (designadamente, em razão da ausência do reconhecimento de actos legislativos governamentais) e das dúvidas suscitadas pela mobilização do conceito de discricionariedade para o âmbito regulamentar²⁹⁸, a existência de discricionariedade na emissão de regulamentos constitui uma categoria objecto de desenvolvimento doutrinal, no direito germânico, sob a designação de *Verordnungsermessen* ou *Normsetzungsermessen*²⁹⁹, a reflectir uma discricionariedade normativa que se não circunscreve às *Verordnungen*, mas atinge também (*et pour cause*) as *Satzungen*, ainda que possuindo níveis diversos, em função do tipo normativo a que se reportam³⁰⁰. A densificação deste conceito permite sublinhar duas ideias: a primeira acentua a natureza simultaneamente criadora e executiva própria dos regulamentos³⁰¹, os quais, na medida em

²⁹⁸ Designadamente no que toca ao âmbito de controlo jurisdicional das normas emitidas ao abrigo da discricionariedade normativa – o que leva à questão de saber se esta discricionariedade se assemelha à discricionariedade administrativa (*stricto sensu*) ou se aproxima da discricionariedade legislativa (cf. nota seguinte).

²⁹⁹ Cf., v. g., SAURER, *Die Funktionen...*, cit., pp. 260 e ss., perspectivando o problema no contexto do âmbito dos poderes de controlo jurisdicional; OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., pp. 402 e ss. (embora considerando que existe uma distância grande entre a discricionariedade administrativa – concebida como discricionariedade no âmbito da prática de actos administrativos – e a discricionariedade regulamentar, mais próxima, estruturalmente, da discricionariedade legislativa, ainda que esta tenha como suporte uma legitimidade democrática directa); v. também OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 209. Não se trata, porém, de terminologia uniforme na doutrina e na jurisprudência alemãs, onde por vezes se recusa a propriedade do conceito de discricionariedade para esta realidade – é significativo o título da dissertação de RICHTER (citado por DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit...*, cit., p. 35, n. 151): *Sind die Grundsätze über die Ermessensausübung beim Erlass von Verwaltungsakten übertragbar auf den Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen?* –, propondo-se, por isso, outras designações – v., sobre esta questão, DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit...*, cit., pp. 34 e ss. (aludindo, a este propósito, a uma «confusão terminológica», e propondo a *Gestaltungsfreiheit* como categoria autónoma – *Op. cit.*, p. 178); OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., pp. 402 e s.. Cf. também, em termos esquemáticos, SCHWERTFEGGER, *Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung*, 13.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 208 e s..

³⁰⁰ Cf. BADURA, «Das Normative Ermessen beim Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen», in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, pp. 25 e ss.; MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., pp. 565 e ss.; HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 975 e 985 (nesta última, reflectindo sobre as particularidades da *Satzungsermessen*).

³⁰¹ No mesmo sentido, DANWITZ (*Die Gestaltungsfreiheit...*, cit., pp. 54 e s.) considera que o poder de emitir regulamentos administrativos partilha de uma função de normação (*Rechtssetzungsfunktion*) e de uma função de aplicação (*Rechtsanwendungsfunktion*), salientando que a aglutinação destas funções no

que consubstanciam «fontes de direito», constituem actos criadores de direito positivado, mas que, enquanto forma de actuação administrativa, se assumem como elemento dependente de uma habilitação constante de uma lei que, em grau variável, concretizam; a segunda ideia, que também já aflorámos, aponta no sentido de que o regulamento não se reconduz apenas a uma simples pormenorização de aspectos constantes da lei, mas implica valorações dentro do quadro legalmente definido. Esta discricionariedade regulamentar encontrar-se-ia a meio caminho entre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade administrativa (*stricto sensu*); poder-se-ia, por isso, aludir a um conceito amplo de discricionariedade administrativa – como faz o Supremo Tribunal espanhol³⁰² – e conceber a discricionariedade regulamentar como uma modalidade daquela, em que o titular do poder regulamentar detém uma liberdade (mais ou menos ampla) de opção ou de alternativas, no interior das balizas desenhadas pela norma exequenda. Mais do que as diversas questões dogmáticas suscitadas a propósito deste conceito, importa sublinhar as vantagens que proporciona ao nível da percepção das funções assumidas pelo regulamento, relacionando-as com a existência de uma maior ou menor liberdade de conformação da Administração ao nível do exercício do seu poder normativo, consoante a maior ou menor abertura proporcionada pelo legislador. Como repetidas vezes afirmámos, perimida que está qualquer concepção defensora do carácter fechado e exclusivo das normas legais, não persistem hoje quaisquer dúvidas sobre a abertura da lei ou a existência de uma legislação aberta, a necessitar (ou mesmo a pressupor) uma intervenção complementadora³⁰³.

Avançando mais um passo, a convocação da experiência alemã assume relevância igualmente decisiva, quando associa a diferente intensidade da «discricionariedade regulamentar» dos regulamentos ao alcance do controlo judicial que sobre eles incide (considerando que tal controlo reflecte apenas sobre a legalidade/juridicidade – e, por conseguinte, sobre os aspectos vinculados – dos actos normativos da Administração)³⁰⁴.

mesmo acto não pretende tornar fungível a diferença entre criação (*hoc sensu*, emanação de normas positivas) e aplicação do direito (*i. e.*, realização do direito no caso concreto).

³⁰² Cf. BASSOLS COMA, «El Control...», cit., p. 48, citando uma Sentença do Tribunal Supremo, de 13.11.2000.

³⁰³ Neste sentido, OSSENBÜHL («Der Verfassungsrechtliche Rahmen...», cit., p. 1), louvando-se em Geitmann, caracteriza precisamente a «legislação aberta» (*offene Gesetzgebung*) como aquela que necessita de ser complementada, quer por normas infra-legislativas, quer por actos individuais e concretos; consciente de que se trata de uma realidade transversal, que afecta toda a legislação actual, o Autor reconhece, porém, a existência de motivos diversos para o fenómeno.

³⁰⁴ V. OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., pp. 403 e ss.. Valem aqui considerações similares às que pautam a disciplina do âmbito dos poderes de jurisdição nas acções relativas a actos administrativos: envolvendo a habilitação legal alguma liberdade de conformação normativa, não caberá ao juiz identificar as

Esta situação demonstra com nitidez a diferença entre o fundamento do poder regulamentar (assente, em qualquer circunstância, no princípio da legalidade) e as condições de vinculação *relativamente à lei*, tendo em conta que a discricionariedade consubstancia – também ela – uma concessão *legislativa*: mesmo nos casos de regulamentos independentes, o fundamento da sua emissão alicerça-se na lei que prevê a emissão desse regulamento e que, quanto a esta última, consagra um espaço de apreciação do órgão competente na tarefa de emissão de normas.

Da noção avançada de discricionariedade regulamentar decorre que esta propriedade não é específica dos regulamentos que prosseguem uma função de dinamização da ordem jurídica: se a mesma estará excluída ou revestirá um grau muito diminuto quanto aos regulamentos se encontra cometida uma função de execução da lei, assume uma relevância superior quando está em causa a função de dinamização legislativa e atinge um alcance maior nas hipóteses em que o regulamento desempenha a função de dinamização da ordem jurídica – daí o respectivo tratamento nesta sede. Por outro lado, nem sempre a função de dinamização da ordem jurídica estará associada a um nível *máximo* de discricionariedade (em que ao órgão administrativo caiba a decisão sobre o *an*, o *quando* e o *quomodo* da regulamentação): basta atentar nas situações em que o legislador, embora conceda à Administração o poder de delinear, com abertura, o conteúdo das normas regulamentares, preveja um dever de emitir o regulamento. No que tange à relação entre discricionariedade regulamentar e funções do regulamento, constitui nota característica da *intensio* da função que agora analisamos a existência de discricionariedade regulamentar quanto à modelação do conteúdo normativo.

II. A fundamentação da função de dinamização da ordem jurídica encontra-se num revitalizado entendimento do princípio da legalidade e, sobretudo, do princípio da separação e interdependência de poderes, bem como de uma compreensão revigorada do esquema de «fontes de direito». Só desta forma regressamos ao âmago do conceito de função administrativa, enquanto função dirigida à prossecução de fins heteronomamente definidos: ao regulamento (como forma da actividade administrativa) compete uma densificação e uma frutificação das opções político-normativas fulcrais, sendo certo que

soluções a consagrar regulamentarmente, mas apenas condenar na emissão do regulamento e definir as vinculações (desde logo, de nível principal) a observar pela Administração (cf. também, ainda que a propósito da declaração de ilegalidade por omissão, o nosso trabalho «Cedências para o Domínio Municipal: Algumas Questões», in: *Direito Regional e Local*, n.º 4, Outubro/Dezembro 2008, p. 33).

tais opções são definidas, em primeira linha, pela lei³⁰⁵ (e, em certos casos, por fontes normativas europeias e internacionais).

Esta compreensão do regulamento não pretende restaurar qualquer paradigma que conceba a actividade legislativa como o “acto essencial de captação do direito” a ocorrer no quadro de um “mundo de objectos racionais gerais”³⁰⁶ e erija a lei como instrumento racional da vontade popular dotada de um carácter ético, por força da generalidade que lhe seja inerente³⁰⁷ e à qual caiba a dignidade privilegiada de estabelecer os princípios fundamentais de todos os regimes jurídicos. O já assinalado fenómeno de *des-sacralização* da lei permite concluir que tal concepção se encontra totalmente perimida, afigurando-se imprestável para a realidade actual: não só a lei constitui apenas uma “expressão da vontade das maiorias que ocasionalmente detêm o poder legislativo”, como também “«fazer leis» é hoje o mesmo que «fazer política»”³⁰⁸. Contudo, a rejeição desta compreensão da lei não equivale a obliterar o sentido fundamental da função legislativa, sobretudo quando confrontada com a função administrativa. Não se trata da defesa de um regresso às origens, mas de compreender que a actividade normativa não pode ser desenvolvida na sua totalidade pelo legislador (mesmo quando este é o Governo), verificando-se a existência de imperativos práticos que determinam, em certos âmbitos, que aquele possa remeter uma parcela dessa actividade para a Administração, tendo em conta que “a vontade política da comunidade não se afirma exclusivamente em fazer leis”³⁰⁹.

Sem prejuízo da ideia segundo a qual o legislador tem uma «prerrogativa na definição da necessidade de normação»³¹⁰, torna-se possível desonerar a lei, descarregando para os órgãos administrativos as tarefas relacionadas com questões menos significativas, com situações dotadas de grande mutabilidade, mais próximas do objecto a regular,

³⁰⁵ Não ignoramos que, no quadro do direito português, a questão se complexifica porquanto a lei delimitadora da actividade administrativa abrange, quanto alguns pontos, o decreto-lei proveniente do Governo, em simultâneo órgão legislativo e órgão superior da Administração Pública: daí Paulo OTERO (*O Poder...*, cit., p. 627) aludir ao facto de o princípio da legalidade se não assumir sempre como uma heterovinculação para Administração, passando a ser, pelo menos para o Governo, uma forma de autovinculação.

³⁰⁶ Rogério SOARES, «Sentido e Limites da Função Legislativa no Estado Contemporâneo», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, cit., pp. 436 e 439, respectivamente.

³⁰⁷ Rogério SOARES, «Princípio da Legalidade...», cit., p. 172; cf. também, do mesmo Autor, «Sentido e Limites...», cit., p. 438.

³⁰⁸ Barbosa de MELO, *Sobre o Problema...*, cit., p. 9.

³⁰⁹ Rogério SOARES, «Princípio da Legalidade...», cit., p. 180.

³¹⁰ V. HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, München, 2006, p. 712, referindo-se à *Prärogative bei der Bestimmung des Normierungsbedürfnis*.

dificilmente previsíveis ou de pendor acentuadamente técnico³¹¹. Aliás, este objectivo de evitar a excessiva pormenorização da lei e, por conseguinte, a facilitação da tarefa do Parlamento (que deixaria de se debruçar sobre aspectos minuciosos) constituía o fim originário da própria *delegated legislation*, que, como vimos, mais tarde acaba por degenerar³¹². Por outro lado, só se alcançará o objectivo da *justeza* das decisões normativas se as mesmas forem adoptadas pelo órgão mais apetrechado, quanto à organização, função, forma e procedimento³¹³ – o que permite a conversão dos regulamentos nos “instrumentos operativos em que assenta o quotidiano da vida jurídica dos Estados modernos”³¹⁴. Os regulamentosvolvem-se, então, em normas jurídicas, emanadas pela Administração e destinadas a concretizar e a implementar as políticas públicas nacionais e (cada vez mais) as políticas europeias, assumindo-se como “normas jurídicas concretizadoras de escolhas políticas plurais e multiformes”³¹⁵.

Mas não se alegue também que constitui esta posição uma cedência do direito à pressão dos factos, que vergariam as exigências ditadas pelo (entendimento tradicional do) princípio da legalidade. Trata-se de relocalizar os papéis a desempenhar pelas diversas «fontes de direito» no horizonte de um ordenamento complexo, em que a lei não se poderá assumir como a fonte primária em todas as matérias – sendo, em certos casos, reiteramos, substituída por actos normativos de direito europeu e de direito internacional. Neste quadro, e no âmbito do direito interno, o regulamento surge como «técnica de colaboração da Administração com o poder legislativo» ou como um «instrumento de participação da Administração na ordenação da Sociedade»³¹⁶, cuja relevância reside na circunstância de o mesmo servir a actuação de um programa legislativo – o poder normativo público compreende-se, pois, como um todo, cuja prossecução compete, embora com funções e posições necessariamente diferenciadas, ao legislador (no caso português, parlamentar ou governamental) e aos órgãos da Administração³¹⁷.

³¹¹ Cf. Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 98; BADURA, «Das Normative Ermessen...», cit., p. 27; HÄBERLE, *Öffentliches Interesse...*, cit., p. 85.

³¹² V. também ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., p. 108, criticando, na linha do que já referimos *supra*, que, embora originalmente bem intencionado, o fenómeno da *delegated legislation* redundou numa atribuição de poderes normativos aos entes executivos, mesmo em matérias relevantes (*matters of principle*).

³¹³ Gomes CANOTILHO, «Relatório...», cit., p. 456, aludindo ao complexo problema da escolha da forma de normação.

³¹⁴ M. Aroso de ALMEIDA, «Os Regulamentos...», cit., p. 512.

³¹⁵ Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 191.

³¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 259.

³¹⁷ Em sentido próximo, SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 326.

Não se trata, além disso, de ideia totalmente estranha ao direito positivado. Como resulta das considerações que tecemos a propósito da declaração de ilegalidade por omissão, sempre que se conclua, por interpretação, que a operatividade de uma lei determinada pressupõe a emissão de um regulamento, existe um dever de regulamentar – nesta hipótese, o legislador não terá querido tomar sobre si a tarefa da disciplina integral de determinada matéria, procurando uma articulação equilibrada com o poder regulamentar³¹⁸ e conferindo à Administração um âmbito de «preferências de decisão» (*Entscheidungspräferenzen*)³¹⁹. Aliás, a acentuação do princípio da separação e *interdependência* de poderes leva justamente ínsita a ideia de que, se a acção administrativa carece sempre de uma intervenção legislativa prévia, também o legislador necessita da acção administrativa para levar a cabo as opções de fundo (os fins públicos) por ele definidas – em total harmonia com o reconhecimento ao poder administrativo de “uma legitimidade e um lugar próprios no concerto dos poderes estaduais”³²⁰. Concordamos, por isso, com Hans Peters, quando salienta que, se a democracia conferiu ao poder legislativo um carácter constitutivo, não o erigiu como o único poder, dominador de todos os outros, sobretudo quando se tem em conta que a Administração, enquanto poder autónomo ou independente (*hoc sensu, eigenständig*), com tarefas e responsabilidades próprias, possui um ineliminável fundamento constitucional e uma irredutível dimensão criadora³²¹; ou ainda, se quisermos citar as expressivas palavras de Ossenhühl, reagindo contra uma concepção da função administrativa como estrita execução das leis submetida a um controlo judicial, a Administração não se encontra entalada entre o primeiro e o terceiro poderes estaduais³²². No plano do exercício do poder regulamentar, esta concepção possui uma tradução interessante no artigo 97.º da Constituição espanhola, que autonomiza a função executiva (*stricto sensu*) do poder regulamentar do Governo. É que, embora a lei

³¹⁸ Neste sentido, EISELE, *Subjektive Öffentliche Rechte...*, cit., p. 203 (cf. p. 204, para as salvaguardas a estabelecer sempre que esteja em causa matéria reservada).

³¹⁹ ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 90.

³²⁰ Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 376.

³²¹ Hans PETERS, *Die Verwaltung...*, cit., pp. 29 e 32; cf. ainda SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 51, e *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 198 e ss., propugnando, nesta última obra, uma renovada compreensão do princípio da separação de poderes, cuja delineação não se revela constitucionalmente pré-existente, mas se encontra alicerçada no artigo 20 da *Grundgesetz*. Especificamente quanto ao poder regulamentar, HOFFMANN-RIEM («Gesetz...», cit., p. 58) concebe-o como uma competência normativa própria constitucionalmente reconhecida.

Aliás, no quadro da Constituição francesa, os termos em que se encontra traçada a distinção do domínio da lei e do domínio do regulamento leva alguma doutrina a considerar que se as normas regulamentares se apresentam como inferiores à lei, a verdade é que o poder executivo domina largamente o poder legislativo – assim, DEPUSSAY, «Hiérarchie...», cit., pp. 434 e s..

³²² OSSENHÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 197 (*eingeklemmt zwischen erster und dritter Gewalt*).

se identifique com um “acto de conteúdo aberto”, não se pode radicalizar acriticamente a posição segundo a qual “os parlamentos teriam os poderes do rei Midas: tudo o que tocam, podem converter em acto legislativo”, sob pena da dissolução de princípios estruturantes e de abuso da forma como modo de expansão das competências³²³.

Em suma, o princípio da separação de poderes exige uma Administração como função estadual autónoma, não degradada em órgão executor do Parlamento e em “instância programada pela lei” (*gesetzlich programmierte Instanz*)³²⁴, mas com iniciativa e poder criativos próprios no âmbito da prossecução do interesse público³²⁵. Aliás, no caso dos órgãos cimeiros das diversas administrações territoriais, poder-se-á afirmar que estes, na medida em que resultantes, directa ou indirectamente, do sufrágio universal, constituem expressão do princípio da soberania popular; idêntico raciocínio, com as devidas adaptações, é passível de formulação a propósito das administrações autónomas não territoriais³²⁶.

Transpondo as considerações precedentes para a temática do poder regulamentar, temos que, se a lei se continua a assumir como fundamento da actividade normativa da Administração, não pode ter a pretensão de, em toda e qualquer hipótese, comprimir (excluindo) a possibilidade de emanação de regulamentos administrativos, impondo-se-lhe uma auto-contenção em nome do princípio da separação de poderes (sem prejuízo, naturalmente, do respeito pela reserva de lei)³²⁷. A defesa de uma colaboração profunda entre Legislador e Administração (na vertente do exercício do poder regulamentar) permite compreender que o poder executivo não consubstancia um poder hierarquicamente inferior perante o poder legislativo, mas, pelo contrário, encontra-se ao seu lado numa posição equivalente³²⁸: um entendimento adequado do princípio da separação de poderes e uma

³²³ Gomes CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional 24/98», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3887/3888, ano 131.º, Julho/Julho 1998, p. 91.

³²⁴ HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit...», cit., p. 630, relativamente à concepção tradicional (que remonta a Otto Mayer) da Administração Pública.

³²⁵ Hans PETERS, «Verwaltung...», cit., p. 214.

³²⁶ Sobre os diversos graus de legitimidade democrática das administrações, v. Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 632 e ss..

³²⁷ Cf. POLITI, «Regolamenti...», cit., p. 6.

³²⁸ Cf. Hans PETERS, *Die Verwaltung...*, cit., pp. 12 e s., a propósito do princípio da separação de poderes e do respectivo relacionamento. Daí que alguma doutrina, com propósitos *exclusivamente explicativos*, assimile, pelos motivos identificados em texto, a produção normativa regulamentar (*maxime*, quando corporizada em regulamentos independentes) ao exercício de uma função materialmente legislativa, correspondente a emissão de regulamentos a um *power to make laws* – cf., v. g., Pedro GONÇALVES, «O Direito...», cit., p. 555. E com esta asserção não pretendimos aderir à posição de SANDULLI (*L'Attività...*, cit., pp. 37, 92 e ss.), na medida em que o Autor entende que a diferença entre o poder legislativo e o poder normativo da Administração repousa tão-só na forma (*rectius*, na proveniência dos actos normativos), mas

concepção actualizada das funções normativas desempenhadas pelos poderes estaduais no horizonte de um sistema jurídico cada vez mais entrecido pelas malhas do direito internacional e europeu. Como defende Schmidt-Aßmann³²⁹, o poder normativo da Administração não se volve numa simples execução de decisões pré-fabricadas pelo legislador, mas constitui um instrumento de auto-programação (*Selbstprogrammierung*, *Eigenprogrammierung*) da Administração Pública, dentro de um *quadro* legal definido por lei, concebendo-o como um instituto acessório da lei (*gesetzesakzessorisches Institut*). Neste sentido, se a lei se assume como “instrumento normativo de cumprimento de um plano constitucional”³³⁰, o regulamento constitui o instrumento normativo de realização e concretização de um plano legislativo.

A percepção da relevância da função de dinamização da ordem jurídica conferida ao regulamento atinge o seu auge, quando aquele se destina a implementar políticas europeias, constituindo uma expressão (embora ainda estadualizada) dos *new modes of governance*, compreendidos como *policy-making without legislating* – está, nesta altura, em causa uma europeização da auto-programação administrativa³³¹.

III. A defesa da assunção pelo regulamento de um papel preponderante na dinamização da ordem jurídica, sedimentada sobre uma compreensão renovada do princípio da legalidade e do princípio da separação de poderes pressupõe que agora se teste a sua utilidade no direito português, bem como se analise a respectiva conformidade constitucional.

α) Em primeiro lugar, deveremos examinar se se verificará a necessidade de reconhecimento de um poder regulamentar governamental (independente) cumpridor de uma função de dinamização da ordem jurídica num cenário jurídico, em que a Constituição comete ao Governo o exercício da função legislativa através de decreto-lei, possuindo aquele órgão, nas matérias não abrangidas pelos artigos 164.º e 165.º, uma competência legislativa concorrente com a Assembleia da República³³². É este reconhecimento que

não no seu conteúdo. A afirmação de uma função de dinamização da ordem jurídica não pretende, pois, negligenciar a diferenciação entre a função legislativa e a função administrativa.

³²⁹ SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 326.

³³⁰ A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., p. 87, comentário 5.1..

³³¹ Cf. HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 1017 e 1015, respectivamente.

³³² Salienda Gomes CANOTILHO («“Discurso Moral” ou “Discurso Constitucional”, “Reserva de Lei” ou “Reserva de Governo”?»), in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, p. 716) que “a Constituição Portuguesa consagra a mais governamental estrutura normativa de quadrantes jurídico-constitucionais semelhantes ao nosso”.

converge para a inexistência de uma repartição de matérias entre a competência legislativa do Parlamento e a competência regulamentar do Governo (à semelhança do que sucede em França) ou que impede suscitarem-se os mais agudos problemas relativos à deslegalização enquanto forma de descongestionamento da actividade (mais que legislativa) parlamentar (como acontece nos direitos francês, inglês e norte-americano).

(i) O problema da escolha da forma de normação constitui uma das questões mais complexas, num ordenamento, como o nosso, pautado pela ausência de racionalidade³³³. Julgamos, por isso, que possui algum sentido aludir às vantagens aduzidas pelo exercício de um poder regulamentar independente mesmo pelo Governo, numa tentativa de resposta à pergunta “que *escalão normativo* e respectiva forma deve ser escolhido para a regulação de determinada matéria?”³³⁴.

É certo que, embora dotado de relevância decisiva para o nosso problema, se não revela suficiente (ou, pelo menos, totalmente decisiva) a mobilização do argumento – já desenhado, entre nós, por Afonso Queiró³³⁵ –, de acordo com o qual nada impede que, no campo da normação primária ou inicial fora da reserva, a intervenção normativa revista a forma de regulamento, uma vez que o Parlamento não está obrigado a ocupar-se dele, podendo mesmo “esquecer-se de legislar”: se a Assembleia da República “se esquecer de legislar”, o Governo poderá fazê-lo através de decreto-lei. Todavia, acrescenta o nosso Professor, “o Executivo em globo, também ele muito ocupado, pode, por sua vez, abster-se de editar decretos-leis nesse domínio”³³⁶.

Mais relevante parece-nos a consideração de que, na contraposição entre decreto-lei e regulamento do Governo, existe a vantagem da maior flexibilidade procedimental³³⁷,

³³³ Neste sentido, Gomes CANOTILHO, «Relatório...», cit., p. 455. Cf. também, sobre este problema, embora exclusivamente no plano infra-legislativo, BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 143 e s. (considerando a necessidade de desenvolvimento de uma «teoria da escolha das formas jurídicas de normação» – *Theorie der Auswahl rechtlicher Regelungsformen*).

³³⁴ Gomes CANOTILHO, «Relatório...», cit., p. 455.

³³⁵ Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 423; cf. também «A Função...», cit., p. 116.

³³⁶ Afonso QUEIRÓ, «A Função...», cit., p. 116 – ainda que o Autor, mais tarde, venha a considerar que “o Governo-legislador terá tendência para se sobrepor ao Governo-administrador, no exercício da função normativa”, actuando este apenas perante uma “pouco explicável inércia” daquele, razão por que seriam poucas as ocasiões para o exercício do poder regulamentar independente governamental (Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 237).

³³⁷ A doutrina identifica ainda outras vantagens de motivar a opção pelo Governo no sentido da emissão de um decreto regulamentar directamente fundado na Constituição, em detrimento de um decreto-lei: não sujeição ao mecanismo da apreciação parlamentar de actos legislativos, ausência de fiscalização preventiva da constitucionalidade, inaplicabilidade da proibição do retrocesso social, reforço da racionalização do procedimento governamental de decisão. Sobre esta matéria, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 616 e ss..

mesmo perante a adopção da forma decreto regulamentar (aprovado em Conselho de Ministros, carecendo ainda de promulgação e referenda). A premência suscitada pela emissão de decretos regulamentares resulta essencialmente da ductilidade e da forma mais expedita da sua elaboração, permitindo desviar do Governo-legislador questões que, exigindo normação inicial, não correspondem à definição das linhas gerais da política governamental, e, nessa medida, não estão subordinadas a uma *reserva de decreto-lei* (*hoc sensu*)³³⁸ – correspondente a uma «*reserva de direcção política*»³³⁹ –, dada a “inidoneidade [dos regulamentos] para formular juízos de valor sobre os interesses gerais da comunidade”^{340 341}. Constituindo um limite à emissão de regulamentos independentes, a

Por outro lado, a submissão dos regulamentos independentes do Governo à forma de decreto regulamentar – sujeitos, enquanto tais, a promulgação presidencial [cf. artigo 134.º, alínea *d*), da Constituição] – permite evitar a fuga ao decreto-lei (que levaria o Governo a abusar da forma decreto regulamentar para a adopção de medidas materialmente legislativas, assim impedindo o controlo presidencial) e assegura uma maior solenidade à emanação de normas administrativas que, por conterem normação inicial sobre determinada matéria, estão associadas a uma maior discricionariedade regulamentar – neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 620/2007, de 20 de Dezembro, cit., pp. 476 e s.. Além disso, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade (e da legalidade reforçada), os decretos regulamentares recebem um tratamento similar aos actos legislativos, no que tange à obrigatoriedade de recurso do Ministério Público nos casos em que os tribunais ordinários profiram uma decisão positiva de inconstitucionalidade ou de ilegalidade reforçada (cf. artigo 280.º, n.º 3, da CRP).

³³⁸ Nestes termos, já Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 233 e 234. Como se depreende do texto, a referência a uma «reserva de decreto-lei» enquanto «reserva de direcção política» em nada se confunde com a reserva de decreto-lei prevista no n.º 2 do artigo 198.º da Constituição.

³³⁹ A noção de «reserva de direcção política» deve-se à elaboração dogmática de MELERO ALONSO (*Reglamentos...*, cit., pp. 213 e ss.), ainda que encontremos já lastros desta perspectiva na literatura germânica, que expressamente se refere ao Governo como “actor de direcção/condução política” (*Akteur politischer Führung*) e à ideia de «normação governativa» (*gubernative Rechtsetzung*) – cf., respectivamente, HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit...», cit., p. 656, e BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 107 e ss.. No sentido utilizado no texto, a noção pretende assinalar o núcleo de matérias que o Governo deve disciplinar através de decreto-lei, permitindo uma distinção material entre este último e o decreto regulamentar e, simultaneamente, uma diferenciação entre as funções legislativa e administrativa ambas cometidas ao Governo. Todavia, trata-se de uma perspectiva que não coincide integralmente com a defendida por MELERO ALONSO ou pela doutrina alemã, dadas as diferenças que, a nível constitucional, existem quanto à atribuição (ou não) de poder legislativo normal ao Governo – as quais acabam por, de alguma forma, minar a tese do primeiro Autor destinada a autonomizar (em termos materiais) os regulamentos do Governo face às disposições administrativas dos demais órgãos da Administração (cf. *infra*, em nota).

³⁴⁰ Jorge MIRANDA, «A Forma Legislativa», cit., p. 103.

³⁴¹ Esta concepção permite responder igualmente às críticas à existência de um «conceito hipertrofiado de regulamento» (cf. MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 90 e ss., 146 e ss.). O reconhecimento constitucional de poder legislativo normal ao Governo (inexistente em Espanha – v. o que constatámos *supra* em nota) e a (tendencial) correspondência material (que advogamos) entre a definição das linhas de política governamental e a emissão de decretos-leis permitem superar as críticas daquele Autor a um conceito demasiado amplo de regulamento. Assim, MELERO ALONSO reserva o conceito de «regulamento» para as normas emanadas pelo Governo no exercício do poder executivo (*hoc sensu*, função de direcção política) e da função administrativa e o de «disposições administrativas» para as normas emitidas pelos demais órgãos da Administração no desenvolvimento da função administrativa (*Op. cit.*, pp. 150 e s.). Com uma consequência prática determinante: a defesa de um novo estalão normativo infra-legal, definindo uma outra perspectiva das fontes de direito, na qual existiria no plano inferior à lei e uma hierarquia

identificação de uma «reserva de direcção política» aliada à reserva de lei permite uma recolocação do papéis destinados aos actos legislativos, enquanto expressão das tarefas de direcção da vida política nacional cometidas constitucionalmente ao Governo (artigo 182.º), mas também à Assembleia da República (artigo 161.º, que, de forma expressa, coliga a competência política com a competência legislativa) – a sugerir que a opção entre a forma de acto legislativo e a forma de regulamento poderá passar, com frequência, pela resolução de um problema político³⁴². Nesta medida, a necessidade da autonomização das funções dos decretos-leis e dos regulamentos independentes do Governo passa por uma distinção entre o Governo-órgão de condução da política geral do País e o Governo-órgão superior da Administração Pública, uma projecção da destrição entre as funções de *governar* e de *administrar/executar*³⁴³: enquanto à primeira vem associada a adopção de decisões de orientação política da sociedade, a segunda, por representar o exercício da função administrativa, constitui já a prossecução dos interesses definidos ao nível da primeira. Por isso, entendemos que, perante a impreteribilidade da satisfação expedita de uma necessidade social ou económica, não existe uma autêntica alternativa³⁴⁴, para o

sucessiva entre regulamentos (normas de segundo grau) e disposições administrativas (normas de terceiro grau) – cf. *Op. cit.*, p. 209.

Tal como resulta das considerações já tecidas, a noção de regulamento por nós mobilizada reporta-se a normas emitidas no exercício da função administrativa. Por este motivo, colocamos a tónica na autonomização (pelo menos tendencial) entre o exercício material de funções (legislativa e administrativa, mesmo quando são desempenhadas pelo Governo), não obstante as dificuldades que, do ponto de vista dogmático, esta concepção implica. A flexibilidade que pautava a emissão de regulamentos está directamente relacionada com o tipo de matérias em causa, em princípio, de relevância diversa para a política governamental, quando comparadas com as versadas em decreto-lei. Esta concepção permite inclusivamente ultrapassar as perplexidades suscitadas pelo carácter formal (não obstante as críticas a Gallego Anabitarte e Menéndez Rexach – cf. *Op. cit.*, p. 93) da distinção efectuada entre *reglamentos* e *disposiciones administrativas*, já que, no fundo, o *punctum crucis* da sua tese acaba por repousar não na função ao abrigo da qual aqueles actos são emitidos (não obstante a criação da figura da «reserva de direcção política» – *Op. cit.*, pp. 213 e ss.), mas no respectivo autor (Governo ou outro órgão da Administração).

Reconhecendo que não existe um conceito material constitucionalmente alicerçado de decreto-lei, o alcance da distinção aqui proposta terá, contudo, de se assumir como tendencial e com um propósito orientador.

³⁴² Neste sentido, também Jorge MIRANDA, «A Forma Legislativa», cit., p. 103.

³⁴³ Em termos próximos, embora com propósito diverso (aproximar os «regulamentos governativos» da lei e defender a hegemonia governativa no processo legislativo parlamentar), BOGDANDY (*Gubernative Rechtssetzung*, cit., pp. 107 e ss., esp.¹⁶ pp. 112 e ss., e 137) também procura alicerçar uma distinção entre Governo (*Regierung*) e Administração (*Verwaltung*), correlacionada com uma destrição entre norma governativa (*gubernative Rechtsetzung*) e norma executiva (*exekutive Rechtsetzung*) – uma distinção especialmente complexa no direito alemão e, em geral, como acentua o Autor, no direito continental (quando comparada, v. g., com o direito inglês), onde o conceito de «governo» adquiriu uma conotação orgânica negativa, ligada à absolutização do poder.

³⁴⁴ Mas não em virtude dos fundamentos aduzidos por L. Cabral de MONCADA, «O Regulamento Independente no Direito Português – Ac. do STA de 9.10.2008, P. 371/08», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 77, Setembro/Outubro 2009, p. 27, Autor que considera inexistir tal alternativa, por o Governo dever adoptar as normas em causa sempre sob a forma de decreto-lei, com menoscabo das

Governo, entre emanar um decreto-lei ou um regulamento, tudo dependendo da finalidade da actuação visada (d direcção política ou execução de um programa legislativo).

E, se concordamos que a Constituição não recorta com rigor uma distinção entre função legislativa e função administrativa, nem entre acto legislativo e regulamento – porque, como também já acentuámos, não estabelece uma autonomização entre domínio da lei e domínio do regulamento –, tal não dissipa a possibilidade de uma destrinça, pelo menos tendencial e de pendor teleológico, entre funções, a postular uma correspondência (igualmente tendencial) entre acto e função³⁴⁵. Em conformidade, os regulamentos independentes do Governo traduzem agora uma forma de “criar *ex novo* um mínimo de ordem na realização das tarefas de assistência vital e de conformação da vida social a determinados padrões de justiça”, não se limitando a executar uma lei, mas a dinamizar o bloco da juridicidade, nos seus valores e princípios fundamentais, mas sempre no respeito da Constituição e das leis^{346 347}.

(ii) O impacto desta perspetivação do poder regulamentar do Governo alcança mais fundo, se se admitir a emissão, por parte daquele, de regulamentos directamente fundados na Constituição. A possibilidade de emissão de regulamentos independentes pelo Governo encontra-se intimamente conexcionada com a superação de um modelo liberal de Estado e o concomitante acréscimo de tarefas a cargo da Administração – daí que, nos termos da Constituição, o Governo tenha competência para “praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas” [artigo 199.º, alínea g)], e, por conseguinte, a adopção de quaisquer medidas, tomadas sob qualquer das formas de actuação administrativa admissíveis, que sejam consideradas idóneas e imprescindíveis à satisfação daquelas finalidades, entre as quais se inclui a emissão de normas administrativas (*i.e.*,

exigências do princípio da separação entre funções estaduais; é que as maiores exigências colocadas pela Lei Fundamental à emissão de decretos-leis (aí incluindo a susceptibilidade de fiscalização preventiva) decorrem justamente do facto de os mesmos constituírem *actos da função legislativa*.

³⁴⁵ V. a análise empreendida, a este propósito, por M. Aroso de ALMEIDA, «Os Regulamentos...», cit., pp. 513 e ss..

³⁴⁶ Afonso QUEIRÓ, «A Função...», cit., p. 117.

³⁴⁷ Aos regulamentos independentes opõem-se, porém, certos limites decorrentes das reservas legislativas constitucionalmente estabelecidas. Desde logo, não pode o Governo socorrer-se da forma de decreto regulamentar para disciplinar originariamente matérias de reserva de lei: se assim não fosse, estaria a admitir-se, defraudando a reserva parlamentar constitucionalmente consagrada, que o Governo fizesse, através de regulamento, algo que lhe estava vedado por decreto-lei ou que só poderia fazer mediante decreto-lei autorizado. V. ainda o que diremos *infra* quanto às possibilidades de emissão de regulamentos independentes em matéria reservada.

materialmente caracterizadas pela emanação no exercício da função administrativa), subtraídas à solenidade característica dos actos legislativos e com uma especial vocação para funcionarem como intermediário entre aquelas e a realidade histórico-concreta³⁴⁸.

E não se argumente contra a possibilidade de emanar regulamentos independentes com uma eventual violação do princípio da legalidade: como acentuámos *supra*, o fundamento do poder regulamentar exige que a emissão de regulamentos assente numa base legal *ou constitucional*; além disso, a osmose legalidade/constitucionalidade, causada pela superação do princípio da legalidade em resultado da assunção do princípio da juridicidade (onde a constitucionalidade necessariamente se integra), permite, salvo nas situações em que a própria Lei Fundamental exige uma *interpositio legislatoris*, a emanação de regulamentos fundados na Constituição, conferindo um novo sentido ao disposto no n.º 2 do artigo 266.º (quando determina a subordinação da Administração à Constituição e à lei)³⁴⁹.

Contra esta posição não se invoque igualmente o disposto no n.º 6 do artigo 112.º da Constituição, no sentido de que, exigindo este preceito a precedência de uma lei que defina a competência objectiva e subjectiva para a emissão de regulamentos, nunca poderia o Governo actuar com base numa pretensa credencial directa assente numa norma constitucional³⁵⁰. Na verdade, sempre se poderá afirmar que o artigo 199.º da CRP consubstancia uma norma especial em face do n.º 6 do artigo 112.º ou uma concretização especial deste último, sendo que, na própria perspectiva do legislador constituinte, da observância do princípio da precedência de lei – interpretado no sentido da exigência de uma lei prévia que estabeleça a competência objectiva e subjectiva para a emissão

³⁴⁸ Se a competência para a emissão de regulamentos independentes pode fundar-se logo na alínea c) do artigo 199.º, considerando-se que a referência à “elaboração dos regulamentos necessários à boa execução das leis” se não reporta a uma lei concreta, mas à execução de todo o bloco da legalidade (e também não apenas todo o bloco das leis, *hoc sensu*, actos legislativos internos), não persistirão dúvidas se a alcançarmos na alínea g), onde necessariamente se incluirão os regulamentos independentes. Cf., v. g., Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 227 e s.; Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., pp. 107 e ss., e *Legalidade...*, cit., pp. 208 e ss.; Rui MEDEIROS, «Artigo 199.º», cit., p. 724, anotação X.

Diversamente, v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 73, anotação XXVIII ao artigo 112.º, defendendo que a alínea g) do artigo 199.º da Constituição não pode fundamentar um poder regulamentar independente do Governo, dado o seu carácter genérico, o qual não se revela susceptível de, por si só, envolver o exercício de determinada competência ou a utilização de determinados instrumentos ou formas constitucionais. Adoptando uma posição na mesma linha, L. Cabral de MONCADA, «O Regulamento...», cit., p. 28.

³⁴⁹ V. Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 568 e 573. Sobre o princípio da juridicidade, cf., por todos, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., pp. 37 e ss.; v. também Freitas do AMARAL, «O Princípio da Legalidade», in: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 77 e ss..

³⁵⁰ Assim, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., pp. 72 e s., anotação XXVIII ao artigo 112.º.

regulamentar – excluem-se os decretos regulamentares do Governo (cada um deles), que encontram a respectiva definição logo ao nível do texto constitucional. Não se trata, pois, de propugnar uma qualquer interpretação restritiva ou correctiva do princípio da precedência de lei, mas, pelo contrário, de advogar uma extensão do respectivo conteúdo, em termos de admitir que, quando estejam em causa decretos regulamentares do Governo, estes possam encontrar o seu fundamento directo numa norma constitucional.

β) A necessidade de emissão de normas primárias sob certa matéria ao nível da Administração não se esgota no poder regulamentar do Governo, mas vai muito para além disso, como fica demonstrado pela autonomia normativa da Administração autónoma (i) e pela extensão dos poderes regulamentares conferidos às entidades reguladoras (ii).

(i) Com efeito, a opção por este entendimento possui reflexos inelimináveis nas hipóteses em que a Constituição vem conferir a certos entes da Administração um poder de autonomia normativa (como sucede, *v. g.*, com as regiões autónomas³⁵¹, as autarquias locais ou as universidades). Recorde-se que a admissibilidade dos regulamentos autónomos³⁵² constitui uma decorrência da razão de ser, o cerne, das próprias entidades administrativas autónomas e do princípio da autonomia local³⁵³. O reconhecimento de

³⁵¹ Adoptando uma posição diversa (no sentido de que as regiões autónomas dispõem apenas de autonomia normativa de nível legislativo e não de autonomia normativa de nível regulamentar), cf. Casalta NABAIS, «A Autonomia Local (Alguns Aspectos Gerais)», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito (número especial), Coimbra, 1993, pp. 123 e ss..

³⁵² Enquanto uma das formas de regulamentos independentes, *i. e.*, enquanto normas que estabelecem uma disciplina inicial sobre determinada matéria que integra o conjunto de interesses próprios cuja prossecução está a cargo da entidade pública integrada na Administração autónoma, constituindo o resultado de um poder de produção normativa primário. Sobre o conceito de regulamento autónomo, cf. também Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., pp. 66 e s. (n. 59). *V. ainda*, para a adopção de um conceito idêntico, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 229; Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 270. Já Vital MOREIRA (*Administração Autónoma e Associações Públicas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 186) efectua, dentro da noção de «regulamentos autónomos» (concebido como os “emitidos pelos organismos da administração autónoma” – *Op. cit.*, p. 182), uma distinção entre os regulamentos independentes (na acepção de regulamentos relativamente aos quais a lei define apenas a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão) e os regulamentos executivos ou complementares. Para este Autor, o conceito restrito de regulamento autónomo assenta num critério subjectivo (*v.*, porém, *Op. cit.*, p. 181), enquanto as noções de regulamento independente, executivo e complementar relevam já do critério do grau de subordinação relativamente à lei.

³⁵³ Neste sentido, Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., *passim*, esp.^{te} pp. 27 e ss., *O Dever...*, cit., pp. 307, 368 e ss., e *Os Direitos...*, cit., p. 351; Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., pp. 185 e s., n. 167 (cf. também pp. 197 e ss.; sobre os níveis de autonomia normativa, cf. pp. 116 e s); F. Alves CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 340 e s.; Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 270 e ss.; A. Cândido de OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 291 e ss.; Rui MEDEIROS, «Artigo 241.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 486, anotação II.b)ii).

poder regulamentar às entidades da Administração autónoma – enquanto uma das formas da sua autonomia normativa³⁵⁴ – representa uma expressão da «descentralização regulativa»³⁵⁵ que marca o nosso sistema jurídico. Neste contexto, o poder regulamentar assume a função de “[dar] voz a interesses parcelares a que a representação parlamentar é por vezes surda”³⁵⁶. Assim se compreende que as dúvidas sobre o alcance da discricionariedade regulamentar se esbatam quando estão em causa os regulamentos autónomos, na medida em que estes espelham uma ideia de democracia, por serem emitidos por órgãos (directamente) representativos das comunidades que constituem o respectivo substrato³⁵⁷.

O que se coaduna perfeitamente com a ideia segundo a qual a descentralização administrativa pressupõe a existência de uma realidade sociológica (sócio-económica) marcada pela solidariedade dos membros de uma colectividade com interesses próprios e distintos dos interesses nacionais gerais, interesses esses geridos por órgãos eleitos directamente por aquela comunidade e, nessa medida, portadores de uma vontade e de um poder de decisão (uma «capacidade de auto-regulação») próprios³⁵⁸. Esta ideia confere ao poder regulamentar a legitimação democrática própria da Administração autónoma³⁵⁹.

No âmbito específico dos regulamentos emanados no exercício da autonomia universitária, cf. Luís Pereira COUTINHO, *As Faculdades Normativas Universitárias no Quadro do Direito Fundamental à Autonomia Universitária: O Caso das Universidades Públicas*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 148 e ss.. Também na Alemanha se recorta uma categoria regulamentar, enquanto expressão da autonomia da Administração autónoma: reportamo-nos, evidentemente, às *Satzungen*, enquanto regulamentos alicerçados na autonomia normativa daquelas entidades (cf., v. g., BADURA, «Das Normative Ermessen...», cit., p. 27 e s.; RUFFERT, *Grundlagen...*, cit., pp. 1118 e s.; HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 978 e ss.).

Diversamente, AFONSO QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 229 e s.; Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 188 e ss..

³⁵⁴ Esclarece Vital MOREIRA (*Administração...*, cit., p. 181) que as normas emitidas pelos entes autónomos podem ser de dois tipos: regulamentos autónomos (normas unilaterais) e «convenções jurídicas» (normas estabelecidas por convenção entre dois ou mais entes administrativos, para vincularem os seus membros ou os seus dependentes).

³⁵⁵ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 704 (cf. ainda p. 843). V. também Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 272.

³⁵⁶ L. Cabral de MONCADA, *Lei...*, cit., p. 1089.

³⁵⁷ V. BADURA, «Das Normative Ermessen...», cit., p. 28.

³⁵⁸ Neste sentido, Baptista MACHADO, «Participação e Descentralização», in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-2-3-4, ano XXII, Janeiro/Dezembro 1975, pp. 27 e s. (embora o Autor se esteja apenas a referir aos pressupostos da descentralização territorial). Referindo-se à «capacidade de auto-regulação», cf. José de Melo ALEXANDRINO, «Direito das Autarquias Locais», in: Paulo OTERO/Pedro GONÇALVES (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 80.

Por não se destinarem unicamente à prossecução de interesses públicos autárquicos já não integram a categoria dos regulamentos autónomos os planos urbanísticos municipais, os quais configuram, na realidade, verdadeiros *regulamentos autorizados* – i. e., regulamentos que, incidindo sobre matérias reservadas, correspondem a um “alargamento da esfera do poder regulamentar das autarquias que, para além dos assuntos próprios definidos no respectivo estatuto, ficam com a possibilidade de, em certa medida, se substituírem ao legislador, por autorização expressa deste, normalmente para efeitos de executarem ou

Os regulamentos autónomos da Administração autónoma caracterizam-se como uma forma de auto-determinação democraticamente legitimada, como o «poder de dar-se um ordenamento»³⁶⁰: daí que conheçam sempre limitações relativas ao *objecto* (apenas podem incidir sobre matéria incluída nas atribuições da pessoa colectiva pública em causa e, por conseguinte, são uma expressão do núcleo de funções que lhe estão cometidas) e aos *destinatários* (membros da colectividade que constituem o substrato pessoal da entidade pública)^{361 362}.

(ii) Todavia, uma possibilidade alargada de emissão de regulamentos independentes surge também aberta relativamente a outros entes administrativos. Tivemos oportunidade de sublinhar já o relevo dos poderes regulamentares conferidos às entidades reguladoras (cf., *supra*, 2.5.), onde avultam as disposições legais que conferem aos órgãos executivos a competência para emanar os regulamentos necessários à prossecução das atribuições da

complementarem leis específicas em condições determinadas”, coordenando interesses nacionais, regionais e locais, gerais ou especiais (Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., pp. 4 e s., e *Sumários de Direito Administrativo II*, polic., Coimbra, 2009, p. 7). Tratando-se do exercício de um poder regulamentar para lá dos limites da autonomia normativa constitucionalmente consagrada (e orientada, como vimos, para a prossecução de interesses próprios dos entes autónomos), poder-se-ia questionar a legitimidade constitucional dos planos urbanísticos municipais, na medida em que a disciplina jurídica que estabelecem contende com matéria reservada (*maxime*, mas não só, com o regime do direito de propriedade). Tal como, entre nós, já demonstrou cabalmente F. Alves CORREIA (*O Plano...*, cit., pp. 338 e ss., que seguimos de perto), também neste domínio o princípio da reserva de lei deve ser entendido com elasticidade, visto que um entendimento rígido do mesmo relativamente à delimitação do regime do direito de propriedade do solo, a proibir qualquer intervenção normativa da Administração, conduziria a resultados absurdos de um ponto de vista lógico e prático; por outro lado, o princípio da reserva de lei não proíbe remissões normativas da lei para o regulamento, desde que a lei seja suficientemente específica na delimitação da competência subjectiva e objectiva para a sua emissão e, por conseguinte, na indicação dos poderes conferidos; por último, a legitimidade constitucional dos planos urbanísticos sai confortada pelo seu reconhecimento constitucional na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 65.º, que fixa como tarefa do Estado (extensivamente interpretado de forma a abranger também as autarquias locais) a elaboração de planos de urbanização no contexto da garantia do direito à habitação (sobre este último ponto, v. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 837 e s., anotação VII ao artigo 65.º).

³⁵⁹ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 23, a propósito da legitimação autónoma da *Selbstverwaltung*.

³⁶⁰ Almeno de SÁ, *Administração do Estado, Administração Local e Princípio da Igualdade no Âmbito do Estatuto do Funcionário*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1985, p. 22. Em sentido idêntico, a propósito da autonomia universitária, DEMURO, *Le Delegificazioni...*, cit., p. 108.

³⁶¹ V. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 182; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 359. Atente-se, porém, que os regulamentos da Administração autónoma podem, em certas circunstâncias, possuir um âmbito subjectivo que vai para além dos membros da colectividade. Pense-se, v. g., nos regulamentos autárquicos que vinculam qualquer um que se encontre na circunscrição territorial respectiva, mesmo que ocasionalmente (e, por conseguinte, não esteja representado nos órgãos que adoptaram as normas – v. também Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 432). Sobre esta questão, cf. também OSSENBUHL, «Satzung», in: ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 479 e 486.

³⁶² Quanto aos regulamentos de algumas das entidades das Administrações autónomas, v. o nosso estudo «A Titularidade...», cit., pp. 527 e ss..

pessoa colectiva pública respectiva³⁶³. Precursoramente, já em 1970, Sandulli³⁶⁴ acentuava que os regulamentos governamentais não consubstanciavam senão uma parte limitada do universo regulamentar, sugerindo que o poder normativo das *regulatory commissions* constituiria um contributo significativo para a mutação do sentido do poder regulamentar das administrações públicas.

Neste domínio, a lei acaba, muitas vezes, por consubstanciar uma “fonte sobre a produção”, encontrando-se a função de regulação normativa cometida ao regulamento administrativo³⁶⁵. A alocação do poder normativo para estas entidades serve, sobretudo, finalidades relacionadas com a especificidade das funções às mesmas cometidas, caracterizadas pela elevada tecnicidade e/ou especialidade, cuja disciplina não se situa ao alcance do legislador, nem mesmo quando este se identifica com o Governo. Neste sentido, o exercício do poder regulamentar com tal alcance pelas entidades reguladoras corresponde ao desempenho de uma «função normativa», traduzindo o cumprimento da obrigação

³⁶³ Nesse sentido parece apontar, *v. g.*, a alínea *a*) do artigo 9.º dos *Estatutos do ICP-ANACOM* (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro), que confere a esta entidade poder para elaborar regulamentos *quando estes se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições*. *V.* também artigo 125.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 5/2004, de 20 de Fevereiro (Lei das Comunicações Electrónicas). Nos termos da alínea *b*) do artigo 26.º do *Estatuto*, a competência para aprovar os regulamentos pertence ao conselho de administração; sobre o procedimento regulamentar, cf. artigo 11.º do mesmo diploma. Do mesmo modo, a alínea *e*) do n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, comete ao conselho directivo da Entidade Reguladora da Saúde, no âmbito da respectiva orientação e gestão, a competência para aprovar os regulamentos *que sejam necessários ao desempenho das atribuições do organismo*. Para outros exemplos, *v.* também João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado*, Almedina, Coimbra, p. 158, ns. 414 a 419.

A circunstância de se conferir a uma entidade o poder de elaborar os regulamentos indispensáveis à prossecução das suas atribuições não implica sempre a emissão de regulamentos independentes, mas pressupõe essa possibilidade. Com efeito, ao lado destes, também os regulamentos executivos ou complementares podem assumir-se, no caso concreto, como necessários ao desempenho das tarefas cometidas às autoridades reguladoras (neste sentido, *v.*, quanto aos regulamentos do ICP-ANACOM, Pedro GONÇALVES, *Regulação das Telecomunicações*, in: http://www.fd.uc.pt/cedipre/pos_graduacao/2003_2004/documentos.htm, Janeiro 2004, pp. 70 e s., e «Regulação das Comunicações Electrónicas», in: *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 225 e ss.; em geral, POLITI, «Regolamenti...», cit., p. 7, que destrinça, no interior do poder normativo das autoridades administrativas independentes, e a par do poder regulamentar independente, os poderes de auto-organização, de actuação, de execução e/ou integração de normas primárias, de disciplina de âmbitos deslegalizados). O problema aparece colocado em texto unicamente por referência aos regulamentos independentes, uma vez que é em relação a eles que se levantam as questões mais ponderosas.

³⁶⁴ SANDULLI, *L'Attività...*, cit., pp. 51 e s..

³⁶⁵ Cf. FOÀ, *I Regolamenti...*, cit., pp. 106 e s.; entre nós, Pedro GONÇALVES, «Direito...», cit., p. 555. *V.* também Luís Guilherme CATARINO, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 369 e ss., adoptando uma visão mais ampla, por incorporar neste fenómeno não só o que designa como “regulamentos autónomos” dos reguladores (que traduzem, também neste domínio, no “princípio da colaboração ou cooperação na regulação de uma parte da sociedade”), como também os padrões ou *standards*, que se consubstanciam na emissão de recomendações, instruções ou pareceres.

jurídica de regular (também através de normas) os sectores económicos que lhes estão confiados³⁶⁶.

Sem prejuízo da análise que empreenderemos já a seguir sob a óptica do princípio da reserva de lei (e, mais amplamente, do princípio do Estado de direito), não podemos ignorar que a atribuição de poder normativo quase-independente a certas pessoas colectivas públicas (*maxime*, entidades reguladoras) coloca delicados problemas sob a perspectiva do princípio democrático, importando relevantes perplexidades constitucionais³⁶⁷. Efectivamente, mais do que determinar o que pode ser conferido (que não abandonado) à norma administrativa, está em causa perscrutar que decisões se devem manter na titularidade do legislador³⁶⁸.

3.4.2. Limites; em especial, o princípio da reserva de lei

Afigura-se-nos evidente que à exploração desta virtualidade do poder regulamentar se impõem alguns limites intransponíveis. A abertura legal para a emissão de regulamentos destinados a prosseguir uma função de dinamização da ordem jurídica nos termos apontados implica algumas cautelas, a fim de que as entidades administrativas se não arroguem, com fundamento na lei, de um poder paraconstitucional e apócrifo, vulnerando o princípio do Estado de direito e o princípio democrático³⁶⁹. A proibição constitucional emergente do n.º 5 do artigo 112.º conduz à impreteribilidade do estabelecimento de limites à lei que efectua a «*desconcentração legislativa*» a favor da Administração, de forma a que a mesma não contribua para a criação de uma figura de «actos regulamentares com força ou valor de lei», a qual violaria o princípio da tipicidade dos actos normativos (resultante do mesmo artigo 112.º da Constituição).

I. Um dos principais reflexos desta limitação consiste em avaliar em que medida se podem operar reenvios ou remissões normativas a favor do regulamento nas matérias de

³⁶⁶ Cf. POLITI, «Regolamenti...», cit., p. 4.

³⁶⁷ Cf. as perscrutadoras observações de Cerulli IRELLI, *I Poteri Normativi delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in: http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/06-11-2009/Cerulli_Irelli_20_07_09.pdf (Junho 2010), pp. 9 e s., pondo a tónica na subtracção ao *indirizzo* político do Governo (e, como tal, ao controlo parlamentar) e nas relações entre política e Administração.

³⁶⁸ WOOLHANDLER, «Delegation and Due Process: The Historical Connexion», in: *The Supreme Court Review*, 2008, p. 264, aludindo ao facto de “a *delegation doctrine*, geralmente pensada para limitar a extensão e as condições sob as quais os legislador podia transferir decisões para um delegante, pass[ar] afinal a limitar a esfera dentro da qual o legislador podia reter certas e determinadas decisões para a sua própria determinação”.

³⁶⁹ Alertando para este perigo, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 736.

reserva de lei, enquanto «reforço» do princípio da legalidade³⁷⁰. Nestes domínios, cuja normação originária compete à Assembleia da República, ficam vedadas as remissões normativas que confirmam à Administração o poder de emitir um regime jurídico inovador na sua integralidade incidente sobre as matérias reservadas (exigindo-se, por parte do legislador, uma densidade normativa acrescida). Tal possibilidade subverteria o entendimento constitucional segundo o qual, dado o relevo e o melindre político dessas matérias³⁷¹, bem como o imperativo da segurança (que demanda uma clara separação entre as funções de criação e aplicação do direito³⁷²), a Assembleia da República – enquanto a instância representativa por excelência de todos os portugueses – constitui o (único) órgão habilitado a dispor sobre as mesmas de acordo com um procedimento especialmente exigente, singularizado pela transparência e o contraditório da oposição. Se nas matérias de reserva relativa, a Assembleia da República pode autorizar (mediante uma lei de autorização, nos termos dos n.ºs 2 a 5 do artigo 165.º) a intervenção normativa inicial do Governo, esta terá necessariamente de revestir a forma decreto-lei. Mas implicará este princípio a inadmissibilidade de a Administração emitir normas primárias em matéria reservada, impedindo-se o exercício de um poder regulamentar independente?

Já anteriormente assinalámos que se revela mais ou menos pacífica a conformidade constitucional de regulamentos executivos no âmbito da reserva. Cumpre, porém, avaliar se a referenciada função do regulamento consubstanciada na emissão de normas primárias destinadas a aligeirar a carga do legislador (a função de dinamização da ordem jurídica, ora em estudo) também pode ser prosseguida sempre que esteja em causa matéria incluída nos artigos 164.º e 165.º. Em consonância com o que defendemos a propósito do sentido da função administrativa em face da função legislativa, a solução passa por distinguir, neste horizonte, entre *normação principal ou essencial* e *normação acessória ou periférica*³⁷³–

³⁷⁰ CIMELLARO, «Il Principio...», cit., p. 119.

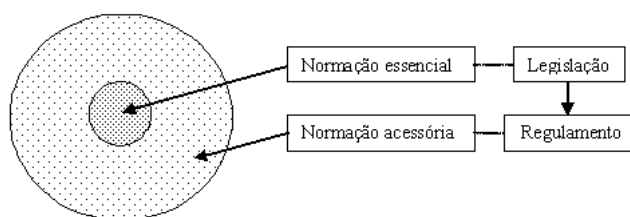
³⁷¹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 354/98, de 12 de Maio, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 40.º vol., 1998, p. 257.

³⁷² J. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 832 (v. também p. 835).

³⁷³ Graficamente traduzível em círculos concêntricos em que o círculo interior identifica a normação principal ou essencial – núcleo irredutível da função legislativa –, à volta do qual giram aspectos acessórios ou periféricos do regime jurídico, susceptíveis de serem devolvidos ao poder regulamentar:

distinção esta imprescindível no âmbito de um ordenamento jurídico hiper-complexo em que concorrem diversas entidades com poder normativo e cujos conflitos nem sempre se revelam solucionáveis mediante a invocação de um critério hierárquico.

Na senda de Vieira de Andrade³⁷⁴, entendemos que o problema da reserva de lei não prescinde da sua compreensão numa dimensão vertical enquanto *reserva de função*. Não se anunciando possível alicerçar constitucionalmente um conceito material de lei³⁷⁵, torna-se, no entanto, viável a defesa de um modelo tipológico³⁷⁶ de distinção material entre as funções legislativa e administrativa, em termos que permitam uma intervenção primária regulamentar em matéria reservada sem atingir os aspectos essenciais ou fundamentais da mesma (*normação principal ou essencial*), que constituem o núcleo típico da função legislativa e que, por esse motivo, vão exigir do legislador uma aplicação especialmente rigorosa do princípio da determinabilidade das normas, reduzindo concomitantemente a



Também o Tribunal Constitucional sublinha a diferença entre a fixação de um «quadro geral de referência» da matéria reservada – cuja delimitação caberá dentro do âmbito reservado, e, por conseguinte, compete ao poder legislativo – e os restantes aspectos do regime jurídico que, sob pena de originarem «bagatelas legislativas», podem ser disciplinados por regulamento. Repare-se, porém, que, relativamente à matéria dos direitos fundamentais (*maxime*, direitos, liberdades e garantias), o aspecto determinante salientado pelo Tribunal reside em conhecer as fronteiras entre a conformação do direito (integrada na reserva de lei) e o estabelecimento de aspectos complementares ou de pormenor (susceptíveis de disciplina regulamentar, dentro do sentido e dos limites previstos pelo legislador). V. Acórdão 289/2004, de 27 de Abril, in: *Diário da República*, II Série, n.º 123, 26.04.2004, pp. 8122 e s. – inspirando-se neste aresto, também Pedro GONÇALVES («Direito...», cit., pp. 556 e s.) se movimenta num cenário conceptual idêntico (distinção entre essencial e acessório) ao discutir o âmbito possível dos regulamentos das entidades reguladoras, no que tange à conformação do direito fundamental à iniciativa económica privada.

³⁷⁴ Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., pp. 7 e ss. (p. 12), que seguiremos de perto, no que tange às considerações tecidas a propósito da reserva de lei.

³⁷⁵ Para uma análise crítica deste problema, v. Maria Lúcia AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 229 e ss., Autora que recusa qualquer tese substancialista (nomeadamente que passe por associar à lei, como sua característica material autónoma, uma dimensão política), criticando a destriça entre «matéria de lei» e «forma de lei», bem como a existência de «leis só em sentido formal». As considerações que teceremos em texto não infirmam necessariamente a posição desta Professora, porquanto não procuramos erigir um conceito material de lei determinante de uma diferenciação entre «leis em sentido material» e «leis em sentido formal», mas apenas identificar o núcleo irreduzível da *função* legislativa, indisponível para o próprio legislador. Cf. também Nuno PIÇARRA, «A Reserva de Administração», in: *O Direito*, n.º II, ano 122.º, Abril/Junho 1990, pp. 575 e ss..

³⁷⁶ Sobre a relevância do impacto de uma concepção definitiva ou tipológica das funções do Estado, v. Barbosa de MELO, *Sobre o Problema...*, cit., pp. 20 e ss..

discrecionariiedade regulamentar³⁷⁷ – tendo ainda em conta que o sentido atribuível a cada uma das normas que prevêm as matérias reservadas não se revela igual em todas elas, nem mesmo quando as mesmas são literalmente idênticas³⁷⁸.

Já se intui que fazemos, neste momento, e sem prejuízo das diferenças que pautam os sistemas jurídicos, um apelo à «teoria da essencialidade» (*Wesentlichkeitstheorie*)³⁷⁹ – ou à sua congénere norte-americana, a «doutrina da não delegação» (*nondelegation doctrine*)³⁸⁰, que igualmente recorre à noção de «funções legislativas essenciais» (*essential*

³⁷⁷ Sobre o princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, ínsito no princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos (subprincípio do princípio do Estado de direito), cf., por todos, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 258. Sobre o grau de determinação das normas legais como limite à intervenção regulamentar, v. Vieira de ANDRADE, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Março de 2006», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135.º, Julho/Agosto 2006, p. 386.

³⁷⁸ Assim o entende o Tribunal Constitucional que vem acentuando a impossibilidade de extrapolação do alcance conferido ao vocábulo “regime” presente em determinada norma constitucional [*in casu*, a alínea u) do artigo 164.º] para outros preceitos da Lei Fundamental, designadamente para efeitos do âmbito da reserva de competência parlamentar (e respectiva consistência em face da devolução de matérias para regulamento administrativo) – cf. Acórdão n.º 23/2002, de 10 de Janeiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 52.º vol., 2002, p. 18, , seguido também pelo Acórdão n.º 304/2008, de 30 de Maio, in: *Diário da República*, I Série, n.º 116, 18.06.2008, p. 3497.

³⁷⁹ A convocação da «teoria da essencialidade» neste contexto não pretende desvanecer a diversidade de problemas a que a mesma pretende responder. Contrariamente ao que sucede na Constituição portuguesa, a *Grundgesetz* não consagra, com excepções pontuais (cf., v. g. artigo 104, n.º 1), um conjunto de matérias sujeitas à reserva de lei (o artigo 20 estabelece apenas a vinculação da Administração à lei e ao direito, não consagrando um princípio da reserva de lei), determinando o artigo 80 que a autorização legislativa imprescindível à emissão de uma *Verordnung* deve fixar os respectivos conteúdo, fim e extensão. Tendo em consideração o disposto no artigo 80 e face à necessidade de delimitação da matéria constante da lei – correspondente a uma reserva de Parlamento – e da matéria passível de delegação (legal) em regulamento, a jurisprudência constitucional alemã formulou algumas exigências quanto ao conteúdo da lei habilitante, exigências essas que não podem, todavia, volver-se numa ânsia de «perfectionismo da lei» (*Perfektionismus des Gesetzes*) que comprometa também a natureza de fonte de direito, própria do regulamento (WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 353). Em termos de evolução, começou por se exigir que o conteúdo do regulamento fosse previsível face ao disposto na lei habilitante, caminhando-se hoje em direcção a uma posição de maior abertura, mas sempre mais exigente quando se trate de matéria de direitos fundamentais. Tal constitui o resultado da formulação da «teoria da essencialidade», de acordo com a qual, em virtude da maior legitimidade democrática directa inerente ao Parlamento, compete a este decidir os aspectos *essenciais* da disciplina jurídica, aspectos esses que, a seguir a evolução mais recente do *Bundesverfassungsgericht*, assumem uma dimensão tendencialmente minimalista – sem prejuízo da dificuldade aqui subentendida de saber «o que é essencial» ou «quem decide o que é essencial».

Cf. OSSENBÜHL, «Vorrang...», cit., pp. 337 e ss., e «Gesetz...», cit., p. 309; MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, vol. IV, Beck, München, 2001, comentário ao art 80, esp.^{ic} §§ 27 e ss. (pp. 12 e ss.); LEPA, «Verfassungsrechtliche Probleme...», cit., pp. 342 e ss. (embora o Autor não deixe de sublinhar que a teoria da essencialidade não fornece todas as respostas, num contexto que está longe de remeter para as *Verordnungen* apenas questões periféricas, de modo que leis existem cuja operatividade se encontra claramente dependente da emissão daquelas normas – *Op. cit.*, p. 340); AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 312 e ss.; HARTWIG, «Le Fonti...», cit., pp. 88, 93 e 97; SAUERLAND, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 293 e ss.; VAGT, *Rechtsverordnungen...*, cit., pp. 88 e ss.; L. Cabral de MONCADA, *Lei...*, cit., pp. 171 e ss.; J. Reis NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 852 e ss.; GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, pp. 75 e ss..

³⁸⁰ A *nondelegation doctrine* emergiu da jurisprudência da *Supreme Court* quando instada a pronunciar-se sobre os limites constitucionais dos *regulatory statutes* (devolução pelo Congresso de poderes às entidades administrativas entre os quais se inclui, designadamente, o exercício de poderes regulamentares

Parte I
O Sentido Actual do Exercício do Poder Regulamentar

– sobre este conceito, cf. Bacelar de VASCONCELOS, *A Separação...*, cit., p. 82, n. 215); ao contrário do que sucedeu na experiência constitucional britânica (onde existe uma tradição orientada para a deslegalização), optou-se por cingir a actuação legislativa do Congresso aos aspectos gerais da matéria – a «legislação-esqueleto» (*skeleton legislation*) – remetendo para o Governo a densificação desses princípios genéricos (para um confronto entre as duas experiências, v. Marques GUEDES, «A Lei em Direito Constitucional Comparado», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, p. 48).

De acordo com a *Supreme Court*, a delegação deverá ser acompanhada por um *intelligible principle*, que contenha o âmbito de discricionariedade dos poderes transmitidos e que, nessa medida, não se transforme num «cheque em branco» ou não forneça um «tecto» e um «chão» ao poder executivo – cf. COGLIANESE, «The Constitution and the Costs of Clean Air: 'Is the Clean Air Act Unconstitutional?'», in: *Environment*, Novembro 2000, p. 33, na sequência da decisão no caso «J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States», de 09.04.1928 (in: *United States Reports*, vol. 276, 1928, pp. 394 e ss., esp.^{te} pp. 404 e ss.), onde, apesar de não ter considerado inconstitucional a delegação de poderes do Congresso no Presidente, o Tribunal densificou quais as condições que lhe permitiram pugnar pela não inconstitucionalidade: não estando o Congresso certo de possuir informações suficientes para decidir sobre determinada matéria, pode limitar-se a delinear ou descrever *com clareza a policy* e as linhas gerais (*plan*) da medida a adoptar, remetendo para um órgão do poder executivo a missão de desenvolver aquela *policy* e fazer os ajustamentos (normativos) necessários à respectiva concretização ou prossecução, dentro dos limites previamente definidos; *in casu*, e dada a delicadeza e a importância da matéria, o Congresso cometeu esse poder ao Presidente (o órgão supremo do poder executivo), rodeando a adopção das medidas por parte deste de um conjunto de garantias procedimentais. Assim, e nas palavras da *Supreme Court*, “se o Congresso estabelecer, através do acto legislativo, um princípio de inteligibilidade (*intelligible principle*), com o qual a pessoa ou o órgão autorizado (...) tenha directamente de se conformar, essa manifestação do poder legislativo não é uma delegação proibida do poder legislativo” (p. 409).

A referência à *nondelegation doctrine* e ao princípio da inteligibilidade atingiu o seu auge com a decisão «Panama Refining Co. v. Ryan», de 07.01.1935 (in: *United States Reports*, vol. 293, 1935, pp. 388 e ss.) – a primeira vez que o Tribunal concluiu, com base naquela teoria, pela inconstitucionalidade de uma delegação –, decisão essa que vem estabelecer, face à abertura proporcionada pelo *National Industrial Recovery Act* (NRA, que, em 1933, lançou o *New Deal*), limites à delegação no Presidente dos poderes legislativos do Congresso, cuja regularidade pressupõe a fixação de parâmetros (*standards*) no interior dos quais aqueles poderes podem ser exercidos. Em causa estava o § 9 (c) do NRA, que, no âmbito do comércio inter-estadual e internacional, autorizava o Presidente a proibir, cominando com uma sanção penal, o transporte de petróleo e seus derivados, produzidos ou retirados da armazenagem em excesso relativamente às quantidades permitidas por qualquer lei estadual ou por qualquer regulamento emitido ao seu abrigo. De acordo com a *Supreme Court*, o poder que se pretendia delegar revestia carácter legislativo, não tendo o Congresso indicado qualquer parâmetro destinado a guiar ou limitar o Presidente, quando actuasse ao abrigo dessa delegação (*policy or standard to guide or limit the President when acting under such a delegation*), que, nessa medida, padecia de inconstitucionalidade (bem como as *Executive Orders* emanadas em sua aplicação, através da qual o Presidente Roosevelt subdelegara os seus poderes no Secretário do Interior). A esta consequência não obsta o argumento de que o Presidente actuará de acordo com o que entende ser o bem comum (*public good*), visto que o problema reside na *constitutional authority*; aliás, o Tribunal alerta para os perigos que uma solução diversa importaria, visto que, se o Congresso pudesse delegar o seu poder legislativo no Presidente (ao qual se encontra constitucionalmente cometida a função executiva e não de legislar), também o poderia fazer em qualquer órgão (*board* ou *Office*) à sua escolha, vulnerando o artigo I, §§ 1 e 8, par. 18, que atribui a competência legislativa, em exclusivo, ao Congresso. Subsequentemente, a *Supreme Court* veio reforçar esta posição no caso «A. L. A. Schechter Poultry Corp. et al. v. United States», de 27.05.1935 (in: *United States Reports*, vol. 295, 1935, pp. 495 e ss.), considerando inconstitucional a (sub-)delegação de poderes normativos do Congresso em entidades privadas (*in casu*, entidades representativas dos interesses em causa), quando desacompanhada da fixação de quaisquer critérios ou limites à acção dessas entidades (cf., porém, o sentido ligeiramente diverso da decisão proferida no caso «Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins, Collector of Internal Revenue», de 20.05.1940, in: *United States Reports*, vol. 310, 1940, pp. 381 e ss., esp.^{te} pp. 398 e s., onde se considerou que a constitucionalidade fica salvaguardada, quando os privados actuam sob a autoridade e o controlo de uma entidade pública, *in casu*, a *Bituminous Coal Commission*).

Uma maior abertura no sentido da delegação foi alcançada a partir da decisão proferida, a propósito justamente dos *Clean Air Act Amendments* de 1977, no caso «Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.», de 25.06.1984 (in: *United States Reports*, vol. 467, 1984, pp. 837 e ss.), onde

legislative functions) –, não para delimitar uma zona de reserva de regulamento no interior da qual o legislador não possa interferir (posição inconciliável com o nosso texto constitucional que não identifica uma «reserva de regulamento» de tipo francês, mas pelo contrário, acolhe uma «omnivalência da função legislativa»³⁸¹) ou para delinear as

se admitiu que, aquando da emissão de normas, as agências pudessem interpretar (a abertura proporcionada pela) ambiguidade da lei (no caso de o Congresso não ter decidido a precisa questão controvertida) em determinado sentido, desde que tal interpretação se afigure razoável (o que a *Supreme Court* designa como *permissible construction of the statute* – cf. p. 843), não impondo o Tribunal uma única interpretação que substitua, em qualquer caso, a adoptada pelos órgãos administrativos (pp. 843 e s.) – daí que surja designado como *counter-Marbury* (cf., v. g., GARRETT, *Legislating Chevron*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 44, Law School/University of Chicago, Chicago, 2003, *passim*, aludindo às implicações da doutrina «Chevron» na relação entre o Congresso, as agências administrativas e os tribunais). Em suma, o caso «Chevron» acaba por exigir aos tribunais uma dupla análise: por um lado, determinar se o Congresso se pronunciou claramente e sem ambiguidades sobre a questão em causa; por outro lado, averiguar se a interpretação pressuposta pela agência é razoável (SUNSTEIN, *Chevron Step Zero*, Public Law and Legal Theory Working Paper, Law School/Chicago University, Chicago, 2005, p. 3; v. também pp. 6 e ss.). Sobre esta decisão, cf. ainda as observações de SUNSTEIN, *Nondelegation...*, cit., pp. 15 e ss. (que identifica esta posição como a quintessência de um *prodelegation canon*, não deixando de acrescentar uma série de limites jurisprudencialmente ancorados à doutrina emergente da mesma) e «Administrative Law Goes to War», in: *Harvard Law Review*, fasc. 8, vol. 118, Junho 2005, pp. 2665 e ss. (para uma aplicação da doutrina aos poderes presidenciais decorrentes da *Authorization for Use of Military Force*, de 2001); v. ainda Bacelar de VASCONCELOS, *A Separação...*, cit., pp. 82 e ss..

Ainda que não sejam frequentes as decisões que consideram inconstitucionais as delegações com base nesta jurisprudência e a tendência legislativa se oriente no sentido de delegar poderes normativos (praticamente) ilimitados nas agências (SUNSTEIN, *Nondelegation...*, cit., p. 1), o arrimo proporcionado pela *nondelegation doctrine* não se revela despiciendo, justamente na medida em que assegura a tomada de opções políticas pelo legislador através de um procedimento mais exigente (quer de criação, quer de alteração/revogação) que reclama um consenso mais alargado e, por conseguinte, um «pedigree democrático superior» (*superior democratic pedigree* – SUNSTEIN, *Nondelegation...*, cit., p. 3). V. STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET, *Constitutional Law*, cit., p. 426.

Cf., sobre esta matéria, STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET, *Constitutional Law*, cit., pp. 427 e s.; SUNSTEIN, *Is the Clean Air Act Inconstitutional?*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 3, Law School/University of Chicago, Chicago, 1999, <http://www.law.uchicago.edu/files/files/CRS.CleanAir1.pdf> (Novembro 2009), pp. 29 e ss., e *Nondelegation...*, cit., pp. 5 e ss.; LAWSON, «Discretion as Delegation: The ‘Proper’ Understanding of the Nondelegation Doctrine», in: *George Washington Law Review*, n.º 2, vol. 73, Janeiro 2005, pp. 235 e ss. (em diálogo com várias posições doutrinárias emergentes a propósito da *nondelegation doctrine* e tematizando esta última à luz do entendimento originário do artigo I, secção 8, cl. 18, da Constituição dos Estados Unidos – a designada *Sweeping Clause*); DONNELLY, *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 118 e ss. (sob a perspectiva da delegação em entidades privadas); Bacelar de VASCONCELOS, *A Separação...*, cit., pp. 85 e s.. V. também Leila CUÉLLAR, «O Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas», in: Vital MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública – I*, CEDIPRE/Coimbra Editora, 2004, pp. 606 e ss..

³⁸¹ Barbosa de MELO, *Sobre o Problema...*, cit., p. 33. Cf. ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/97, de 8 de Janeiro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 36.º vol, 1997, p. 17) onde expressamente se recusa a reserva de regulamento [sobre este Acórdão, cf. Gomes CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/97 – Processo n.º 845/96», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3875/3876, ano 130.º, Junho/Julho 1997, pp. 48 e ss. (80 e ss.); J. Reis NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lex, Lisboa, 1997]. Cf. também Acórdãos n.º 24/98, de 22 de Janeiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 39.º vol., 1998, pp. 37 e ss., esp.^{te} pp. 42 e s. (tendo o Tribunal colocado a tónica na existência – ou não – de uma “intromissão intolerável da Assembleia da República na esfera puramente administrativa do Governo”); 461/87, de 16 de Novembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 12, 15.01.1988, pp. 142 e ss. (neste último, e muito expressivamente, o Tribunal acentua que “o legislador dispõe de uma omnimoda faculdade – constitucionalmente reconhecida – de programar, planificar e racionalizar a actividade administrativa, pré-conformando-a no seu

possibilidades de delegação de poder legislativo no Governo (como em sistemas jurídicos distintos do português que não reconhecem uma competência legislativa governamental ordinária), mas para salientar que, na linha do entendimento não integrista da reserva de lei propugnado por Vieira de Andrade, a instituição da reserva não implica para o legislador o *dever* de disciplinar a matéria de modo integral ou com uma densidade máxima, *podendo* remeter aspectos *menores* ou *periféricos* para normas regulamentares³⁸² – reconhecendo-se antes a “necessidade de uma certa abertura ou de uma certa porosidade legal que permita a respiração administrativa”³⁸³, desde que salvaguardado o «núcleo essencial»³⁸⁴ das matérias reservadas, as quais se incluem, de uma perspectiva jurídico-constitucional, no exercício da função legislativa. Neste sentido, poderá afirmar-se (como também o faz a

desenvolvimento, e definindo o espaço que ficará à liberdade de critério e autonomia dos respectivos órgãos ou agentes, ou antes pré-ocupando-a”, desde que, em qualquer caso, tal não envolva uma “substituição formal do executivo, no preciso espaço da sua actividade normal” – p. 143).

Da mesma forma, também entre nós se recusa uma «reserva de Administração» moldada segundo o conceito alemão de *Verwaltungsvorbehalt* (orientado em torno de um espaço de Administração isento de ingerência legislativa e no seio do qual competiria àquela a demarcação dos seus objectivos, vinculada unicamente pela Constituição) – para uma perspectiva da evolução dogmático-doutrinal desta doutrina (centrada em jus-administrativistas de relevo), cf. a elucidativa síntese de SCHNAPP, «Der Verwaltungsvorbehalt», cit., pp. 173 e ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 203 e ss.. Aliás, mesmo da perspectiva germânica, considera-se que a convocação da «teoria da essencialidade» se não revela suficiente para alicerçar uma originária competência de normação da Administração: com efeito, daquela doutrina não decorre que para as questões não essenciais exista uma competência normativa originária do Executivo (assim, MAURER, «Der Verwaltungsvorbehalt», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, n.º 43, De Gruyter, Berlin/New York, 1985, p. 162; SCHNAPP, «Der Verwaltungsvorbehalt», cit., p. 184). Cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 739 e ss.; Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, pp. 105 e s.; J. Reis NOVAIS, *Separação...*, cit., pp. 33 e s..

Expressivamente, a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol já vem configurando uma espécie de «reserva regulamentar por via dos factos», quando admite que as matérias de carácter técnico, alheias a considerações de ordem política e perpassadas por notas de especialização técnica, possam sustentar a existência de uma matéria reservada ao regulamento (cf. MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 171, n. 454). Referindo-se já a uma «reserva de Administração fáctica», MAURER, «Der Verwaltungsvorbehalt», cit., p. 140. Aludindo, entre nós, às «reservas fácticas ou residuais» de Governo ou de Administração, ainda que sem capacidade constitucional vinculante *a se*, cf. J. Reis NOVAIS, *Separação...*, cit., pp. 44 e ss., 75, embora o Autor admita ainda que, perante o circunstancialismo do caso concreto, torna-se possível definir o âmbito nuclear do poder executivo (*Op. cit.*, pp. 62 e 76).

³⁸² Também Jorge MIRANDA («Artigo 112.º», cit., p. 277, anotação XXVIII) acolhe uma visão semelhante quando salientam que aos regulamentos se encontram vedadas opções e juízos de valor legais equivalentes às opções ou aos juízos político-legislativos, devendo ser neste sentido interpretada a recusa de regulamentos independentes em matéria reservada (cf. ainda MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 222).

Subjaz um entendimento similar à posição de J. Reis NOVAIS (*As Restrições...*, cit., pp. 836 e ss.) que defende, em matéria de reserva de lei, um necessário equilíbrio no relacionamento entre Legislador e Administração, evitando uma hipertrofia do poder legislativo (parlamentar) susceptível de subverter a «garantia de um âmbito nuclear do poder executivo». Nesta ordem de ideias, o âmbito da reserva encontra-se delimitado em função dos ganhos de publicidade, transparência e pluralismo do processo legislativo parlamentar em face das vantagens, proporcionadas pelo executivo, de uma normação rápida, mais próxima do caso concreto e menos pluralisticamente exigente.

³⁸³ Vieira de ANDRADE, «Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria», in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 82.

³⁸⁴ MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 175.

doutrina alemã) que a atribuição ao legislador das matérias «essenciais» deixa livre para a Administração a emissão de normas sobre matérias não essenciais (*nicht-* ou *unwesentliche Sachfragen*), a partir do momento em que a Constituição reconheça um poder normativo no seio da função administrativa³⁸⁵. Ou, se quisermos, seguindo agora a jurisprudência federal norte-americana, a manutenção do sistema constitucional de separação entre funções (*in casu*, entre legislar e administrar) reconhece a necessidade, amplitude e a relevância das disposições normativas infra-legais, desde que as mesmas se contenham dentro dos limites fixados pelos *standards*, pelas *policies* e pelo *framework* previamente delinados pelo legislador, em consonância com a função que se lhe encontra cometida³⁸⁶.

Esta ideia encontra-se, de igual forma, associada à contraposição (desenvolvida por alguma doutrina italiana) entre a consagração de princípios e a regulamentação de pormenores (*principio-detaglio*), de acordo com a qual a compreensão dos âmbitos de acção da lei e do regulamento passa também pela contraposição entre o estabelecimento de princípios e de aspectos secundários de uma disciplina jurídica, em termos de se entender que o regulamento tem por objectivo pormenorizar as indicações de princípio constantes da lei, em estreita articulação com a dimensão executiva típica do regulamento enquanto fonte de segundo grau³⁸⁷. Seguindo uma perspectiva similar, e não obstante uma tradição jurisprudencial de pendor mais restritivo, também já o nosso Tribunal Constitucional entendeu, quanto ao âmbito da reserva no caso dos direitos de natureza análoga, que a mesma se circunscreve à dimensão garantística ou ao respectivo núcleo essencial³⁸⁸.

³⁸⁵ Cf., por todos, SAUERLAND, *Die Verwaltungsvorschrift...*, cit., pp. 300 e ss..

Embora, como resulta das considerações tecidas no texto, não nos lancemos tão longe como alguma doutrina alemã, cujas concepções levadas ao extremo prescindiriam de um fundamento legislativo para a emissão de regulamentos externos (à semelhança do que sucede com as *Vorschriften*): a função de dinamização da ordem jurídica aqui propugnada pressupõe, em qualquer dos casos, uma disposição legislativa prévia que determine, pelo menos, o interesse público a prosseguir e o órgão competente (ressalvados os casos dos regulamentos independentes do Governo directamente fundados nas normas constitucionais que prevêm já os respectivos fim e competência).

Diferente deste entendimento encontra-se a posição apelidada de «teoria da essencialidade invertida» (*umgekehrte Wesentlichkeitstheorie*), com raízes no direito do ambiente, nos termos da qual da lei constariam apenas expressões vagas e abstractas relativas às exigências de protecção ambiental, ficando os aspectos decisivos da matéria remetidos para normas infra-legislativas. Cf., sobre esta questão e os problemas que suscita a referida doutrina sob o ponto de vista da constitucionalidade, v. g., OSSENBUHL, «Der Verfassungsrechtliche Rahmen...», cit., pp. 3 e s..

³⁸⁶ Cf. «Panama Refining Co. v. Ryan», cit., pp. 390, 418 e 421.

³⁸⁷ Sobre esta matéria, v., por todos, DI COSIMO, *I Regolamenti...*, cit., pp. 45 e ss..

³⁸⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/99, de 10 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., 1999, pp. 28 e ss.. Todavia, resulta igualmente deste aresto que, na perspectiva do Tribunal Constitucional, existem matérias que, pela sua importância (desde logo, em termos de instrumentalidade em relação com direitos fundamentais), só podem constituir objecto de norma primária legislativa (p. 32).

Não ignoramos a dificuldade de aplicação prática do critério assim proposto, que não fornece uma solução definitiva, pronta para fazer funcionar perante as situações concretas como um esquema de funcionamento binário. Assumimos, pois, que o mesmo implica um juízo complexo de ponderação prático-normativa a formular em cada hipótese concreta, de forma a perceber o que é principal e o que é acessório ou secundário relativamente à matéria em causa.

Repare-se, porém, que da solução defendida emerge a necessidade de, no seio dos regulamentos independentes, se construir uma metódica diferenciadora. Neste domínio, encontramos regulamentos que apenas têm atrás de si a lei habilitante que fixa a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão e regulamentos que versam sobre matéria já densificada por outras normas legais (diferentes da lei habilitante), mas sem prejuízo da lei prévia que fixe a competência objectiva e subjectiva e que terá sempre de existir. Ora, enquanto os primeiros não se revelam admissíveis no âmbito da reserva (uma vez que, não existindo normas sobre a matéria em causa, a respectiva disciplina não se poderia ficar por aspectos secundários), os segundos podem incidir sobre matéria reservada, desde que se limitem a consagrar aspectos meramente acessórios do regime principal já consagrado por lei(s). E com isto não pretendemos eliminar a distinção efectuada entre a função de dinamização legislativa e a função de dinamização da ordem jurídica: se a primeira exprime o papel desempenhado pelo regulamento relativamente a uma determinada lei, a segunda traduz a faculdade de, por remissão legal, os regulamentos executarem (*lato sensu*) a generalidade dos actos legislativos incidentes sobre a matéria em causa (e não apenas a lei habilitante)³⁸⁹.

II. As considerações expostas quanto à reserva de lei encontram um acolhimento privilegiado nos casos em que a própria Constituição reconhece uma autonomia normativa à Administração. Nestas hipóteses, como sucede paradigmaticamente quanto às autarquias locais, e quando esteja em causa ainda a emissão de normas no âmbito das competências

³⁸⁹ Existe doutrina que vai mais longe, entendendo que hoje parece incontornável o facto de o legislador não se poder pronunciar sobre todos os aspectos essenciais de um regime jurídico (em virtude da complexidade técnica, da necessidade de reacção perante uma realidade em mudança), daí que o regulamento deva assumir um papel central (e não meramente instrumental) na definição de disciplinas inovadoras, mesmo no âmbito da reserva de lei (embora, nesta hipótese, apenas em casos objectiva e materialmente justificados e sempre que não faça perigar valores constitucionalmente protegidos, por força da outorga de uma excessiva liberdade à Administração) – assim, BAÑO LÉON, *Los Limites Constitucionales de la Potestad Reglamentaria*, Civitas, Madrid, Madrid, 1991, pp. 99 e s..

próprias ou específicas dos entes em causa³⁹⁰ – ou até nos casos em que estabeleça competências normativas concorrentes³⁹¹ –, deverá entender-se, na senda de posição já propugnada por Afonso Queiró, que tal previsão constitui uma compressão ao princípio da reserva de lei na sua dimensão de proibição de remissão normativa³⁹², impondo uma sua «leitura mais flexível»³⁹³. Neste último caso, e no quadro dos poderes legalmente atribuídos para a prossecução de interesses próprios, afigura-se premente a adopção de uma concepção que privilegie a concordância prática entre as normas constitucionais consagradoras da reserva e as que conferem poderes de autonomia normativa.

Todavia, o reconhecimento constitucional de regulamentos autónomos não pode resvalar para um qualquer federalismo da Administração autónoma. Não precludindo tal reconhecimento as exigências do princípio da reserva de lei, impõe-se o exercício de uma tarefa de concordância prática que subentende a inadmissibilidade do sacrifício total quer deste princípio, quer do princípio da autonomia: se, nas matérias reservadas, cabem exclusivamente à lei as opções fundamentais ou principais das mesmas³⁹⁴, o legislador não pode emanar normas que invadam a regulação dos interesses próprios das comunidades que constituem o substrato das entidades públicas, em favor das quais se encontra consagrada uma autonomia normativa³⁹⁵. Assim, a densidade exigida à legislação anterior tem que resultar sempre de uma tarefa de ponderação entre a matéria que releva da prossecução de interesses gerais (nacionais) e a matéria que contende já com os interesses próprios da entidade autónoma: só a primeira se deverá considerar abrangida pela reserva

³⁹⁰ No caso dos regulamentos emitidos por entes da Administração autónoma que constituam pessoas colectivas territoriais (regiões autónomas e autarquias locais), o *princípio da especialidade* que orienta a emissão do regulamento (cf., neste sentido, Joaquim ROCHA, *Constituição...*, cit., p. 706) assume, a par de uma dimensão material, uma dimensão geográfica.

³⁹¹ Vieira de ANDRADE («Autonomia...», cit., pp. 18 e s.) exemplifica não só com a previsão da competência do Governo para a elaboração dos regulamentos necessários à boa execução das leis [artigo 199.º, alínea c)] – na qual se fundaria a competência para a emanação de regulamentos executivos em matéria reservada, não carente de previsão legal expressa –, mas também com a consagração da autonomia regulamentar das autarquias locais (artigo 241.º) e da autonomia normativa (legislativa e regulamentar) das regiões autónomas (artigo 227.º).

³⁹² Cf. Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 433. Interpretando nestes termos a posição daquele Autor, Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., p. 3.

³⁹³ Rui MEDEIROS, «Artigo 241.º», cit., p. 488, anotação II.c)ii).

³⁹⁴ V. Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., p. 30.

³⁹⁵ No âmbito específico do poder normativo fiscal, já Casalta NABAIS («A Autonomia Local...», cit., pp. 197 e ss.) defende uma concordância prática entre a reserva de lei e a autonomia normativa local, na medida em que entende não existirem obstáculos intransponíveis à delegação nas autarquias locais do poder normativo relativo aos elementos essenciais do imposto, desde que a lei assuma uma densidade normativa acrescida e a utilização desse poder normativo pelas autarquias observe os princípios constitucionais relevantes (desde logo, o princípio da igualdade e o princípio da solidariedade entre as comunidades infra-estaduais e entre estas e a comunidade nacional).

de lei, e, por conseguinte, apenas ela se poderá qualificar como aspecto principal para este efeito; pelo contrário, os aspectos que relevam do círculo de interesses próprios conferidos à Administração autónoma revestem natureza secundária, podendo ser tratados, em termos primários, pelos regulamentos emanados pelos respectivos órgãos.

Considerações similares poderiam ser tecidas a propósito dos regulamentos emitidos pela Administração autónoma não territorial. Assim, *v. g.*, a actual *Lei das Associações Públicas Profissionais* (Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro) consagra de forma expressa o poder regulamentar daqueles entes, concebendo-o como uma das dimensões da sua autonomia administrativa (cf. artigos 8.º e 16.º). Se, ao contrário das situações que analisámos até este momento, as associações públicas não vêm a sua autonomia regulamentar assegurada no texto da Constituição³⁹⁶, deverá defender-se, porém, que o respectivo reconhecimento constitucional como instrumento de descentralização administrativa e de garantia de participação dos interessados na gestão efectiva dos interesses públicos (cf. artigo 267.º, n.ºs 1 e 2) implica uma autonomia natural que passará seguramente pela emissão de regulamentos autónomos. A autonomia regulamentar das associações públicas em geral, embora só resulte directamente da lei, tem um fundamento constitucional inequívoco: tratando-se de entidades públicas assentes num substrato pessoal que pretendem assegurar o objectivo constitucional de permitir aos interessados a participação na gestão efectiva dos interesses públicos por intermédio de associações públicas, em obediência ao imperativo descentralizador³⁹⁷, afigura-se de todo legítimo que o legislador, norteado por aquele objectivo, confira poderes de auto-normação às associações públicas, em geral, e às associações públicas profissionais, em particular. Nesta medida, também a avaliação das possibilidades de emissão de regulamentos que cumpram uma função de dinamização da ordem jurídica no âmbito da reserva carece de uma ponderação efectuada nos termos indicados, viabilizando uma intervenção normativa

³⁹⁶ Ao contrário do que sucede noutros ordenamentos, em que a autonomia das ordens profissionais, *v. g.*, é concebida como tendo um fundamento constitucional – assim sucede em Itália, nos artigos 2 e 5 da *Costituzione*, dos quais a doutrina faz derivar, *inter alia*, uma autonomia de tipo normativo-funcional, obviamente limitado à categoria profissional e ao exercício da actividade profissional a que a associação em causa se reporta (cf. BERTANI, «I Poteri Normativi Degli Ordini Professionali: Un Esempio di Competenza “Riservata”», in: *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, ano XVII, 2009, pp. 97 e s., 104 e s.).

³⁹⁷ Efectivamente, a auto-regulação destas entidades constitui um exemplo paradigmático da descentralização normativa e constitui um instrumento de aproximação dos instrumentos reguladores das instâncias reguladas: como salienta VITAL MOREIRA (*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 130 e s.), a auto-regulação corresponde a um circuito fechado, porquanto “o regulador e os regulados são uma e a mesma coisa”; na auto-regulação profissional, a associação pública representativa de determinada profissão (*rectius*, os seus órgãos, eleitos pela comunidade regulada) elaboram normas jurídicas que vincularão apenas os respectivos membros.

das associações públicas em matéria reservada, desde que circunscrita aos aspectos secundários ou periféricos.

III. Mas as implicações práticas da solução defendida vão mais além e tocam todas as entidades administrativas: se, nas hipóteses em que a Constituição consagrou competências normativas autónomas (ou, como no caso das associações públicas, as pressupôs), a auto-contenção do legislador, mesmo em matéria reservada, se impõe – desde logo precludindo a emissão de leis que ofendam essa autonomia normativa constitucionalmente alicerçada –, tal não sucede quanto aos demais entes públicos. Nestes casos, a remissão efectuada pelo legislador ordinário para regulamento de norma primária periférica de matérias incluídas na reserva de lei será, dentro de certos limites, admissível, revelando-se com frequência conveniente, do ponto de vista teórico da correcta compreensão dos sentidos da função legislativa e da função administrativa, e do ponto de vista prático do aligeiramento do trabalho da Assembleia da República ou do Conselho de Ministros. E com isto – reforçamos – não pretendemos ignorar a diferença que intercede entre a atribuição constitucional e a atribuição legal de poder regulamentar a entidades administrativas: se, no primeiro caso, a atenção à reserva de lei não dispensa uma consideração menos significativa aos termos do reconhecimento constitucional do exercício do poder regulamentar (a postular, no caso português, uma tarefa de concordância prática entre reserva de lei e autonomia regulamentar, no contexto da interpretação constitucional), no segundo, as limitações ao poder regulamentar decorrem primordialmente da vontade do legislador, sem prejuízo da necessidade de observância do limite último postulado pelo princípio da separação de poderes e funções, por um lado, e pelo princípio da indisponibilidade da competência, por outro.

Assim, reconhecemos a necessidade de se estabelecer uma graduação na exigência, consoante esteja em causa a emissão de um regulamento por uma entidade que goza, por força da Constituição, de uma autonomia normativa erigida para a prossecução de interesses próprios (como acontece com os entes da Administração autónoma) e os demais casos. Na primeira hipótese, a tarefa de concordância prática entre a reserva de lei e a autonomia regulamentar permite uma maior abertura na admissibilidade dos reenvios normativos; no segundo caso, a assunção de uma função de dinamização da ordem jurídica pelos regulamentos pressupõe que a legislação em vigor já se encontre dotada de densificação bastante para permitir a intervenção regulamentar. Por outras palavras, em

matéria reservada, a admissibilidade de regulamentos independentes depende de o ordenamento dispor de densificação legislativa suficiente (esgotante da disciplina *principal*) que autorize a lei habilitante a limitar-se à mera definição da competência objectiva e subjectiva para a sua emissão. Os regulamentos então emitidos não constituem o resultado de qualquer «cheque em branco» passado à Administração, mas o desenvolvimento de princípios ou normas gerais (os aspectos principais da disciplina jurídica em causa) fixados em legislação anterior. Quer dizer, e numa perspectiva de aferir da constitucionalidade quer da lei que opera a remissão, quer dos regulamentos nestes termos emitidos, mais do que perguntar qual o conteúdo da lei habilitante, o intérprete deverá perspectivar o ordenamento legislativo no seu todo e avaliar se o grau de intervenção legislativa na matéria se revelava (ou não) suficientemente denso para permitir uma intervenção regulamentar sobre a mesma³⁹⁸.

Veja-se, a este último propósito, o caso significativo das entidades reguladoras, relativamente às quais a defesa de um papel preponderante do poder regulamentar não se pode convolar em sufrágio da situação, amiúde encontrada, em que se verifica uma carência (quase) total de parâmetros materiais legalmente fixados para a emissão normativa³⁹⁹. Trata-se, aliás, de uma questão já objecto de preocupação no âmbito do direito norte-americano, em que, por força dos poderes (normativos) conferidos às agências reguladoras, sobe de tom a crítica de que a atribuição de poderes normativos com determinado alcance contraria a *nondelegation doctrine*⁴⁰⁰. Mas tal também não implica necessariamente aceitar que às entidades reguladoras só possa ser conferido um poder

³⁹⁸ E com esta afirmação não pretendemos absorver as funções do decreto-lei de desenvolvimento pelo regulamento. Por um lado, os decretos-leis de desenvolvimento pressupõem uma lei de bases prévia, só podendo ser emitidos ao abrigo desta última; pelo contrário, os regulamentos que traduzem a função de dinamização da ordem jurídica exigem um diploma legislativo habilitante (ou um regulamento europeu ou um acto de direito internacional) que defina a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão (lei habilitante essa que não será uma lei de bases, mas poderá ser, *v. g.*, um decreto-lei de desenvolvimento).

Por outro lado, os decretos-leis de desenvolvimento, na medida em que consubstanciam actos da função legislativa, contêm opções fundamentais do regime em causa, visto que a lei define apenas os princípios gerais sobre a matéria, encontrando-se o âmbito da reserva circunscrito precisamente a essa definição; a emissão de regulamentos em matéria reservada pressupõe, no mínimo, que sobre a mesma exista já legislação com densidade suficiente (a abranger justamente aqueles aspectos essenciais) para que a disciplina estabelecida pelo regulamento se limite tão-só a aspectos acessórios ou periféricos.

³⁹⁹ Relativamente aos argumentos tradicionalmente mobilizados para justificar a amplitude dos poderes regulamentares conferidos às entidades reguladoras, cf. o nosso estudo «A Titularidade...», cit., pp. 518 e ss.; *v. também*, reportando-se ao poder regulamentar independente do ICP-ANACOM, Pedro GONÇALVES, *Regulação...*, cit., pp. 72 e ss.. Trata-se de um fenómeno que, mesmo no âmbito europeu, não é privativo do direito português, mas comum a vários sistemas jurídicos – cf. FOÀ, *I Regolamenti...*, cit., pp. 92 e ss..

⁴⁰⁰ Sobre o novo fôlego conhecido hoje pela *nondelegation doctrine* em face dos poderes das agências reguladoras, cf., por exemplo, SUNSTEIN, *Nondelegation Canons*, cit., esp.^{te} pp. 14 e ss..

regulamentar de natureza meramente executiva, quando as normas regulamentares versem sobre matéria reservada⁴⁰¹.

Importa, todavia, considerar dois aspectos fundamentais. Por um lado, apesar de a emanção deste tipo de regulamentos se revelar, em certos momentos, indispensável ao funcionamento do Estado regulador, conhecerá sempre como limite a impossibilidade de subversão do Estado de direito, corporizado no princípio da reserva de lei e de função legislativa⁴⁰². Por outro lado, a posição adoptada não pretende, em momento algum, sufragar a atribuição aos órgãos destas entidades de um poder de execução imediata da Constituição em matéria reservada, revelando-se imprescindível a existência de legislação ordinária prévia que fixe a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão e de legislação cujo conteúdo deve exaurir a disciplina principal. Contudo, nesta hipótese (e em contraponto com o que sucede em relação aos regulamentos autónomos), a aferição da natureza principal ou acessória dos aspectos da matéria em causa não beneficia do confronto com uma autonomia normativa constitucionalmente consagrada, e, por conseguinte, não permite que se faça valer a existência de um núcleo de interesses próprios prosseguidos pelas entidades reguladoras (ausente, na medida em que as mesmas constituem ainda Administração estadual); o que vale por dizer que, neste domínio, a emissão de regulamentos independentes (circunscritos aos aspectos secundários do regime) exige uma densidade legislativa prévia acrescida, quando comparada com a pressuposta para a emissão de regulamentos autónomos.

IV. Em suma, deverá sublinhar-se que a possibilidade aberta pela função de dinamização da ordem jurídica atribuída aos regulamentos possui limites inultrapassáveis. Desde logo, o respeito pelo princípio do Estado de direito, naquela das suas dimensões que

⁴⁰¹ Parecendo inclinar-se para posição diversa, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 328, n. 45 – embora, reconhecendo a relevância da vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias quando disponha de espaços próprios de decisão, designadamente ao nível da elaboração de regulamentos (*Op. cit.*, p. 240), o Autor admita que a Administração (e não apenas a Administração autónoma), pode e deve, no âmbito das suas competências, adoptar as medidas necessárias para proteger, promover e concretizar, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias, estando embora impossibilitada de os restringir (*Op. cit.*, pp. 352 e s.).

⁴⁰² Desta forma, afigura-se admissível que, v. g., a Entidade Reguladora da Saúde emita, com base na alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio, regulamentos sobre definição de tempos de espera ou de prioridades das doenças. Trata-se de uma matéria que não tem de ser objecto de lei e, provavelmente, não se afiguraria conveniente que o fosse – em rigor, não está em causa o exercício da função legislativa. Já idêntico raciocínio não valeria, por exemplo, para um regulamento da mesma entidade que restringisse direitos fundamentais (v. g., quais as condições da admissibilidade do acesso de terceiros a fichas clínicas).

implica a necessária subordinação da Administração à lei, enquanto instrumento fundamental de fixação de um programa de acção e de determinação das restrições aos direitos fundamentais, visto que o reconhecimento da mutabilidade dos pressupostos da actuação dos poderes públicos ou a elevada tecnicidade da matéria não podem conduzir a uma «despedida da lei» (*Verabschiedung des Gesetzes*), ou à ignorância da função de garantia por ela desempenhada, em coerência com a concepção do poder administrativo como um «poder legislativamente dirigido» (*gesetzesdirigierte Gewalt*)⁴⁰³. Igualmente relevante se afigura o limite imposto pelo princípio democrático, sobretudo num momento em que, como assinalámos, se assiste à devolução de poder regulamentar independente a entidades administrativas, sustentadas por pouca (ou nenhuma) legitimidade democrática. Sem prejuízo do e em consonância com o princípio da separação de poderes, a menor legitimidade democrática do ente ditará, em algumas hipóteses, uma igualmente menor elasticidade do poder regulamentar por ela exercido, sobretudo quando não esteja em causa o exercício de um poder regulamentar constitucionalmente previsto ou pressuposto⁴⁰⁴.

Contudo, a impositação tradicional do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade administrativa – perspectivada em termos consonantes com a monarquia dualista alemã – revela-se dificilmente compatível com as garantias oferecidas pela compreensão actual do princípio do Estado de direito democrático e com o fundamento constitucional da função administrativa⁴⁰⁵.

Assim, e por um lado, deve hoje admitir-se a emissão de regulamentos administrativos no exercício de uma função desoneradora do acto legislativo, ainda que tal implique especiais cuidados na zona da reserva de lei. Constitui este um ponto fundamental da questão nevrálgica do princípio da separação de poderes e de funções, atendendo não

⁴⁰³ Em termos próximos, sobre o sentido actual da lei no quadro do princípio do Estado direito (na sua vertente estrutural), cf. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 81 e 203. Cf. também HOFFMANN-RIEM, «Gesetz...», cit., p. 69, sublinhando que uma sociedade moderna não pode deixar de se encontrar vinculada à lei – em virtude das mais-valias que transporta do ponto de vista da responsabilidade democrática e da garantia da liberdade –, sem que, contudo, tal signifique a impossibilidade da exploração das virtualidades oferecidas pelos diversos níveis normativos.

⁴⁰⁴ Cautelas que permitem superar as críticas dirigidas a determinada orientação jurisprudencial do *Bundesverfassungsgericht*, que, em algumas decisões, procurou ancorar a construção de uma reserva de Parlamento sobre o princípio democrático, numa tentativa de densificar a «teoria da essencialidade», no sentido de afirmar que o Parlamento, porque dotado de uma legitimidade democrática saída do sufrágio universal, teria o dever de regular as matérias essenciais (sem as remeter para regulamento), possuindo, por isso, uma espécie de monopólio sobre essas matérias. Sobre esta matéria, cf. AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 353 e ss., com amplas referências jurisprudenciais.

⁴⁰⁵ Cf. também MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 552.

apenas à sua vertente garantística, mas também de racionalização do poder⁴⁰⁶. Como resulta das considerações tecidas, trata-se de problema que vai mais longe que a já de si complexa repartição orgânico-funcional de competências entre Parlamento e Governo⁴⁰⁷, para atingir a distinção (ainda que necessariamente tipológica) entre a função legislativa e a função administrativa. Se se não torna defensável uma «reserva geral de Administração»⁴⁰⁸ (sem prejuízo do reconhecimento de um núcleo essencial da função administrativa⁴⁰⁹ e de um espaço de responsabilidade própria da Administração⁴¹⁰) paralela a uma reserva de regulamento administrativo ou a uma reserva de normação administrativa, impõe-se uma atenção especial ao reconhecimento das reservas de Administração autónoma (enquanto modalidade das «reservas especiais de Administração»), constitucionalmente consagradas, que implicam justamente uma autonomia normativo-competencial⁴¹¹ insusceptível de aniquilação pelo legislador⁴¹².

Por outro lado, afigura-se igualmente não despicienda a consideração no sentido de que existe uma reserva *fáctica* da Administração, a implicar que, em virtude da proximidade com os factos ou da existência de recursos técnicos, certas matérias (ou alguns dos seus aspectos) se afeiçoarão mais a um tratamento através de actos de Administração, designadamente, no plano normativo, através de regulamentos. Todavia, a demanda por um papel preponderante do regulamento no quadro das «fontes de direito» não se preocupa tanto em indicar o ponto máximo até onde o legislador pode intervir (os limites jurídico-constitucionais do poder legislativo, *maxime*, do Parlamento, que ocupam a doutrina nas discussões sobre a «reserva de Administração»), como em compreender qual

⁴⁰⁶ Sobre estas vertentes, J. Reis NOVAIS, *Separação...*, cit., pp. 25, 37 e ss..

⁴⁰⁷ Cf., por exemplo, J. Reis NOVAIS, *Separação...*, cit., p. 33.

⁴⁰⁸ Assim, Gomes CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/97...», cit., p. 82. Cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 739 e ss.; Nuno PIÇARRA, «A Reserva...», cit., p. 592.

⁴⁰⁹ V. também Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 49 (aludindo ao «cerne da função administrativa»); Nuno PIÇARRA, «A Reserva...», cit., p. 572.

⁴¹⁰ Cf. ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 91.

⁴¹¹ MAURER («Der Verwaltungsvorbehalt», cit., p. 139) acentuava que os contornos da problemática da reserva de Administração se orientam numa perspectiva competencial (competências da Administração face a competências do Parlamento ou a competências dos juízes).

⁴¹² Sobre a reserva de Administração autónoma, cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 740, e «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/97...», cit., p. 82. Claro está que, nesta hipótese, a auto-contenção legislativa representa o cumprimento de um dever constitucional, na parte em que impede a eliminação da autonomia normativa dos entes em causa constitucionalmente consagrada – neste sentido, v. também Pereira COUTINHO, «As Duas Subtracções. Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as Funções de Legislar e de Administrar», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1, vol. XVI, 2000, p. 131, n. 117. Cf. ainda Nuno PIÇARRA, «A Reserva...», cit., pp. 595 e ss.. Acerca da relevância das reservas de administração normativa quando constitucionalmente consagradas, MAURER, «Der Verwaltungsvorbehalt», cit., pp. 140 e s..

o mínimo legislativo imprescindível para legitimar uma posterior intervenção regulamentar.

3.4.3. Garantias

A exploração da via argumentativa segundo a qual o regulamento emerge com uma função dinamizadora do sistema jurídico pressupõe que o poder regulamentar se encontre rodeado de um conjunto de garantias de tutela, quer ao nível do respectivo exercício, quer no plano do controlo judicial. A legitimação assegurada pelo princípio da legalidade surge agora (*i. e.*, a partir do momento em que a lei se retrai e fixa apenas a competência objectiva e subjectiva para a emissão de regulamentos ou, no máximo, o conjunto dos aspectos essenciais da matéria, carecendo de desenvolvimento regulamentar) complementada por elementos de legitimação, como sucede, *v. g.*, com uma organização administrativa funcionalmente adequada, com a adequação procedimental – marcada pelas notas da transparência, da justeza (*fairness*), da participação e da composição de interesses –, ou com o controlo do exercício da actividade normativa⁴¹³.

Se nos interrogarmos sobre o alcance de tais exigências no âmbito em que nos movemos, poderemos concluir que, como vem salientando a doutrina do quadrante anglo-saxónico, atentas as qualidades a revestir pela *delegated legislation*⁴¹⁴, o exercício do poder regulamentar pressupõe, por um lado, um procedimento justo que assegure, designadamente, uma abertura à participação dos interessados no decurso do procedimento (3.4.3.1.) e, por outro lado, um efectivo controlo jurisdicional da validade dos regulamentos administrativos, sobretudo quando afectem posições jurídicas substantivas (*maxime*, direitos fundamentais) dos cidadãos (3.4.3.2.).

3.4.3.1. Garantias procedimentais

A admissibilidade do reconhecimento aos regulamentos da função de dinamização da ordem jurídica encontra-se de mãos dadas com o estabelecimento de garantias

⁴¹³ Neste sentido, HOFFMANN-RIEM, «Gesetz...», cit., p. 68.

⁴¹⁴ Assim, *v. g.*, reclamando por uma atitude realista quanto aos poderes normativos delegados («realistic attitude towards delegated rule-making powers»), cujo reconhecimento se destina a favorecer objectivos democráticos e não o contrário, cf. LOGAN, «Post-War Machinery...», cit., p. 190. Este Autor apresenta como elementos relevantes de apreciação das vantagens da *delegated legislation*: consulta dos interessados, publicidade, submissão ao controlo jurisdicional. *V.* também BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 655 e ss., que põem a tónica na consulta de interesses e no controlo parlamentar.

procedimentais, que assegurem uma possibilidade de controlo (público e privado, administrativo e político) do exercício do poder regulamentar⁴¹⁵. Trata-se de uma consequência do próprio princípio democrático, que estabelece agora especiais exigências da perspectiva da publicidade, da informação e da articulação de interesses⁴¹⁶.

A acentuação da relevância do procedimento enquanto meio de garantia dos cidadãos constitui uma temática amplamente debatida pela doutrina, sobretudo a partir do momento em que se colocou o problema da recentralização do Direito Administrativo em torno do procedimento administrativo (que ocuparia o lugar até então detido pelo acto administrativo), a ponto de se aludir ao «procedimento como paixão»⁴¹⁷. Longe de nos pretendermos embrenhar nas questões dogmáticas suscitadas pela centralidade da figura do procedimento, procuraremos averiguar se as garantias por este oferecidas aos cidadãos no contexto da formação dos regulamentos se revelam suficientes (sobretudo em face das facultadas pelo procedimento legislativo) para alicerçar o papel de dinamização da ordem jurídica que defendemos.

Decorrência directa do princípio do Estado de direito⁴¹⁸, o princípio da procedimentalização de toda a actividade administrativa assume uma posição fulcral no âmbito do Direito administrativo. Neste sentido, o n.º 5 do artigo 267.º da Constituição vincule o legislador a elaborar um diploma sobre o processamento da actividade administrativa, tendo como coordenadas a racionalização dos meios e a participação dos cidadãos. A previsão de um procedimento dirigido à adopção de qualquer forma de

⁴¹⁵ Em sentido próximo, certos sectores da doutrina e da jurisprudência norte-americanas defendem que a eventual ausência de parâmetros à delegação legislativa efectuada pelo Congresso pode ser compensada pelo acréscimo de exigências procedimentais impostas às agências. Sem prejuízo da tendencial separação, efectuada a partir do caso «Whitman versus American Trucking Associations», de 27.02.2001 (in: *United States Supreme Court Cases & Opinions*, vol. 531, 2001, pp. 72 e s.), entre os requisitos da intelegibilidade da delegação e o *due process*, é historicamente verificável uma ligação entre ambos os problemas. Sobre esta questão, cf. WOOLHANDLER, «Delegation...», cit., pp. 223 e ss.. Claro está que, da nossa perspectiva, não se trata de advogar uma intercambialidade entre as exigências emergentes do princípio da legalidade (*maxime*, as subjacentes ao princípio da reserva de lei) e a existência de garantias procedimentais, mas apenas sublinhar que o reconhecimento de um poder regulamentar com a amplitude proposta tem de estar rodeado de um conjunto de garantias, entre as quais as advenientes do procedimento. Recusando, em geral, a legitimação técnico-procedimental como fundamento da legitimação dos poderes públicos das autoridades reguladoras independentes, cf. João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., pp. 192 e ss..

⁴¹⁶ SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 24; Cerulli IRELLI, *I Poteri...*, cit., p. 14, louvando-se na jurisprudência do *Consiglio di Stato*, a propósito do poder regulamentar das autoridades independentes.

⁴¹⁷ V. João LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Studia Iuridica 13, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 17 e ss.. Sobre a mutabilidade da relevância do procedimento administrativo (ou da regularidade procedimental) nos diversos ordenamentos jurídico-administrativos, cf. HENNEKE, «Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 1, ano 16, 2001, p. 73.

⁴¹⁸ Cf., por todos, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 274 e ss..

actuação administrativa consubstancia (ela própria) não só uma garantia dos administrados, como também uma garantia da juridicidade e da optimização da acção da Administração⁴¹⁹. Embora a relevância do procedimento seja, sobretudo, focada pela perspectiva do acto administrativo, o mesmo assume importância capital no domínio dos regulamentos administrativos, em consonância com a ideia de que não existe apenas um procedimento administrativo, mas *vários* procedimentos administrativos⁴²⁰. Não é, por isso, de estranhar que alguma doutrina mais recente defina também a normação (*Rechtsetzung*) mediante o recurso ao conceito de procedimento, identificando precisamente aquela tarefa como o “procedimento juridicamente desenvolvido e integrado no processo político de descoberta da decisão, que encerra uma decisão formalizada”⁴²¹.

Todavia, para além do n.º 7 do artigo 112.º, que, como corolário do princípio da precedência de lei, consagra o dever de citação da lei habilitante, não existem, no texto constitucional, disposições de forma (*lato sensu*) relativas aos regulamentos. Claro está que, quando esteja em causa a emissão de regulamentos independentes pelo Governo, sempre estes assumirão, de acordo com o n.º 6 do artigo 112.º, a forma de decreto regulamentar, o que os submete a um procedimento mais exigente que o previsto para os demais actos normativos da Administração, carecendo, nos termos constitucionais expressos, de referenda ministerial e de promulgação presidencial, o que os subordina, no mínimo, ao controlo político do Presidente da República⁴²².

⁴¹⁹ Cf. OSSENBUHL, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, fasc. 9, ano 1.º, Setembro 1982, pp. 465 e s..

⁴²⁰ V. também BARNES, «Sobre el Procedimiento Administrativo: Evolución y Perspectivas», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 295 e s..

⁴²¹ BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, cit., p. 55 (por consequência, o Autor entende que o estudo da normação administrativa deve ser dinamicamente perspectivado a partir dos «actores da normação», defendendo que mais importante que o estudo estático das normas administrativas é a percepção dinâmica do contexto da respectiva produção e, por conseguinte, dos valores, informações e interesses racionalmente veiculados no procedimento – *Op. cit.*, pp. 55 e s.).

⁴²² Esta exigência procedimental leva alguma doutrina (cf. A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., pp. 224 e s.) a defender que os decretos regulamentares constituem «regulamentos de valor reforçado». Entendemos, por isso, que não se revela dispensável a observância da forma decreto regulamentar, ainda quando as normas independentes do Governo se dirijam à concretização de políticas da UE e possam consubstanciar, nessa medida, normas de direito administrativo europeu. Advogando a posição inversa, cf. Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., pp. 192 e s.. Efectivamente, mesmo no quadro da densificação de políticas comunitárias, cujo cumprimento se encontra cometido ao controlo das entidades europeias, a circunstância de a intervenção normativa ter ocorrido no plano interno não a deverá, em nosso entender, subtrair à observância das normas constitucionais e legais aplicáveis, às quais também se encontra vinculado, justamente por estar em causa um direito (administrativo europeu) produzido a nível nacional. Se uma inovatória recompreensão das funções dos regulamentos administrativos poderá determinar, *de iure condendo*, uma renovação da lógica constitucional do poder regulamentar, tal não significa que, *de iure condito*, se admita a preterição das regras constitucionais de forma e procedimento, embora

No plano legal, e sem prejuízo da previsão de procedimentos especiais em alguns diplomas⁴²³, o CPA, ao invés do que sucede com o procedimento tendente à prática de um acto administrativo, dedica poucas disposições ao procedimento dirigido à emissão de regulamentos⁴²⁴ – sintoma de que, não obstante a acentuação constitucional do princípio da procedimentalização da actividade administrativa, a maior elaboração dogmática e legislativa pertence ainda ao procedimento dirigido à prática de acto administrativo, logo seguida, mercê das exigências europeias, do procedimento contratual (*lato sensu*)⁴²⁵. Apesar da parcimónia do legislador do Código no que tange à disciplina procedimental no plano dos regulamentos, torna-se possível identificar, a partir dos artigos 114.º e seguintes do CPA, as fases do procedimento-regra.

Assim, temos:

a) Fase preparatória, que envolve igualmente, embora com especificidades próprias, os momentos de iniciativa, instrução e participação. A iniciativa do procedimento regulamentar reveste carácter oficioso, sem prejuízo de o artigo 115.º do CPA prever a existência de um verdadeiro direito de petição em matéria regulamentar, que implica para a Administração o dever de informar os interessados acerca do destino dado às petições (artigo 115.º, n.º 2). No momento da instrução – que envolve os diversos actos destinados à identificação e comparação dos vários interesses afectados e ao estudo das questões em causa –, elabora-se o projecto de regulamento (correspondente ao articulado) e a respectiva nota justificativa, que contém a fundamentação jurídica das posições adoptadas (artigo

reconheçamos que a formulação da regra prevista no citado n.º 6 do artigo 112.º não se encontrava pensada para abranger as novas situações decorrentes da interpenetração das normas europeias nas normas nacionais.

⁴²³ Pense-se, v. g., nos procedimentos regulamentares das autoridades reguladoras (cf., sobre o procedimento dos regulamentos adoptados pela ANACOM, Pedro GONÇALVES, «Regulação...», cit., pp. 228 e s.) e os complexos procedimentos de formação de planos urbanísticos (v. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 391 e ss.).

⁴²⁴ A contenção do regime contido do CPA prende-se com razões históricas: não se encontrando, do ponto de vista do legislador, ainda solidificado o constitucionalismo democrático em Portugal e vigorando até então um regime desprocedimentalizado no que toca à emissão de regulamentos, os preceitos em causa assumiriam uma natureza intermédia entre o mínimo (ausência de participação dos interessados) e o máximo (imposição, em todos os casos, de uma audiência dos interessados ou uma apreciação pública), de forma a proporcionar uma consolidação no agir quotidiano da Administração dos princípios constitucionais do Direito Administrativo. Se, no contexto da redacção original do CPA, se compreendia uma certa prudência do legislador na adopção de uma procedimentalização aberta no âmbito da adopção dos regulamentos administrativos, a evolução verificada ao nível de alguns regulamentos administrativos especiais permite hoje colher uma nova perspectiva sobre a matéria. Neste sentido se inclinavam já M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 510 e s., estranhando, contudo, a permanência da situação normativa após a revisão do CPA operada em 1996.

⁴²⁵ Não sucede assim em todos os ordenamentos jurídicos – atente-se, v. g., no completíssimo procedimento previsto em Espanha para a emissão dos regulamentos do Governo: cf. PAREJO ALFONSO, *Lecciones...*, cit., pp. 153 e ss..

116.º do CPA). No que respeita à participação dos cidadãos, prevê o CPA duas modalidades fundamentais: a audiência dos interessados ou a apreciação pública (artigos 117.º e 118.º);

b) Fase constitutiva, que culmina com o acto de *aprovação* do regulamento (*Normsetzungsakt*) pelo órgão com competência regulamentar⁴²⁶;

⁴²⁶ Para a compreensão do acto de aprovação do regulamento como *momento constitutivo* do procedimento regulamentar parecem inclinar-se quer a legislação [cf., v. g., artigos 17.º, n.º 1, alínea j) 53.º, n.º 2, alínea a), e 64.º, n.º 7, alínea a), da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (alterada pelas Leis n.ºs 5-A/2002, de 11 de Janeiro, e 67/2007, de 31 de Dezembro) – aludindo à competência da assembleia de freguesia, da assembleia municipal e da câmara municipal, respectivamente, para aprovar regulamentos – e artigo 72.º, n.º 1, do CPTA – que se refere ao procedimento de aprovação de normas administrativas], quer alguma doutrina nacional (v. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 739; não se referindo explicitamente à aprovação, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 251, indicia a existência de um momento formal da perfeição do regulamento, corporizado, no caso de regulamentos emanados por órgãos individuais, numa decisão e, tratando-se de órgãos colectivos, numa deliberação).

Desta aprovação deve distinguir-se o conceito homólogo, entendido como acto integrativo de eficácia que traduz uma sanção hierárquica ou tutelar (cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 251 e s.), tal como prevê, v. g., o n.º 5 do artigo 29.º da *Lei das Associações Públicas Profissionais* (nos termos do qual “carecem de aprovação tutelar, que se considera dada se não houver decisão em contrário nos 90 dias seguintes, os regulamentos que versem sobre os estágios profissionais e as provas profissionais de acesso à profissão, as quotas e taxas associativas e as especialidades profissionais”).

É bastante expressiva, a este propósito, a doutrina alemã, que identifica, como acto central do procedimento normativo regulamentar, o *Normsetzungsakt* (ou *Rechtsetzungsakt*), i. e., o acto de emissão do regulamento administrativo pelo órgão competente, destinado a exprimir o facto que consiste na emissão de uma norma jurídica. A virtualidade alcançada pela identificação deste acto no seio do procedimento regulamentar prende-se com uma adequada compreensão dos vícios do procedimento (pense-se, v. g., nos requisitos necessários à aprovação de regulamentos em órgãos colegiais). Cf., em termos esquemáticos, sobre as condições formais de validade para a emissão de uma *Verordnung*, entre as quais se inclui o *Normsetzungsakt*, SCHWERDTFEGGER, *Öffentliches Recht...*, cit., pp. 205 e s.; v. também SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in Gestuften Rechtsordnungen*, Berlin Verlag, Berlin, 1994, pp. 93 e s.). A este conceito estrito de *Normsetzungsakt* (ao qual, de resto, nos pretendemos reportar no texto) encontramos, por vezes, referências a uma noção mais ampla, destinada a identificar qualquer acto normativo – para uma utilização do conceito neste último sentido, cf., v. g., SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 167.

A doutrina germânica vem reflectindo ainda sobre a natureza jurídica do *Normsetzungsakt*. Quando se trata da aprovação de regulamentos administrativos (*Verordnungen* ou *Satzungen*), não persistem grandes dúvidas sobre a natureza jurídico-pública do acto de aprovação: para esta solução concorre a inquestionável publicidade inerente às normas aprovadas. Se maiores dúvidas pode suscitar a emissão de instruções que afectem apenas os trabalhadores vinculados à Administração por um contrato de direito privado, a doutrina soluciona o problema mediante a distinção entre instruções no âmbito organizatório (*amtliche Weisungen*) e instruções no âmbito pessoal (*persönliche Weisungen*), considerando as primeiras como normas de direito público e, como tal, afirmando a natureza jurídico-pública do respectivo acto de aprovação (cf. EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 418 e ss., 426 e ss.).

Especiais dificuldades concita a indagação sobre a configuração do *Normsetzungsakt* como acto administrativo. Trata-se de uma problemática com a qual BETTERMANN («Rechtssetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt», in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, vol. II, Beck, München/Berlin, 1965, pp. 723 e ss.) se cruzou quando avaliava a natureza jurídica da aprovação estadual de uma *Satzung*; entre nós, é também possível encontrar projecções da ideia da aprovação do regulamento como acto administrativo em alguma jurisprudência – cf., v. g., Acórdão do STA, de 11.03.2010, P. 1172/09, processo em que se impugnava a deliberação camarária que aprovava o regimento das reuniões da câmara municipal; alguma oscilação se tem manifestado a propósito da deliberação de assembleia municipal que aprova um plano urbanístico (sobre esta matéria, v., mas com uma posição diversa da que perfilhamos, F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 720 e s., n. 420). Sem que optemos por um conceito de *Rechtsetzungsakt* tão amplo

c) Fase integrativa de eficácia, corporizada essencialmente (mas não só) na publicidade.

A partir da delineação destas três fases, percebemos que as garantias oferecidas pelo procedimento regulamentar se polarizam em torno de três aspectos fundamentais – a fundamentação (oferecida pela nota justificativa do projecto), a participação dos interessados e a publicidade – todos eles densificadores da existência de um *due process*⁴²⁷.

I. A fundamentação das actuações jurídicas administrativas, sobre a qual a doutrina reflecte em especial quando está em causa a prática de um acto administrativo, revela-se igualmente determinante no âmbito dos regulamentos, sendo também aqui possível identificar uma fundamentação formal (enquanto simples exposição dos motivos da decisão) e uma fundamentação material (enquanto projecção da decisão no contexto dos seus parâmetros de validade e tendo como objectivo último a correcção material das normas regulamentares)⁴²⁸. No plano normativo, a fundamentação reveste, pois, uma tripla

como o propugnado por BETTERMANN («Rechtssetzungsakt...», cit., pp. 738 e 743) – que o identifica com qualquer acto jurídico dirigido à criação, modificação, revogação ou suspensão de normas jurídicas –, seguimos a sua conclusão no que tange à exclusão da natureza de acto administrativo à aprovação do regulamento. Uma posição contrária implica introduzir um dispensável elemento de complexidade na teoria do procedimento regulamentar: quando um regulamento é emitido, absorve a aprovação como um trâmite do procedimento, *in casu*, do momento constitutivo, não se sentindo qualquer imperativo (substantivo) ou necessidade (processual) de autonomização funcional de um *acto administrativo* de aprovação do regulamento.

E contra esta perspectiva não se argumente com a existência de vícios susceptíveis de afectar *exclusivamente* este acto de aprovação (como sucederia, por excelência, no âmbito de órgãos colegiais: pense-se, *v. g.*, em vícios relativos à maioria deliberativa, à falta de *quorum*, à menção na convocatória); a verificarem-se, tais vícios correspondem a ilegalidades ocorridas no procedimento tendente à emissão do regulamento. Eis-nos diante de uma hipótese paralela à do procedimento legislativo (e das inconstitucionalidades das leis), onde também não se apresenta uma autonomização do acto de aprovação face ao diploma aprovado, pelo que as eventuais inconstitucionalidades ocorridas nesse momento implicam a inconstitucionalidade (procedimental) da lei. Cf., *v. g.*, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 875 e ss., 959 e s. (nestas últimas, debruçando entre «vícios do acto» e «vícios das disposições»); Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 37; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, pp. 152 e s.; Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1324.

Na nossa óptica, os embaraços apenas surgem nas situações (como as consideradas, *ex professo*, por BETTERMANN, *Op. cit.*, *passim*) em que se verifica uma partilha do exercício do poder regulamentar (não estando reunidas no mesmo órgão a competência para elaborar o diploma e a competência para o aprovar) e o órgão a quem compete a aprovação se recusa a aprovar o regulamento. Nesta hipótese, já se nos afigura legítimo admitir que a *recusa (expressa ou implícita) da aprovação de um regulamento* consubstancie um acto administrativo. Não subsistem agora os óbices relacionados com a fusão da aprovação do regulamento com o próprio diploma – o qual, *ex definitione*, não chega a existir neste caso, em que o procedimento regulamentar não termina com a criação de um regulamento administrativo, mas, pelo contrário, com uma decisão de não emissão do regulamento.

⁴²⁷ *V.* também sobre os elementos integrantes do procedimento justo, João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., pp. 256 e s.

⁴²⁸ Sobre estes conceitos, cf. Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 11 e ss.. Relativamente à «plurifuncionalidade da fundamentação», *v.* também David DUARTE, *Procedimentalização, Participação e*

função de autocontrolo, protecção jurídica individual e fiscalização judicial: permitindo que o órgão decisor, num juízo de prognose póstuma, controle a oportunidade e a conveniência das medidas normativas tendo em conta o relatório elaborado pelo órgão instrutor⁴²⁹, e que os respectivos destinatários afirmam da legalidade da medida, a fundamentação assume carácter necessário para uma fiscalização judicial da legalidade do regulamento⁴³⁰. Assim se compreende a preocupação manifestada pelo legislador do CPA que, sob a epígrafe «projecto de regulamento», estabelece a obrigatoriedade de o projecto de regulamento (*hoc sensu*, o articulado das disposições) ser acompanhado de uma “nota justificativa fundamentada” (artigo 116.º).

A nota justificativa conterà, por princípio, a *fundamentação administrativa* – que compreende a alusão aos interesses públicos coenvolvidos, e que implica a formulação de um necessário juízo finalístico de ponderação entre custos e benefícios⁴³¹ – e a *fundamentação jurídica* das medidas constantes do diploma, a qual obriga, desde logo, à referência das normas legais que servem de base à emissão do regulamento⁴³². Se a fundamentação administrativa, além do relevo que possui em termos interpretativos,

Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 237 e ss..

⁴²⁹ Esta função de autocontrolo estava bem patente no artigo 29.º do *Regimento do Conselho de Ministros* do XVII Governo Constitucional (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2005, de 15 de Abril, alterado e republicado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 198/2008, de 30 de Dezembro), que disciplina pormenorizadamente o conteúdo da nota justificativa dos projectos remetidos pelo(s) gabinete(s) do(s) ministro(s). O actual *Regimento do Conselho de Ministros* do XVIII Governo Constitucional (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 77/2010, de 11 de Outubro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 36/2010, de 10 de Dezembro) prevê apenas a elaboração de uma informação sobre o impacto da medida normativa em causa, decorrente do preenchimento de um formulário integrado no sistema de gestão documental da rede informática do Governo, sem prejuízo da realização de um estudo de avaliação prévia do impacto do acto normativo (cf. artigo 20.º, aplicável aos regulamentos governamentais por remissão do artigo 44.º). Observe-se, porém, que, quer a nota justificativa, quer a informação sobre o impacto da medida normativa assume natureza de documento interno do Governo, não se identificando exactamente com a “nota justificativa fundamentada” referida no artigo 116.º do CPA, que possui uma maior amplitude.

⁴³⁰ Neste sentido, OSSENBÜHL, «Rechtsverordnung», cit., p. 418.

⁴³¹ Assim, v. g., o *Regulatory Flexibility Act* norte-americano (de 1980, mas revisto em 1996) impõe que, aquando da disponibilização de projectos de regulamentos no quadro de certos procedimentos normativos das agências reguladoras, seja igualmente incorporado na proposta um relatório de análise da flexibilidade regulatória (*regulatory flexibility analysis*), destinada a apreciar qual o impacto do regulamento proposto em pequenas empresas, apreciando ainda as alternativas em função do cumprimento dos objectivos do regulamento e da minimização do impacto económico nas pequenas empresas (cf. §§ 603 e seguinte). Sobre este diploma, v. VERKUIL, «A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act», in: *Duke Law Journal*, n.º 2, vol. 1982, Abril 1982, pp. 213 e ss..

No mesmo sentido se orientam os ordenamentos alemão e britânico: embora na ausência de qualquer disposição (desde logo, de natureza constitucional) que imponha a fundamentação das *Verordnungen* e dos *statutory instruments*, defende-se, em ambos os casos, a existência de um dever de fundamentação dos diplomas – cf. VAGT, *Rechtsverordnungen...*, cit., pp. 184 e s., 187 e s..

⁴³² Cf. também M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 521, anotação IV ao artigo 116.º.

assume uma importância determinante em sede de controlo do mérito e da oportunidade das normas emanadas pelo órgão⁴³³, a fundamentação jurídica permite, no mínimo, o controlo da habilitação.

Note-se, porém, que a fundamentação pressuposta pelo artigo 116.º CPA corresponde a uma obrigação puramente endoprocedimental⁴³⁴ («fundamentação procedimental»⁴³⁵), que se reporta, não ao texto final do regulamento, mas tão-só ao respectivo projecto de articulado. Trata-se, pelo menos à partida, de solução diversa da seguida quer, no quadro do procedimento de elaboração de normas regulamentares, por outros sistemas jurídicos⁴³⁶, quer no âmbito do direito europeu: o artigo 296.º do TFUE impõe a fundamentação dos actos jurídicos da União, a implicar, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que tais actos contenham uma exposição das razões de facto e de direito que conduziram à sua emissão, de modo a que o Tribunal possa controlá-los e que os Estados-membros ou outros interessados conheçam as condições nas quais as instituições comunitárias aplicaram o Tratado⁴³⁷.

⁴³³ No mesmo sentido, também BASSOLS COMA («El Control...»), cit., p. 48) entende deterem a motivação e a fundamentação do poder regulamentar um importante papel no adequado controlo do exercício da discricionariedade regulamentar.

⁴³⁴ OSSENBÜHL («Rechtsverordnung», cit., pp. 418 e s.) distingue entre os deveres internos de fundamentação (*interne Begründungspflichten*) e os deveres externos de fundamentação (*externe Begründungspflichten*). Trata-se de uma classificação que, embora conhecendo lastro no texto, não acolhemos inteiramente, uma vez que a nota justificativa pressuposta pelo artigo 116.º adquire uma nítida projecção externa no momento em que os interessados são chamados a participar no procedimento (não se destinando a fundamentação a operar apenas nas relações intra- ou inter-orgânicas, como está subjacente ao conceito daquele Autor). Apesar de os artigos 117.º e 118.º aludirem apenas à audição sobre o *projecto de regulamento* ou à apreciação pública do *projecto de regulamento*, respectivamente, deve entender-se que tal referência não envolve apenas o articulado do diploma (*projecto stricto sensu*), mas também a respectiva nota justificativa, podendo o órgão optar por elaborar notas justificativas diferentes (mas coerentes entre si) em função dos destinatários em causa e dos planos em decorrer (assim, já M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 521, comentário IV ao artigo 116.º). Este sentido amplo conferido ao «projecto de regulamento» (que compreende a nota justificativa a par do articulado das disposições – este último correspondente ao «projecto de regulamento» *stricto sensu*) acaba por ser corroborado pela epígrafe do artigo 116.º.

Nesta medida, afastamo-nos da posição de M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2007, p. 248, que conferem à nota justificativa um alcance puramente interno (por via de regra), tendo em conta o disposto no já citado artigo 29.º do *Regimento do Conselho de Ministros* do XVII Governo Constitucional.

⁴³⁵ Sobre os vários tipos de «fundamentações procedimentais», cf. David DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., pp. 434 e ss..

⁴³⁶ Assim, v. g., no direito norte-americano, exige-se que o regulamento seja publicado acompanhado de uma declaração geral sobre o seu fundamento e propósito, na qual devem igualmente figurar elementos que permitam comprovar a tomada em consideração das observações, propostas ou críticas efectuadas pelos cidadãos no período de discussão – cf. CARBONELL/MUGA, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 72.

⁴³⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça «Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH e Rewe-Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel», de 07.07.1981, P. 158/80, ponto 25, que invalidou um regulamento comunitário por violação do dever de fundamentação; louvando-se na jurisprudência emergente desta decisão, v. também

Em cumprimento do disposto no n.º 7 do artigo 112.º da Constituição, parece que apenas a fundamentação jurídica consubstanciada na *citação da lei habilitante* terá de aparecer impreterivelmente vertida no texto final do regulamento, visto que tal referência, além de conferir transparência ao diploma regulamentar e explicitar o seu carácter de diploma normativo com valor infra-legal, favorece a sindicabilidade contenciosa do regulamento e exprime o princípio da precedência de lei. Não estão, todavia, os órgãos impedidos de, no próprio texto do diploma regulamentar, explicitarem os respectivos fundamentos, para além de procederem ao cumprimento do dever de citação da lei habilitante; com efeito, tal explicitação poderá revelar-se conveniente para defesa da própria Administração, contribuindo inclusivamente para um mais adequado controlo judicial da juridicidade das normas, desde logo, no que tange ao cumprimento dos princípios da igualdade e da proporcionalidade (nem sempre recognoscível pela simples análise do articulado normativo)⁴³⁸. Resta saber se se não poderá ir mais longe, defendendo a necessidade de fundamentação, no texto final, dos regulamentos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos: se é certo que já existe uma primeira fundamentação constante do projecto de regulamento, não se revela menos despidendo que a transparência, a racionalidade do agir administrativo e o efectivo conhecimento pelos cidadãos dos motivos determinantes das opções (jurídicas e políticas) constantes do regulamento sairiam reforçados⁴³⁹.

Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias/Conselho das Comunidades Europeias», de 26.03.1987, P. 45/86, pontos 5 e seguintes (onde o Tribunal manifestou uma interpretação rigorosa da obrigação de fundamentação, mesmo não estando em causa um acto individual). *V.* ainda, a título meramente exemplificativo, quanto a outros actos, Acórdão «República Francesa/Comissão das Comunidades Europeias», de 17.05.1994, P. C-41/93, ponto 34 (relativamente a uma decisão) e Acórdão «República Federal da Alemanha/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia», de 13.05.1997, P. C-233/94, pontos 22 e seguintes (relativamente a uma directiva).

Sobre a obrigação de fundamentação dos actos jurídicos da União, cf., entre nós, com amplas referências jurisprudenciais, Paulo Lopes LOURENÇO, *Fundamentação dos Actos Comunitários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, *passim* (esp.^{te}, da nossa perspectiva interessada, pp. 123 e ss., sobre fundamentação de actos legislativos e normativos; pp. 211 e ss., sobre a densificação das funções da fundamentação, assinaladas em texto e decantadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça); Margarida Telles ROMÃO, *Liberdade e Vinculação na Administração Comunitária*, Centro de Informação Europeia Jacques Delors, Lisboa, 2001, pp. 57 e ss.; Suzana Tavares da SILVA, *Direito...*, cit., p. 18.

⁴³⁸ Cf. OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 45, ano 39, Novembro 1986, p. 2809.

⁴³⁹ *V.* também OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., pp. 2809 e s., a defender a existência de um dever de fundamentação dos regulamentos, análogo ao dever de fundamentação de actos administrativos, como decorrência do princípio do Estado de direito. Aliás, o STA concebe o dever de fazer acompanhar o projecto de uma nota justificativa como uma exigência idêntica ou paralela à da fundamentação do acto administrativo – cf. Acórdão de 02.07.2002, P. 0519/02.

A circunstância de o texto final do regulamento não ter de comportar necessariamente toda a fundamentação constante da nota justificativa não preclui a consideração de que a não elaboração dessa nota justificativa destinada a acompanhar o projecto gera a invalidade do diploma final, por vício de procedimento. A doutrina salienta estarmos diante de uma formalidade essencial para o adequado desenrolar da fase de participação dos cidadãos, pelo menos quando a inexistência de fundamentação torna inviável uma esclarecida intervenção dos particulares no procedimento regulamentar (e, sobretudo, quando tal participação representa o exercício de um direito fundamental), atingindo ainda o interesse público da clarificação do exercício do poder regulamentar⁴⁴⁰.

II. Também no âmbito do procedimento normativo, a participação, enquanto expressão do reconhecimento de várias autonomias sociais⁴⁴¹ e da «democracia de proximidade»⁴⁴², e enquanto elemento imprescindível ao combate contra o «défice de cidadania» (*citizenship deficit*)⁴⁴³, constitui um elemento fundamental da compreensão do próprio Estado de direito, tutelando os direitos e interesses dos cidadãos que assim também podem ser conhecidos pela Administração, reforçando ou conferindo legitimidade democrática das/às normas, e melhorando as respectivas legalidade, eficácia e qualidade⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Defendendo a ilegalidade do regulamento em virtude da ausência de nota justificativa, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 522, comentário V ao artigo 116.º. Diferentemente, v. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 258, que defendem a sanção da irregularidade para os casos de falta da nota justificativa prevista pelo artigo 116.º, em atenção ao carácter meramente interno da formalidade preterida.

⁴⁴¹ Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 64.

⁴⁴² Em França, a *Loi* n.º 2002-272, de 27 de Fevereiro de 2002, intitulada como reportando-se à «democracia de proximidade» (*relative à la démocratie de proximité*), veio justamente estabelecer, *inter alia*, um conjunto de mecanismos de participação dos cidadãos, designadamente ao nível de projectos da Administração (cf., v. g., os artigos 132 a 134, que introduzem alterações ao *Code de l'Environnement* e ao *Code de l'Aviation Civile*, no sentido de promover a concertação de interesses e, para tal, a intervenção dos particulares na formação da decisão pública, *lato sensu*).

⁴⁴³ Sobre o conceito, cf., por todos, NABATCHI, «Addressing the Citizenship and Democratic Deficits: The Potential of Deliberative Democracy for Public Administration», in: *The American Review of Public Administration*, n.º 4, vol. 40, Julho 2010, p. 378.

⁴⁴⁴ Precisamente nestes termos, MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 375 (sobre as funções da audiência prévia no procedimento tendente à adopção de *disposiciones administrativas*). ROSSEN-STADTFELD («Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2008, p. 626) enfatiza que, se a tradicional função da *Beteiligung* se identificava com a necessidade de fornecer à Administração as informações imprescindíveis à adopção de decisões legais e efectivas, as modernas exigências da *Partizipation* reconduzem-se a possibilitar aos actores privados uma intervenção mais qualificada nos procedimentos, correspondendo aos desejos de «optimização democrática» (relativamente à destrinça entre os conceitos de *Beteiligung* e *Partizipation*, cf. *Op. cit.*, pp. 659 e ss.).

No que tange às funções desempenhadas pela participação procedimental, cf. Baptista MACHADO, «Participação...», cit., pp. 37 e ss.; David DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., pp. 159 e ss.; associando constitutivamente a participação à génese do Direito Administrativo português, concebendo-o como “sistema

Em causa está a garantia da *deliberative democracy* e da *public accountability*, que implica o envolvimento dos cidadãos e da sociedade na adopção das decisões normativas⁴⁴⁵ e que permite conferir à participação a dignidade de um valor jurídico próprio (*Rechtswert an sich*)⁴⁴⁶. Por seu lado, o reconhecimento que certas tarefas normativas podem ficar confiadas à Administração, depois de os princípios fundamentais já constarem de acto legislativo, incrementa a abertura dos poderes públicos ao acolhimento das posições dos cidadãos, agora primacialmente dirigidas à implementação das normas legislativas⁴⁴⁷ – em total consonância com o princípio democrático que postula a participação dos cidadãos nas decisões públicas (democracia participativa); neste sentido, a abertura à participação e à colaboração dos particulares constitui um insubstituível mecanismo de democratização da acção administrativa⁴⁴⁸. Quer dizer, a associação entre uma renovada compreensão das funções do regulamento e procedimento administrativo implica atribuir a este último uma vocação não apenas racionalizadora, mas, desde logo, garantidora dos direitos dos particulares⁴⁴⁹, no contexto geral da publicidade como instrumento de controlo da Administração⁴⁵⁰.

Não é por acaso que alguma doutrina alemã se vem referindo ao impacto que uma concepção do Estado enquanto «Estado cooperativo» implica ao nível da participação de privados nos procedimentos de normação, sejam eles legislativos ou mesmo administrativos⁴⁵¹. Esta consideração acaba por encontrar uma motivação no facto de a consulta de interesses (*consultation of interests*), exigida como condição da *delegated*

de normas destinadas a garantir a participação democrática dos cidadãos na gestão administrativa local”, cf. Marcello CAETANO, «Tendências...», cit., p. 28. Tal não significa que a importância revestida pela participação para complementar a legitimação da normação administrativa imponha, em todos os casos, uma participação de todos os cidadãos – GÖSSWEIN, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der Administrativen Normsetzung?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 121 e s..

⁴⁴⁵ Cf. também Gomes CANOTILHO, «Entre os Humores de Hipócrates e a *Governance* da Saúde», in: *Admirar os outros*, Almedina/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 257; NABATCHI, «Addressing the Citizenship...», cit., p. 385.

⁴⁴⁶ OSSENBÜHL, «Verwaltungsverfahren...», cit., p. 466.

⁴⁴⁷ Neste sentido, ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., p. 109 (ainda que as considerações tecidas por este Autor ganhem uma acuidade significativamente maior no ordenamento inglês que no direito português, em virtude de, naquele sistema, o poder legislativo se não encontrar partilhado entre Parlamento e Governo).

⁴⁴⁸ Sobre a participação como decorrência do princípio democrático, cf. GLAESER, «Partizipation na Verwaltungsentscheiden», in: *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 31, De Gruyter, Berlin/New York, 1973, pp. 209 e ss..

⁴⁴⁹ Desenvolvidamente, sobre esta função, ROSSEN-STADTFELD, «Beteiligung...», cit., pp. 644 e ss..

⁴⁵⁰ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit. p. 25.

⁴⁵¹ V., por todos, BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen...*, cit., *passim*.

*legislation*⁴⁵², não se destinar única e exclusivamente a prosseguir uma função de tutela dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (perspectiva que privilegiamos neste momento), mas possuir também como escopo a necessidade de levar ao conhecimento da Administração um conjunto de elementos imprescindíveis e relevantes a uma adequada decisão normativa, função que assume uma importância decisiva tendo em conta o grau de complexidade e tecnicidade revestido por alguns regulamentos⁴⁵³, bem como a indeterminação dos interesses (públicos e privados) coenvolvidos e a multiplicidade de alternativas decisórias, que tendem a tornar a actividade administrativa praticamente incontrolável. Nesta perspectiva, a participação dos interessados assume-se quer como um direito, quer como uma autêntica contribuição funcional⁴⁵⁴, porquanto “os problemas do Estado são cada vez menos originais, menos diferentes, menos isoláveis e ditam-lhe esta necessidade de cooperação”⁴⁵⁵, acabando o próprio interesse público por ser co-constituído através do contributo da pluralidade de interesses privados levados ao procedimento⁴⁵⁶. Claro está que a efectividade da garantia de participação dos cidadãos no procedimento administrativo regulamentar depende ainda da abertura administrativa a

⁴⁵² Cf., por exemplo, BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., p. 665, ainda que o conceito de «consulta de interesses» tenha um alcance mais amplo, envolvendo a consulta de outras entidades especializadas integradas no seio da Administração. A afirmação desta ideia no contexto britânico assume um significado preponderante, visto que o designado *duty to act fairly* (*i. e.*, de consultar entidades externas e ponderar os comentários recebidos) – se bem que característico da democracia inglesa – não se considera, em geral, extensível a actos de conteúdo geral (*policy* e *rulemaking*), circunscrevendo-se, em regra, ao plano do processo judicial o âmbito do princípio *audi alteram partem*, enquanto um dos corolários (a par do princípio da imparcialidade – *nemo iudex in causa sua*) da *natural justice* (por oposição à *fairness*). Cf. CRAIG, *Administrative Law*, 6.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2008, pp. 371 e ss., esp.^{1c} pp. 473 e s., 376 e ss., 379 e s., 396 e s..

⁴⁵³ A doutrina alude, a este propósito, a uma participação *subjectiva* e a uma participação *objectiva*, conceitos não necessariamente contrapostos, mas complementares, porquanto perfilam o cidadão na sua dupla face de indivíduo (a proteger os seus direitos e interesses) e membro de uma comunidade (a fornecer à Administração os elementos ou informações necessários ou relevantes à decisão). Sobre esta matéria, cf. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 449 e ss.; v. também COGNETTI, *La Tutela...*, cit., pp. 50 e ss., para a compreensão da dupla face da participação como *oferta de colaboração* do cidadão e *pretensão de tutela* do particular, à luz do direito alemão. Cf. ainda Joana MENDES, *Rights...*, cit., pp. 49 e s., acentuando a prevalência da função de consideração de interesses, relegando para segunda linha a protecção dos direitos e interesses dos cidadãos.

⁴⁵⁴ COGNETTI, *La Tutela...*, cit., pp. 54 e 58; neste contexto e na mesma linha, e aliando as perspectivas *subjectiva* e *objectiva* da participação, o Autor acaba por conceber esta última como uma espécie de compensação em face da atribuição de um poder discricionário especialmente amplo e/ou tendencialmente ilimitado (*Op. cit.*, pp. 55 e s.).

⁴⁵⁵ Vieira de ANDRADE, *Grupos...*, cit., p. 27.

⁴⁵⁶ HÄBERLE, *Öffentliches Interesse...*, cit., p. 95 (aludindo, inclusivamente, a uma *ex processu salus publica* – *Op. cit.*, pp. 87 e ss.).

modificações decorrentes das sugestões e dos contributos proporcionados pelos interessados⁴⁵⁷.

No mesmo sentido, o direito europeu inclui a abertura e a transparência no conjunto dos princípios de Direito Administrativo pressupostos pelo *Espaço Administrativo Europeu*, sublinhando o seu carácter funcionalmente orientado, destinado a promover escrutínio por todos aqueles que sejam afectados pela actividade administrativa (independentemente da forma por esta assumida)⁴⁵⁸, em consonância com a ideia segundo a qual a participação assume, relativamente aos cidadãos, uma dupla função de colaboração e defesa⁴⁵⁹. O *interest representation model* constitui, aliás, um procedimento fulcral do Direito Administrativo Europeu, no contexto do desenvolvimento de tarefas que exigem uma interacção entre interesses europeus e estaduais, promovendo-se, nesta hipótese, a publicitação dos projectos de normas pelos Estados-membros, de forma a colher não apenas os contributos dos Estados, mas também dos organismos com interesses na área objecto de regulamentação⁴⁶⁰.

A própria Constituição exige que a Administração Pública seja estruturada de modo a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva: o n.º 1 do artigo 267.º consagra um direito de participação dos interessados, erigindo, em simultâneo, um princípio normativo e um “padrão de constitucionalidade das normas legais que tenham

⁴⁵⁷ Cf. Acórdão do STA, de 21.05.2008, P. 1159/05 (sumário in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Julho/Agosto 2008, p. 74, n.º 2102); como também sublinha o Tribunal, esta incorporação dos contributos dos interessados no projecto de regulamento (*in casu*, o regulamento do Plano de Ordenamento do Parque Natural da Arrábida) não pode constituir uma forma de prolongar *ad aeternum* a fase da discussão pública, razão por que nem todas as alterações da proposta provocam a reabertura da discussão pública, mas apenas aquelas que importem uma inovação normativa essencial, representativa da negação dos pontos nucleares que formaram a substância do texto participado, com consagração de soluções fundamentalmente diferentes, com as quais os particulares não podiam razoavelmente contar. Neste sentido já se havia orientado também o STA, no Acórdão de 11.10.2007, P. 1167/2005.

⁴⁵⁸ Sobre a abertura e a transparência neste contexto, cf. *European Principles...*, cit., pp. 11 e ss..

⁴⁵⁹ V. Joana MENDES, *Rights of Participation in European Administrative Law – A Rights-Based Approach to Participation in Rulemaking*, polic., European University Institute, Florence, 2008, pp. 24 e ss. (incidindo sobre as diversas posições relacionadas com a participação). Sobre a representação de interesses no âmbito do Direito da UE e para uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, cf. *Op. cit.*, pp. 57 e ss., 146 e ss., e pp. 125 e ss., respectivamente.

⁴⁶⁰ Cf. CASSESE, «Il Diritto...», cit., pp. 46 e s., 50 e s.. Trata-se de um modelo que conhece também um desenvolvimento significativo no Direito Administrativo norte-americano, onde surge concebido como uma forma de compensar os limites de uma compreensão do Direito Administrativo pensada unicamente em redor da representação eleitoral (STEWART, «US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?», in: *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Primavera/Outono 2005, p. 75). Sobre o mecanismo da representação de interesses, cf. Barbosa de MELO, «Introdução às Formas de Concertação Social», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LX, 1984, pp. 91 e s..

por objecto a formação de regulamentos⁴⁶¹; por sua vez, o n.º 1 do artigo 268.º garante o direito de os cidadãos serem informados sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados – preceito que, em consonância com a intencionalidade subjacente à participação dos interessados no procedimento administrativo, deve ser interpretado no sentido de que os cidadãos têm não apenas o direito de trazer os seus conhecimentos à Administração, mas ainda o direito de se oporem às pretensões normativas daquela, com o objectivo de defenderem os direitos ou interesses legalmente protegidos, susceptíveis de serem afectados pelo regulamento⁴⁶². A emergência da «sociedade de informação» veio insuflar um novo relevo à imposição constitucional da participação dos interessados, constituindo uma refacção expressa da acentuada ideia de que, na maioria das vezes, não estão os órgãos administrativos dotados de meios para conhecer todos os elementos necessários à sua actuação (a postular uma revisão do princípio da oficialidade e a sua substituição por uma colaboração activa dos particulares) e introduzindo novas formas de comunicação entre Administração e particulares⁴⁶³.

Por seu lado, em domínios jurídicos específicos, a Lei Fundamental salvaguarda a participação dos interessados em procedimentos normativos: assim sucede, nos termos do n.º 5 do artigo 65.º da Constituição que garante aos interessados a participação na elaboração⁴⁶⁴ dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território. Por seu lado, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 54.º e a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 56.º da CRP prevêm como direito das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, a participação na elaboração da «legislação do trabalho», a abranger, numa interpretação jurídico-constitucionalmente adequada que atenda à teleologia da consagração dos direitos dos trabalhadores e das associações que os

⁴⁶¹ Sérvulo CORREIA, «A Jurisprudência Constitucional e o Direito Administrativo», in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 113.

⁴⁶² Assim também, no contexto da experiência urbanística italiana, COGNETTI, *La Tutela...*, cit. p. 62.

⁴⁶³ Cf. BARNES, «Sobre el Procedimiento...», cit., pp. 305 e ss..

⁴⁶⁴ De acordo com o Tribunal Constitucional, o vocábulo “elaboração”, presente no n.º 5 do artigo 65.º, deve ser interpretado de forma a reconduzir a garantia constitucional da participação democrática à *criação e desenvolvimento* dos instrumentos de planeamento, mas já não à prorrogação de um regime pré-existente (ainda que a essa prorrogação seja conferida eficácia retroactiva) – cf. Acórdãos n.ºs 360/2004, de 19 de Maio (in: *Diário da República*, II Série, n.º 151, 29.06.2004, pp. 9696 e s.), 394/2004, de 2 de Junho (in: www.tribunalconstitucional.pt, ponto 8) e 436/2004, de 22 de Junho (in: *Diário da República*, II Série, n.º 255, 29.10.2004, p. 15923).

representam, a participação também em diplomas regulamentares que contenham decisões inovadoras ou substantivas sobre aspectos relacionados com os trabalhadores⁴⁶⁵.

Em sentido idêntico, o legislador do CPA consagra, como princípio geral da actividade administrativa, o *princípio de participação*, nos termos do qual “os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito” (cf. artigo 8.º). O artigo 53.º determina genericamente que têm legitimidade para intervir no procedimento os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, bem como as associações sem carácter político ou sindical que tenham por fim a defesa desses interesses (n.º 1), círculo de entidades que é aumentado quando está em causa a protecção de interesses difusos (n.ºs 2 e 3). O facto de, quando versa especificamente sobre o procedimento regulamentar, o CPA não impor um modelo de participação – mas limitar-se a remeter para legislação especial a disciplina desta matéria (cf. artigos 117.º e 118.º) – não prejudica o exercício deste direito pelos cidadãos. Por outras palavras, a circunstância de os artigos 117.º e 118.º não serem directamente aplicáveis⁴⁶⁶ não pode constituir pretexto para um *deficit* nas garantias procedimentais dos interessados. Na verdade, a remissão efectuada para outra legislação não preclude, de forma alguma, as exigências (constitucionais) dirigidas a assegurar a participação dos cidadãos nas decisões (*lato sensu*) que lhes disserem respeito, motivo pelo qual, ainda quando a legislação especial o não preveja, impor-se-á, por força dos princípios constitucionais da actividade administrativa, a participação dos interessados no procedimento de formação de regulamentos, ainda que, nessa altura, nos moldes a definir pelo órgão administrativo⁴⁶⁷ - é que a própria referência, emergente do n.º 5 do artigo 267.º da CRP, à participação dos cidadãos na formação das decisões ou das deliberações que lhes disserem respeito (ou, mais adequadamente no domínio em que nos movemos, dos

⁴⁶⁵ Assim também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 725, anotação XV ao artigo 54 (v. também p. 742, anotação IV ao artigo 56.º, que remete para a primeira referência).

⁴⁶⁶ V., porém, Marcelo Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 249 e s., que defendem a aplicabilidade directa do artigo 118.º do CPA, entendendo que as disposições sobre apreciação pública são auto-exequíveis e, por consequente, todos os regulamentos se encontram sujeitos a apreciação pública.

⁴⁶⁷ Em sentido diverso, o STA, louvando-se na inaplicabilidade directa das normas constantes dos artigos 117.º e 118.º e na inexistência de uma conexão entre a participação dos interessados e o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, não entendeu ferido de ilegalidade um regulamento cujo procedimento de aprovação não integrou qualquer momento de participação dos cidadãos – cf. Acórdão de 02.07.2002, P. 519/02.

actos da Administração pelos quais sejam afectados) cria um direito de participação (que não necessariamente de audiência) também no procedimento regulamentar⁴⁶⁸.

Por outro lado, o CPA adianta as (algumas possíveis) formas de propiciar essa participação, esclarecendo ainda que apenas razões de interesse público devidamente fundamentadas (que se prendam, *v. g.*, com a urgência na elaboração do regulamento, ou que contendam com matérias confidenciais, relativas, designadamente, à segurança nacional)⁴⁶⁹ justificarão a não divulgação do projecto de regulamento aos interessados para que estes sobre ele possam emitir as suas críticas e observações. De qualquer modo, a intervenção dos particulares apenas poderá ocorrer num momento em que já haja sido desencadeado o processo, não existindo entre nós, sem prejuízo do disposto no já mencionado artigo 115.º do CPA, um direito de iniciativa popular.

A um outro nível, e embora circunscrito a actos e diplomas sujeitos a aprovação do Conselho de Ministros ou dos membros do Governo, o Decreto-Lei n.º 274/2009, de 2 de Outubro, veio estabelecer um procedimento de consulta formal de entidades públicas e privadas, enquanto medida de valorização da cidadania e de promoção da participação democrática. Unificando, sob um regime geral, a disciplina das consultas previstas em diversos diplomas legais, o Decreto-Lei n.º 274/2009 distingue entre consulta directa (realizada através do envio às entidades públicas ou privadas da totalidade ou da parte do diploma relativamente ao qual caiba consulta) e consulta pública (efectuada mediante a divulgação, no Portal do Governo ou, complementarmente, em sítio na Internet da

⁴⁶⁸ Assim se tinha orientado a doutrina em momento anterior à vigência do CPA (a fim de determinar a aplicabilidade directa do então n.º 4 do artigo 267.º), embora preocupando-se precipuamente com o reconhecimento de um direito de participação (ou, pelo menos, um direito de requerer aos órgãos a oportunidade de, em tempo útil, ser ouvido) no procedimento dirigido à prática de actos administrativos. Cf. Freitas do AMARAL, «Direitos Fundamentais dos Administrados», in: *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lousã, 1987, pp. 14 e ss. (salientando expressamente este Autor que a Constituição transforma o direito de participação numa figura genérica “em princípio extensiva a todos os tipos de processos gratuitos” – *Op. cit.*, p. 15); João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., p. 254.

Idêntica discussão é travada em Espanha a propósito da alínea *a*) do artigo 105 da *Constitución* [“a lei regulará a audiência dos cidadãos (...) no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afectem”], tendo entendido o *Consejo de Estado* (contra a posição então defendida pelo Tribunal Supremo) que a eficácia do preceito constitucional não ficava postergada pela referência à (posterior) disciplina legislativa, do mesmo modo que a legislação já existente haveria de se interpretar à luz do artigo 105 (cf. MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 374 e s.).

⁴⁶⁹ Os artigos 117.º e 118.º não adoptam formulações idênticas quando se trata de prever a dispensa de audiência dos interessados e de apreciação pública: enquanto o primeiro preceito alude a razões de interesse público opostas à realização da audiência dos interessados, o segundo refere-se à natureza da matéria – expressão de alcance mais restrito que a anterior. Concordamos, porém, com M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 531, comentário III ao artigo 118.º), quando entendem que também razões de interesse público possam fundamentar a dispensa de apreciação pública.

responsabilidade do ministério proponente, por determinado período de tempo, da totalidade ou da parte do diploma relativamente ao qual caiba consulta, acompanhado de uma nota explicativa do mesmo, da legislação conexas aplicável e de outros documentos relevantes)⁴⁷⁰.

A ideia de participação nos procedimentos normativos internos surge também como decorrência de compromissos internacionalmente assumidos ou de imposições europeias, sendo mobilizável para este campo, sempre que as medidas sujeitas a participação revistam, no plano interno, a forma de regulamento. Pense-se, *v. g.*, na *Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente* (assinada em Aarhus, em 25.06.1998)⁴⁷¹ – que prevê a criação de condições para a participação efectiva do público em procedimentos relativos a actividades que contendem com o ambiente (cf. artigo 6.º, n.ºs 3 a 11) –, ou na participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente, contemplada na Directiva n.º 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio⁴⁷², transposta para o ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho.

O estudo das diversas formas de participação dos cidadãos no procedimento regulamentar constitui uma das matérias mais complexas, atentos os diversos momentos procedimentais em que a mesma pode ocorrer (daí a referência aos fenómenos da participação preventiva e da participação sucessiva) e os graus que se revela susceptível de assumir (participação-audição e participação-negociação). Debrucemo-nos sobre cada uma destas modalidades, com a preocupação de identificar as garantias que oferecem e a sua admissibilidade e consagração no direito português.

A distinção entre participação preventiva e participação sucessiva é corrente no direito germânico a propósito o §3 do *Baugesetzbuch*: o n.º 1 deste preceito consagra a possibilidade de o público se pronunciar o mais cedo possível sobre os objectivos e os fins gerais da planificação, conferindo-lhe a faculdade de exteriorizar as suas opiniões e de ser ouvido – referindo-se a doutrina, a este propósito, a uma «participação preventiva»

⁴⁷⁰ É certo que o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 274/2009 sugere que a consulta directa e a consulta pública constituem modalidades da consulta formal pelo Governo de entidades públicas e privadas, no decurso do procedimento *legislativo*. Todavia, entendemos que as mesmas não possuem um escopo tão estreito, porquanto o artigo 1.º do mesmo diploma prevê que o respectivo âmbito de aplicação se estende à “fase de elaboração e instrução dos *actos e diplomas sujeitos a aprovação do Conselho de Ministros ou dos membros do Governo*”, não se referindo exclusivamente aos actos legislativos.

⁴⁷¹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003, em anexo à qual vem publicada, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 9/2003 (in: *Diário da República*, I Série, n.º 47, 25.02.2003, pp. 1252 e 1315 e ss., respectivamente).

⁴⁷² In: *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 156, 25.06.2003, pp. 17 e ss..

(*vorgezogene Beteiligung*) ou a uma «participação tempestiva» (*frühzeitige Beteiligung*), conferida aos particulares com o objectivo de lhes atribuir (no mínimo) o ónus ou (no máximo) o direito de trazer ao conhecimento da Administração as situações relevantes, ainda que não evidentes, situações essas susceptíveis de valorização no plano; o n.º 2 alude à participação no momento em que já se encontra elaborado o projecto de plano (*förmliche Beteiligung*)⁴⁷³.

Em sentido idêntico, *v. g.*, o artigo 6.º do *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial* (RJIGT)⁴⁷⁴ confere a todos os cidadãos, assim como às associações representativas dos interesses económicos, sociais, culturais e ambientais⁴⁷⁵ o direito de participação na elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial, o qual compreende a formulação de sugestões e pedidos de esclarecimento ao longo daqueles procedimentos, sem prejuízo de intervenção na fase de discussão pública que obrigatoriamente os precede. Para tanto, obriga o legislador a uma divulgação logo da decisão de desencadear os procedimentos⁴⁷⁶. Na mesma ordem de ideias, o artigo 4.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto (Direito de participação procedimental e acção popular) consagra o dever de audiência dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados por aqueles planos, na *fase de instrução* dos procedimentos destinados à adopção de planos de desenvolvimento das actividades da Administração, de planos de urbanismo e de planos directores e de ordenamento do território. O direito de participação popular disciplinado nos artigos 4.º e seguintes da Lei n.º 83/95 envolve a afixação de editais e a publicação de anúncios contendo as principais características do plano (artigo 5.º), a disponibilização para consulta dos diversos elementos preparatórios dos planos (artigo 6.º), a audição dos interessados em audiência pública ou por escrito (artigos 7.º e 8.º) e a ponderação e resposta às observações deduzidas (artigo 9.º).

Resulta, pois, destas disposições que os particulares são chamados a intervir num momento em que ainda não existe um projecto de regulamento, dando lugar à referida «participação preventiva» (e sem prejuízo de uma posterior «participação sucessiva»), no período de discussão pública do projecto). E compreende-se a acuidade que reveste o

⁴⁷³ V. KREBS, «Baurecht», in: SCHMIDT-ASSMANN/KOCH, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14.ª ed., De Gruyter, Berlin, 2008, p. 519. Entre nós, cf. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 454 e s., e *O Plano...*, cit., pp. 263 e s., notas 165 e 166. Cf. também COGNETTI, *La Tutela...*, cit., pp. 73 e ss., 153 e ss., para uma análise do instituto da participação preventiva no direito alemão (mas ainda à luz da *Bundesbaugesetz*).

⁴⁷⁴ Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, várias vezes alterado e republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, e, depois disso, já alterado pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de Agosto.

⁴⁷⁵ Em harmonia com o recorte de um universo tão amplo de titulares, a alínea *f*) do artigo 5.º da Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto (*Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo* – LBOTU, alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de Agosto) erige o princípio da participação como princípio fundamental da política de ordenamento do território e de urbanismo, com o objectivo de reforçar a consciência cívica dos cidadãos através de mecanismos reforçados de intervenção nos procedimentos de elaboração, execução, avaliação e revisão dos instrumentos de gestão territorial, promovendo formas de concertação de interesses (cf. artigo 21.º, n.º 2).

⁴⁷⁶ Cf. ainda as normas especiais constantes dos artigos 5.º, 33.º, 48.º, 58.º, 65.º e 77.º do RJIGT.

grau de participação dos cidadãos num domínio como a planificação urbanística, em que os interesses em presença se afiguram tão contrapostos e em que predomina a discricionariedade regulamentar, apenas compensável pela maior exigência da participação dos interessados (“o direito de participação com uma função compensadora da amplitude do poder discricionário da planificação urbanística”)⁴⁷⁷.

Os mencionados exemplos permitem, de igual forma, ilustrar uma outra diferenciação entre as formas de participação, em função das entidades chamadas a exercer esse direito. Com efeito, a participação pode ser aberta aos interessados ou aos cidadãos⁴⁷⁸ – caso em que estamos diante de uma participação individual ou directa –, ou restringir-se a entidades (institucionalmente) representativas dos vários interesses em presença ou a representantes *ad hoc* desses mesmos interesses – hipótese em que nos deparamos com uma participação colectiva ou indirecta^{479 480}.

Um caso de representação *ad hoc* de interesses encontra-se previsto na Lei n.º 83/95. A forma de participação directa contemplada no já citado artigo 4.º deste diploma pode ser substituída por uma forma de participação indirecta – o procedimento colectivo a que se reporta o artigo 10.º – sempre que o órgão instrutor tenha de proceder a mais de vinte audições. Nesta hipótese, os interessados deverão organizar-se de modo a escolherem os respectivos representantes ou, quando tal se não verifique, o órgão instrutor escolherá, de entre os interessados, representantes de posições afins, de modo a não exceder o número de vinte audições. Além disso, poderá ainda o órgão instrutor optar pela publicação das respostas em dois jornais diários e num jornal regional, no caso de se adoptar a forma de audição através de representantes ou a apresentação de observações escritas ser em número superior a vinte.

⁴⁷⁷ Acentuando a relevância do procedimento no âmbito da planificação urbanística como um limite à liberdade de plasmação da Administração, e como arena privilegiada de confronto contraditório de interesses (por vezes, conflitantes) dos particulares e dos interesses públicos (igualmente conflitantes), v. F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., p. 261, e *Manual...*, vol. I, cit., pp. 446 e ss., 456 e s..

⁴⁷⁸ Sérvulo CORREIA («O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento»), in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 9/10, Janeiro/Junho 1994, p. 152) qualifica as formas de participação destinadas a proporcionar a intervenção no procedimento administrativo a todos os cidadãos como «participação desinteressada» ou «participação puramente cívica» (participação *uti cives*). Embora no âmbito do procedimento regulamentar os interessados se possam confundir com todos os cidadãos (pelo menos na acepção que lhe dá, v. g., o n.º 2 do artigo 118.º do CPA), a verdade é que o primeiro conceito tem uma menor extensão (e, reciprocamente, uma maior compreensão), abrangendo, se quisermos adoptar a noção avançada pelo n.º 2 do §13 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, aqueles cujos interesses sejam afectados pelo acto final do procedimento (*in casu*, o regulamento).

⁴⁷⁹ A alínea *a*) do artigo 105 da Constituição espanhola acolhe esta distinção, ao destringir, no quadro do procedimento de elaboração das *disposiciones administrativas*, entre a audiência dos interessados realizada directamente ou através de organizações e associações reconhecidas por lei. No mesmo sentido cf. artigo 24.º, alínea *c*), da *Ley 50/1997*, de 27 de Novembro (*Ley del Gobierno*), sobre o procedimento dos *reglamentos* emanados pelo Governo.

⁴⁸⁰ É ainda possível identificar um *tertium genus*, o qual surge, por via de regra, combinado com uma das duas formas de participação enunciadas: a participação (consulta) dirigida a especialistas ou peritos na matéria sobre a qual versa o regulamento. Eis o que se passa, v. g., com a faculdade (consagrada no n.º 2 do 7.º do Decreto-Lei n.º 232/2007) de consulta de instituições ou especialistas de reconhecido mérito, ocorrida antes da aprovação do projecto de plano ou programa e do respectivo relatório ambiental e nos casos em que a natureza e complexidade dos mesmos assim o exijam, sem prejuízo da subsequente sujeição a consulta pública (cf. artigo 7.º, n.ºs 7 e 8, do Decreto-Lei n.º 232/2007).

O CPA estabelece uma distinção entre a participação colectiva e a participação individual, associando a primeira categoria à audiência e a segunda à apreciação pública. Efectivamente, e sem prejuízo de à forma de actividade administrativa de que curamos se aplicarem já os princípios consagrados no Capítulo II do Código (com especial relevância, da nossa perspectiva interessada, dos princípios da colaboração da Administração com os particulares e da participação), os artigos 114.º e seguintes contêm normas relevantes do ponto de vista da inclusão dos cidadãos no horizonte da actuação normativa da Administração (*maxime*, artigos 117.º e 118.º), sem perder de vista preocupações relacionadas com a racionalização e a eficiência do agir administrativo⁴⁸¹. Os artigos 117.º e 118.º consagram, respectivamente, o procedimento de audiência dos interessados (a estabelecer um dever de audição das *entidades representativas* dos interesses afectados por regulamento que imponha deveres, sujeições ou encargos, ou, mais genericamente, quando atinja de forma inovadora direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados⁴⁸²)⁴⁸³ e o procedimento de apreciação pública (a implicar a publicidade do projecto de regulamento, a fim de que *os interessados* apresentem, dentro de um prazo de trinta dias, as suas sugestões ou críticas)⁴⁸⁴.

Repare-se, porém, que, com frequência, as formas de participação individual e de participação colectiva surgem miscigenadas. Assim, *v. g.*, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (*Lei de defesa do consumidor*)⁴⁸⁵ consagra a favor dos consumidores direitos de

⁴⁸¹ Neste sentido, também M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 510.

⁴⁸² Propugnando já esta interpretação, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 524, comentário II ao artigo 117.º.

⁴⁸³ Em sentido idêntico, o artigo 2.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (alterada e republicada em anexo à Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro), consagra a favor das organizações representativas dos utentes de serviços públicos essenciais um direito de participação na elaboração de normas (regulamentares) relativas ao enquadramento jurídico daqueles serviços.

⁴⁸⁴ Encontramos uma aplicação legal do procedimento de apreciação pública no n.º 3 do artigo 3.º do *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação* (RJUE, aprovado Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, sucessivamente alterado e republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março), nos termos do qual os projectos de regulamentos municipais de urbanização e/ou de edificação e de regulamentos relativos ao lançamento das taxas devidas pela realização de operações urbanísticas são submetidos a apreciação pública, por prazo não inferior a trinta dias, antes da sua aprovação pelos órgãos municipais. Sobre este preceito, cf. ainda Maria José Castanheira NEVES/Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES/Fernanda MAÇAS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 78 e ss. (81 e s.).

Um outro caso de aplicação do procedimento de apreciação pública respeita aos regulamentos laborais: desde logo, de acordo com o artigo 516.º do Código do Trabalho, o projecto de portaria de extensão é publicado no *Boletim do Trabalho e Emprego*, podendo os interessados (que abrangem quaisquer particulares, pessoas singulares ou colectivas, susceptíveis de serem afectados, ainda que indirectamente, pelo regulamento), no prazo de quinze dias contados da data da publicação, deduzir oposição por escrito. O grau de participação dos cidadãos acentua-se quando está em causa a portaria de condições de trabalho: para além da submissão ao procedimento de audiência pública nos termos enunciados para os regulamentos de extensão (por remissão do n.º 6 do artigo 518.º), a elaboração das portarias de condições de trabalho pressupõe a realização prévia de estudos preparatórios elaborados por uma comissão técnica, constituída por despacho do ministro responsável pela área laboral, e que pode incluir, sempre que se mostre possível assegurar a necessária representação, assessores designados pelos trabalhadores e pelos empregadores interessados (artigo 518.º, n.ºs 2 e 3).

⁴⁸⁵ Alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

participação (a nível individual ou representativo), nomeadamente através de audição ou consulta prévias, na definição administrativa (também por via regulamentar) dos seus direitos ou interesses [cf. artigos 3.º, alínea *h*), 15.º e 18.º, n.º 1, alíneas *c*) e *h*)].

Mais impressionantes a este propósito assumem-se os regulamentos das entidades reguladoras, visto que a respectiva legislação, quanto à efectiva participação dos privados no procedimento regulamentar, consagra normas que prevêm, em regra, um misto do procedimento de audiência dos interessados e do procedimento de apreciação pública⁴⁸⁶, denotando alguma influência do direito norte-americano. A circunstância de, como vimos em momentos anteriores, se encontrar conferida àquelas entidades a competência para emanar regulamentos independentes para a prossecução dos fins que estão a seu cargo implica necessariamente a previsão de formas de participação no procedimento regulamentar⁴⁸⁷. É, aliás, esta percepção que preside ao *Administrative Procedure Act* norte-americano, destinado a disciplinar o *rule making power* das *regulatory agencies* (*i. e.*, nos termos do n.º 5 do §551, o procedimento para emitir, emendar ou revogar um regulamento)⁴⁸⁸. O §553 daquele diploma (que regula o procedimento informal – *notice-and-comment rulemaking* – e mais comumente adoptado)⁴⁸⁹, contemplando excepções para as matérias respeitantes a questões militares ou concernentes às relações internacionais, consagra uma exigência de publicidade no Registo Federal do projecto de regulamento (em paralelo com a previsão da audiência das entidades visadas, caso existam, relativamente às quais se imponha uma audiência), permitindo que os interessados participem no *rule making* através da submissão de relatórios, críticas, sugestões ou até de apresentações orais. Todavia, a notícia do projecto de regulamento ou a audição não se realizarão sempre que a agência considere por bons motivos (*good cause*) que o procedimento público se revelaria impraticável, desnecessário ou contrário ao interesse público. O relevo que as agências terão de conferir às críticas e/ou sugestões apresentadas pelos cidadãos tem sido amplamente debatido pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas, entendendo-se que, em princípio, a agência deve

⁴⁸⁶ Neste sentido, também Pedro GONÇALVES, *Regulação...*, cit., p. 80 (relativamente ao procedimento regulamentar desenrolado no seio do ICP-ANACOM). Note-se que o desenho legal dos diversos procedimentos regulamentares das entidades reguladoras se encontra em plena consonância com as propostas de Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS (*Autoridades...*, cit., pp. 266 e s.), explicitamente inspiradas na tradição das autoridades reguladoras independentes norte-americanas, que, privilegiando a participação e a transparência na elaboração de regulamentos, transformam o procedimento num facto de *accountability* pública (*Op. cit.*, p. 302, artigo 47.º do projecto de lei-quadro e respectiva anotação).

⁴⁸⁷ *V.*, porém, o que sucede em Espanha quanto ao exercício do poder normativo por algumas entidades reguladoras – GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Poderes Normativos de las Administraciones Independientes en el Ámbito Económico», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 171, Setembro/Dezembro 2006, pp. 158 e s..

⁴⁸⁸ Sobre o sentido do *Administrative Procedure Act* no Direito Administrativo norte-americano, cf. STEWART, «US Administrative Law...», cit., pp. 73 e s..

⁴⁸⁹ A par do procedimento informal – que referimos em texto – o referido diploma contempla ainda um procedimento formal (*trial-like hearing rulemaking*) e um procedimento negociado (*new rulemaking approach* ou *negotiated rulemaking*); a este último aludiremos ainda *infra*, em texto. Sobre os procedimentos normativos disciplinados pelo *Administrative Procedure Act*, cf. Leila CUÉLLAR, «O Poder...», cit., pp. 612 e ss.; CARBONELL/MUGA, *Agencias...*, cit., pp. 61 e ss. (em especial, sobre a tramitação do procedimento informal, pp. 66 e ss.)

ponderar todas as questões levantadas pelos interessados, ficando igualmente obrigada a contestar no preâmbulo do regulamento as propostas não adoptadas⁴⁹⁰.

Não conhecendo o nosso ordenamento disposições *genéricas* similares, o procedimento regulamentar desenvolvido no seio das entidades reguladoras surge, entre nós, disciplinado nos estatutos desses mesmos entes (ou nos diplomas legislativos que os constituem). Por um lado, prevê-se que, em momento anterior à emissão ou alteração dos regulamentos, se dê conhecimento do respectivo projecto (não apenas ao Governo, mas também) às entidades ligadas ao sector de actividade em causa (por exemplo, as entidades concessionárias ou licenciadas, no caso da ERSE; as associações empresariais e profissionais, nos regulamentos da ERS) e às associações de consumidores. Sem perder de vista as vantagens proporcionadas pela participação dos interessados, esta forma de «participação institucionalizada» permite filtrar os interesses e as informações relevantes para o procedimento normativo em causa, bem como proporcionar uma colaboração especializada e qualificada à Administração⁴⁹¹. Por outro lado, impõe-se que tais projectos sejam disponibilizados no *web site* da entidade emissora, a fim de que, no prazo de trinta dias, os interessados possam emitir comentários ou apresentar sugestões. Finalmente, o relatório preambular do regulamento fundamenta as decisões adoptadas, fazendo uma necessária referência às críticas ou sugestões ocorridas durante o procedimento⁴⁹².

A par das formas de participação aludidas até ao momento – que, em termos de intensidade, se identificam com uma tomada em consideração dos elementos trazidos ao processo pelas entidades ouvidas («participação-audição», «participação-auscultação»

⁴⁹⁰ Cf. também CARBONELL/MUGA, *Agencias...*, cit., pp. 70 e s.; CUÉLLAR, «O Poder...», cit., p. 619.

⁴⁹¹ V. ainda Cruz VILAÇA, «Regulamentação...», cit., p. 318, que se refere a comissões mistas (que agregam aos saberes da Administração os de consultores externos) e a comissões paritárias (que integram, a par de elementos da Administração, representantes dos destinatários da regulamentação).

Sobre os benefícios deste tipo de participação institucionalizada, cf. GÖSSE, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht...*, cit., pp. 143 e ss. (o Autor analisa especificamente uma forma de participação institucionalizada, mas publicamente mediada, *in casu*, a *Umweltkommission*, resultante da proposta do *Umweltgesetzbuch*; aliás, as apreensões manifestadas por GÖSSWEIN quanto à participação institucionalizada – *Op. cit.*, pp. 146 e ss. –, que relevam sobretudo da isenção e da liberdade e pluralismo de opiniões, resultam sobretudo do caso concreto apreciado, visto a *Umweltkommission* ser criada junto do ministério responsável pela pasta do ambiente; repare-se, porém, que a mesma proposta prevê um modelo informal de audição dos interessados que levam as suas sugestões ao conhecimento da referida comissão que depois as filtrará).

⁴⁹² Cf., por exemplo, artigo 11.º dos *Estatutos do ICP-ANACOM* (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro); artigo 23.º dos *Estatutos da ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos* (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril); artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio (Entidade Reguladora da Saúde).

Embora constituindo este «procedimento misto» o procedimento regulamentar típico dos regulamentos emanados pelas entidades reguladoras, não se excluem outras variantes. Por exemplo, o procedimento regulamentar contemplado pelo artigo 62.º dos *Estatutos da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social* (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), invocando expressamente o princípio da participação, estabelece apenas a necessidade de disponibilização do projecto de regulamento, para que, no prazo de trinta dias, os interessados apresentem as suas opiniões (ou, nos termos do diploma, para “emissão de parecer não vinculativo”), no que surge designado como «processo de consulta» (artigo 62.º, n.º 4).

«participação-colaboração», ou *Mitwirkung*⁴⁹³), vão-se desenhando novas formas de participação, fazendo jus à tricotomia característica da «acção administrativa coordenada, consensual e concertada»⁴⁹⁴. Assim, v. g., nos Estados Unidos, a introdução de um procedimento de negociação no âmbito do poder normativo das agências reguladoras deveu-se ao *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 (reelaborado em 1996), que veio criar um *negotiated rulemaking procedure* por oposição a um *adversial rulemaking procedure*. Com o objectivo de promover uma participação qualificada dos cidadãos (que intensifique a troca de informações, de conhecimentos ou *expertise*), contribuindo de igual forma para a redução da conflitualidade, os então introduzidos §§561 e seguintes do *U.S. Code* destinam-se a estabelecer uma forma alternativa de procedimento face ao que constava do já citado §553, com a preocupação correlativa de, através da sua previsão, não cercear a inovação e a experimentação dos procedimentos negociados ou impedir a adopção de quaisquer procedimentos de carácter inovador autorizados por lei (cf. §561). A utilização do *negotiated rulemaking procedure* adequa-se às situações em que existe um número identificável de interesses em presença presumivelmente afectados pelo regulamento e se torna possível constituir um comité representativo desses interesses, sem que tal implique um atraso significativo na emissão do regulamento [§563, (a)]. Repare-se, porém, que a opção por este tipo de procedimento não poderá envolver o menosprezo de certos interesses, de forma a obviar a sua representação no comité: o §564 estabelece uma obrigação de publicitação, abrindo-se a oportunidade de outros interessados (cujos interesses entendam não se encontrarem devidamente representados) participarem no comité responsável pela elaboração das normas regulamentares.

É possível ir ainda mais longe, e apelar para uma participação verdadeiramente *constitutiva* dos particulares ao nível do procedimento de formação de regulamentos, a ponderar a possibilidade do recurso à figura do contrato administrativo com o objectivo de definição não apenas do *an*, mas também do próprio conteúdo normativo, por acordo entre a Administração e os particulares. Trata-se da perspectivação no contexto da vertente participatória do procedimento tendente à emanação de regulamentos administrativos de um fenómeno mais amplo que vem sendo designado como desestadualização (*lato sensu*) da normação (*Entstaatlichung der Regelsetzung*), que atinge as próprias normas legislativas⁴⁹⁵.

No caso ora em análise, e se quisermos adoptar as terminologias propostas por Baptista Machado⁴⁹⁶ e Sérvulo Correia⁴⁹⁷ respectivamente, encontramos já não apenas

⁴⁹³ Sobre esta classificação relativa ao grau de densidade ou profundidade da participação (por contraposição à «participação-negociação» ou «participação-concertação»), cf., entre nós, F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 452 e s..

⁴⁹⁴ Conferindo autonomia dogmática a esta categoria, v. MANGANARO, «Il Diritto Amministrativo Speciale dell'Amministrazione Concertata», in: *Raccolta di Studi di Diritto Amministrativo*, Rubbettino, Catanzaro, 2004, pp. 233 e ss., no sentido de que a actividade na qual colaboram diversos entes públicos e intervêm também sujeitos privados e para a qual são necessários actos de coordenação e actos consensuais para a definição da questão administrativa objecto de decisão é objecto de uma disciplina especial: o «direito administrativo especial da Administração concertada».

⁴⁹⁵ Cf., v. g., HOFFMANN-RIEM, «Gesetz...», cit., pp. 21 e s., 59 e s..

⁴⁹⁶ Baptista MACHADO, «Participação...», cit., pp. 42 e s..

diante de uma «participação consultiva» ou uma «participação dialógica» – cujo objectivo se cifra em carrear elementos ou em fornecer informações para uma mais esclarecida avaliação dos factos e interesses em presença, elementos e informações essas devem ser tidos em conta pelos órgãos administrativos, sem prejuízo de os os particulares continuarem a figurar como os destinatários das decisões administrativas –, mas perante uma «participação cooptativa» ou uma «participação co-constitutiva», que pressupõe uma autêntica intervenção dos cidadãos no poder de decidir (constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas) e que se encontra polarizada na celebração de um contrato administrativo: o designado «contrato relativos a normas» (*Normbezogene Vertrag*) ou, como preferimos, «contrato sobre o exercício do poder regulamentar», a que nos reportaremos mais adiante (cf., *infra*, Parte III, 2.6.1.2.).

Note-se que o grau de intensidade da participação dos particulares nas hipóteses de contratos relativos ao exercício do poder regulamentar supera em muito o inerente às modalidades comuns de intervenção dos particulares no procedimento administrativo, acentuando neste momento não tanto a «missão garantística» assacada à participação, mas sobretudo a sua «missão funcional»⁴⁹⁸: se a protecção dos cidadãos contra o arbítrio fica já assegurada com a participação dialógica, a intervenção constitutiva dos particulares na conformação do regulamento administrativo pode revelar-se decisiva para uma realização plena do interesse público, em virtude quer dos contributos carreados para a elaboração das normas, quer das contrapartidas proporcionadas à Administração⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Sérvulo CORREIA, «O Direito...», cit., pp. 147 e ss..

⁴⁹⁸ Sobre as «missões» cometidas à participação dos interessados, cf. Sérvulo CORREIA, «O Direito...», cit., pp. 149 e s..

⁴⁹⁹ Desta participação constitutiva, cristalizada na celebração de contratos administrativos, distingue-se o estabelecimento de acordos informais entre a Administração e os particulares, cujo reconhecimento, mercê da ausência de eficácia jurídica vinculativa, não suscita os problemas de admissibilidade que alguma doutrina (sobretudo alemã) coloca aos contratos sobre o exercício do poder regulamentar (v. Michael, *Rechtsetzende Gewalt...*, cit., pp. 37 e ss., cujas distinções conceituais adoptaremos). Contextualizados em procedimentos informais, os acordos daí resultantes não obrigam os órgãos administrativos (nem os particulares), não possuindo, pois, força jurídica vinculativa. Estamos diante do que a doutrina alemã designa como *Selbstverpflichtung*, conferindo à expressão, neste contexto, o sentido da ausência de vinculatividade jurídica, a distinguir, v. g., da mobilização de conceito idêntico no direito privado. V., sobre o consenso e a cooperação informal entre poderes públicos e sociedade no horizonte da normação pública num Estado constitucional, Michael, *Rechtsetzende Gewalt...*, cit., *passim*, e, no que respeita à cooperação informal no seio da função administrativa, pp. 232 e ss.. Para um recorte do conceito de *Selbstverpflichtung*, *Op. cit.*, pp. 23 e ss. (em especial, p. 26, onde o Autor autonomiza, sob o ponto de vista da vinculação jurídica, os acordos dos contratos administrativos).

No domínio dos «acordos normativos» (*normative Absprachen*) – aqueles que influem sobre a emissão ou a eficácia de uma norma jurídica, substituindo-a (na medida em que a sua celebração arreda a emanação ou a vigência de normas jurídicas vinculativas) –, é possível destringir entre os «acordos substitutivos de normas» (*normersetzende Absprachen*) e os «acordos relativos à formação das normas» (*normprägende Absprachen*).

Com relevo para a matéria do procedimento regulamentar apresentam-se, desde logo, os acordos que afastam a normação formal sobre uma determinada matéria, ocorrendo no quadro de um procedimento normativo (designadamente regulamentar) já desencadeado, mas que, por força do acordo, nunca chega a terminar com a emissão de uma norma (*normabwendende Absprachen*), concebidos como uma *species* do *genus* dos «acordos substitutivos de normas» (a par desta, existem ainda, como formas dos «acordos substitutivos de normas», os acordos cujas disposições substituem normas jurídicas – *normverdrängende Absprachen* – e os acordos que, substituindo normas destinadas a complementar outras, se assumem como

III. O princípio da publicidade dos actos do Estado (*lato sensu*) faz da publicação dos regulamentos administrativos um momento fundamental na protecção das posições dos particulares que, só assim, podem tomar conhecimento das normas que os afectam; estamos, pois, diante de uma decorrência do princípio do Estado de direito e da garantia da protecção jurídica efectiva⁵⁰⁰. Nesta medida, o n.º 1 do artigo 5.º do Código Civil estabelece que a lei (*lato sensu*) só se torna obrigatória depois de publicada no jornal oficial. Aliás, em termos de direito comparado, e sobretudo em ordenamentos jurídicos onde se admite a existência de *delegated legislation*, o imperativo da publicidade implica a disponibilização anual (mediante publicação) de uma colectânea dos instrumentos normativos emanados durante o ano e que ainda se encontram em vigor⁵⁰¹.

Sem a preocupação (que extravasaria o âmbito deste ponto) de expor as diversas especificidades que pauta o regime jurídico da publicidade dos vários tipos de regulamentos administrativos, é possível descortinar formas de publicidade distintas que variam em função do tipo de regulamentos e, sobretudo, das entidades que os emanam.

A forma de publicidade por excelência é a da publicação no jornal oficial (na I ou na II Séries do *Diário da República*)⁵⁰² ou noutra boletim oficial (como os jornais oficiais

pressupostos necessários para a aplicabilidade e execução destas últimas –*normflankierende Absprachen*; cf. MICHAEL, *Rechtssetzende Gewalt...*, cit., pp. 40 e ss.). Mais próximos dos contratos inseridos no âmbito de um procedimento normativo encontramos os referidos «acordos relativos à formação de normas», os quais se dirigem quer a antecipar genericamente o conteúdo de normas (*Normantizipierende Absprachen*), quer a delinear-lo com exactidão (*Absprachen zur Normsetzung*).

⁵⁰⁰ Neste sentido, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 332; AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 403 e s.. V. também OLDENBURG, *Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 148 e ss., 168 e ss., ligando a publicidade das normas jurídicas (aí incluídas as leis) quer ao princípio do Estado de direito (aliando, neste horizonte, a publicidade das normas à previsibilidade e à proibição do arbítrio), quer ao princípio democrático, respectivamente.

⁵⁰¹ Cf., no direito inglês, quanto à publicação dos *statutory instruments*, BRADLEY/EWING, *Constitutional Law*, cit., p. 660.

Em Espanha, existe um sector doutrinal que vai ainda mais longe, encarando a falta de publicação como condição de existência das *disposiciones administrativas* – assim, MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 397 e s. (ainda que este Autor configure a inexistência não como uma sanção da invalidade, mas como uma situação de facto; assim, afirma o Autor, uma norma só faz parte do ordenamento jurídico quando publicada).

⁵⁰² O artigo 119.º da Constituição impõe, sob pena de ineficácia, a publicação em *Diário da República* dos decretos regulamentares e demais decretos e regulamentos do Governo, assim como dos decretos regulamentares regionais [alínea h)]. A Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro (alterada pelas Leis n.ºs 2/2005, de 24 de Janeiro, e 26/2006, de 30 de Junho) determina a publicação na I Série dos decretos regulamentares, das portarias e dos decretos regulamentares regionais [artigo 3.º, n.º 2, alíneas o), p), q), e, conjugadamente, artigo 8.º, n.ºs 3 e 2, alíneas m), n) e p)] e na II Série dos despachos normativos dos membros do Governo (artigo 3.º, n.º 3). Também o n.º 3 do artigo 16.º da *Lei das Associações Públicas Profissionais* impõe a publicação dos respectivos regulamentos externos na II Série do *Diário da República*.

A par destes casos, normas especiais estabelecem, com frequência, a publicidade de regulamentos mediante a publicação na II Série do *Diário da República*, assumindo aqui especial destaque os regulamentos

das regiões autónomas⁵⁰³, os boletins das autarquias locais⁵⁰⁴, a revista oficial da associação pública⁵⁰⁵ ou o *Boletim do Trabalho e Emprego*⁵⁰⁶). Além desta, regista-se ainda a publicação em jornais ou a afixação em lugares de estilo, como surge legalmente determinado para os regulamentos das autarquias locais⁵⁰⁷. Além destas modalidades assume especial relevância como forma de publicidade a inserção do regulamento na página da Internet da entidade que emana o regulamento⁵⁰⁸. Em qualquer das hipóteses sempre se salientará que a forma de publicidade do diploma regulamentar não deverá revestir dignidade inferior àquela que foi dada ao respectivo projecto⁵⁰⁹.

Se é certo que o CPA não estabelece quaisquer normas genéricas sobre a publicidade do regulamento – ao contrário do que sucede com o acto administrativo (cf.

das entidades reguladoras – cf., v. g., artigos 369.º, n.º 3, do Código dos Valores Mobiliários relativamente aos regulamentos da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários; 4.º, n.º 3, do *Estatuto do Instituto de Seguros de Portugal* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2002, de 25 de Setembro). A circunstância de estas entidades prosseguirem, na realidade, fins a cargo do Estado (dando corpo ao fenómeno da «desconcentração personalizada») leva alguma doutrina a questionar a *ratio* da publicação na II Série do *Diário da República*. Com efeito, se se encontrassem estas atribuições na esfera do Estado, e assumindo tais regulamentos a forma de portarias, seriam publicados na I Série do *Diário da República*. Reflectindo sobre esta questão a propósito dos avisos do Banco de Portugal, v. Casalta NABAIS, *Direito...*, cit., p. 196, n. 114, defendendo que a devolução de poderes operada a favor daquela entidade reguladora conduziu a um abaixamento do nível de exigências em matéria de publicação de regulamentos.

⁵⁰³ Os regulamentos dos governos regionais são publicados no jornal oficial da respectiva região autónoma – cf. artigos 91.º, n.º 3, do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores*, e 70.º, n.º 2, do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira*.

⁵⁰⁴ Nos termos do n.º 2 do artigo 91.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (alterada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro), as deliberações dos órgãos autárquicos com eficácia externa são publicadas, *inter alia*, em boletim da autarquia local.

⁵⁰⁵ Cf. artigo 16.º, n.º 3, da *Lei das Associações Públicas Profissionais*: nos termos deste preceito, os regulamentos das associações públicas profissionais com eficácia externa têm de ser publicados na II Série do *Diário da República*, sem prejuízo da sua publicação na revista oficial da associação.

⁵⁰⁶ As portarias de extensão e de condições de trabalho são publicadas não apenas no *Diário da República*, mas ainda no *Boletim do Trabalho e Emprego* impondo-se a obrigação de republicação integral quando ocorram três alterações ou quando as modificações introduzidas atinjam mais de 10 cláusulas (cf. artigo 519.º do Código do Trabalho).

⁵⁰⁷ Além da referida publicação no boletim da autarquia (cf., *supra*, em nota), os regulamentos (externos) das autarquias são publicitados mediante afixação de edital nos lugares de estilo durante cinco dos dez dias subsequentes à sua aprovação, sendo ainda publicados nos jornais regionais editados na área do respectivo município, nos trinta dias subsequentes à aprovação, desde que: sejam portugueses e de informação geral, tenham uma periodicidade média não superior à quinzenal, contem com uma tiragem mínima por edição de 1500 exemplares nos últimos seis meses e não sejam distribuídos a título gratuito (cf. artigo 91.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 169/99).

⁵⁰⁸ Cf., por exemplo, artigo 23.º, n.º 5, dos *Estatutos da ERSE*. V. ainda artigo 16.º, n.º 3, da *Lei das Associações Públicas Profissionais* (cf. nota 353).

⁵⁰⁹ Incompreensível é, porém, a exigência de publicação do projecto de regulamento na II Série do *Diário da República* ou no jornal oficial da entidade em causa (constante do n.º 1 do artigo 118.º do CPA), desacompanhada de idêntica obrigação, quando se trata do diploma final. Daí que M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 533, anotação VII ao artigo 118.º) entendam que os regulamentos, relativamente aos quais não exista disposição sobre o local da respectiva publicação e cuja entidade emissora não disponha de jornal oficial, podem ser mandados publicar na II Série do *Diário da República*, por analogia com a regra emergente do citado n.º 1 do artigo 118.º do CPA.

artigos 130.º e seguinte) –, tal não impede a formulação de uma regra geral segundo a qual a eficácia dos regulamentos se encontra dependente da sua publicidade. Aliás, esta é a regra constitucionalmente imposta para os regulamentos governamentais [mencionados na alínea *h*) do n.º 1] e demais actos de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, que, nos termos do n.º 2 do 119.º, têm de ser publicitados, sob pena de ineficácia. Do âmbito deste preceito constitucional ficam de fora os regulamentos de entidades da Administração indirecta, da Administração independente e da Administração autónoma não territorial. Todavia, deve entender-se que, estando em causa actos normativos, a obediência dos cidadãos postulada pelo n.º 1 do artigo 5.º do Código Civil exige claramente que lhes seja proporcionada uma forma de conhecimento dos regulamentos: estando em causa, por definição, actos gerais, não se torna possível erigir a notificação como condição de oponibilidade (como sucede com os actos administrativos), mas já se revela admissível aludir à publicidade como condição de eficácia ou obrigatoriedade⁵¹⁰.

3.4.3.2. Garantias processuais

Por expressa imposição constitucional, o princípio da tutela jurisdicional efectiva garante aos administrados, no âmbito da Justiça Administrativa, o “direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos” (artigo 268.º, n.º 5). A forma como se encontram desenhados os meios de acesso aos tribunais para reacção contra regulamentos administrativos permite-nos, desde já, avançar com a ideia de que estes últimos se encontram submetidos à sindicância judicial quando padecem de uma causa de invalidade.

Sem a pretensão de, neste momento, tratar desenvolvidamente o tema do controlo judicial das normas regulamentares – o que extravasaria em muito o nosso objectivo –, convém, todavia, identificar quais os mecanismos de controlo jurisdicional da actividade regulamentar da Administração, a fim de apreciarmos se o leque e o alcance destes últimos permite, com alguma segurança, avançar no sentido proposto de insuflar novo fôlego ao papel desempenhado pelos regulamentos. A relevância da acentuação do recurso aos tribunais pelos cidadãos para reacção contra regulamentos inválidos (sobretudo quando

⁵¹⁰ V. também Marcelo Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 259, para quem, o n.º 3 do artigo 119.º, ao remeter para a lei a forma da publicidade dos actos não contemplados pelo n.º 2, assim como as consequências jurídicas da sua ausência, subentende que os mesmos se encontrarão sempre sujeitos a uma qualquer forma de publicidade, nem que seja através da sua publicação por edital.

violadores de direitos fundamentais) constitui um argumento decisivo para reforçar a função destes actos normativos na relação com o legislador; com efeito, o acesso à via judiciária – *maxime*, a efectividade do princípio da protecção jurídica e das garantias processuais⁵¹¹ – favorece o cumprimento das exigências de sentido do princípio do Estado de direito quanto ao processo de estreitamento de cumplicidades entre lei e regulamento. Aliás, a articulação entre o reconhecimento de uma função normativa ao regulamento acaba por se encontrar historicamente ligada à concepção do respectivo controlo judicial: só a partir do momento em que se compreende que o regulamento não constitui a mera repetição da lei e que atinge directamente os direitos dos cidadãos é que também se progride para a construção do seu sistema de controlo judicial da legalidade⁵¹².

No que tange aos mecanismos de controlo jurisdicional de regulamentos, impõe-se o estabelecimento da distinção entre o controlo da constitucionalidade e da legalidade reforçada, por um lado, e o controlo da legalidade simples, por outro, e, dentro de cada uma destas categorias entre controlo principal e controlo incidental.

O controlo da constitucionalidade (e, assimilável a este, o controlo da legalidade reforçada⁵¹³) das normas regulamentares transporta-nos para o âmbito da Justiça Constitucional, mais precisamente, para os processos de fiscalização sucessiva⁵¹⁴. Desde logo, o regulamento administrativo – enquanto acto normativo, emanado por entidades administrativas, no exercício da função administrativa, com valor infra-legal – integra, sem quaisquer dificuldades interpretativas, o (amplo) conceito de norma para efeitos de

⁵¹¹ Sobre este subprincípio do princípio do Estado de direito, cf., por todos, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 273 e ss..

⁵¹² Cf., v. g., sobre as origens do contencioso regulamentar, Blanco de MORAIS, «A Invalidez...», cit., pp. 114 e ss..

⁵¹³ Entre as várias hipóteses de ilegalidade reforçada reconhecidas, estarão aqui em causa as situações de violação do estatuto da região autónoma por norma regulamentar regional e de violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto por norma regulamentar emanada pelo Governo [cf. artigo 281.º, n.º 1, alíneas *c*) e *d*), da CRP, e artigos 280.º, n.º 2, alíneas *b*), *c*) e *d*), da CRP, e 70.º, n.º 1, alíneas *d*), *e*) e *f*), da LTC]. V. também M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 486 e s., comentário 8 ao artigo 72.º.

⁵¹⁴ Até à revisão de 2004, encontravam-se submetidos também a fiscalização preventiva da constitucionalidade as normas constantes de decreto regulamentar de lei geral da República (cf. artigo 278.º, n.º 2, da CRP, na redacção anterior à Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho). Todavia, entendeu-se que a *ratio* da disposição se havia evanescido a partir do momento em que desapareceu a categoria de «lei geral da República», além de que a regulamentação das leis emanadas dos órgãos de soberania revestirá sempre a forma de decreto legislativo regional, por se integrar na competência exclusiva da Assembleia Legislativa da Região Autónoma respectiva, nos termos do n.º 1 do artigo 232.º (cf. a intervenção do Deputado José MAGALHÃES, in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 14, 01.07.2004, p. 398).

controlo forjado pela doutrina⁵¹⁵ e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, reunindo as características da normatividade, imediação, heteronomia normativa e reconhecimento normativo jurídico-público⁵¹⁶. Com efeito, e para utilizarmos agora as palavras do próprio Tribunal Constitucional, “o conceito de norma (...) há-de ser (...) um conceito *funcional*, ou seja, *funcionalmente adequado* ao sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído pela lei fundamental e consonante com a sua justificação e sentido”⁵¹⁷, “uma vez que o que se tem em vista com o sistema [de controlo da constitucionalidade] é o controlo dos actos do *poder normativo* do Estado (*lato sensu*)”, *i. e.*, “daqueles actos que contêm uma «regra de conduta» ou um «critério de decisão» para os particulares, para a Administração e para os tribunais”^{518 519}.

O processo de fiscalização abstracta sucessiva, previsto nos artigos 281.º e seguinte da CRP, e 62.º e seguintes da *Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC)*⁵²⁰, destina-se a expurgar retroactivamente a norma viciada do ordenamento jurídico, possuindo, nessa medida, efeitos *erga omnes*. Trata-se, pois, de um processo partidário de um modelo de controlo concentrado, sendo, por isso, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional. O processo de fiscalização concreta, de inspiração norte-americana, confere a todos os tribunais o poder-dever de recusar a

⁵¹⁵ Sobre o conceito funcional de norma, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 932 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 172 e ss.; F. Alves CORREIA, «Relatório Geral à I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.º 71/72, 1998, pp. 70 e 74, «A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIII, 1997, p. 63, e *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 68 e ss.; Licínio LOPES, «O Conceito de Norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVXXV, 1999, pp. 604 e ss.; Vieira de ANDRADE, «A Fiscalização da Constitucionalidade das ‘Normas Privadas’ pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º, n.º 3921, Abril 2001, p. 358; Rui MEDEIROS, «A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 183 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 416 e ss.; Cardoso da COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 34 e ss.; Declaração de Voto do Conselheiro Sousa e BRITO, em anexo ao Acórdão n.º 172/93, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 24.º vol., 1993, pp. 458 e ss..

⁵¹⁶ A elaboração dogmática destas características deve-se a Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 934.

⁵¹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 157/88, de 7 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 12.º vol., 1988, p. 118.

⁵¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 26/85, de 15 de Fevereiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, p. 18.

⁵¹⁹ Relativamente à sujeição ao escrutínio da Justiça Constitucional de normas regulamentares ou para-regulamentares, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 937; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 173 e s.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., p. 511.

⁵²⁰ Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada pelas Leis n.ºs 143/85, de 26 de Novembro, 85/89, de 7 de Setembro, 88/95, de 1 de Setembro, 13-A/98, de 26 de Fevereiro.

aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 204.º), sem prejuízo de se reconhecer ao Ministério Público e às partes no processo o direito de suscitar o incidente de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, direito esse concebido como um meio de defesa jurisdicional de direitos fundamentais⁵²¹. Assumindo a fiscalização concreta contornos que a aproximam do modelo norte-americano da *judicial review* e consubstanciando, por conseguinte, uma forma de controlo incidental concreto, o Tribunal Constitucional intervém apenas na fase de recurso das decisões (positivas ou negativas) dos tribunais *a quo* na parte respeitante à questão da inconstitucionalidade (artigos 280.º da CRP e 69.º e seguintes da LTC)^{522 523}.

No que concerne à fiscalização da legalidade simples a título principal, regem os artigos 72.º e seguintes do CPTA, que traçam um regime de impugnação de regulamentos com nítida inspiração no modelo de controlo da constitucionalidade⁵²⁴ e fortemente marcado pela preocupação da defesa da legalidade administrativa. Sem prejuízo da possibilidade de desaplicação incidental de normas regulamentares no âmbito dos processos da competência dos tribunais administrativo (*maxime*, no caso de regulamentos mediatamente operativos, no contexto da impugnação dos respectivos actos administrativos de aplicação)⁵²⁵, aqueles preceitos consagram dois meios destinados à

⁵²¹ Assim, v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 507.

⁵²² Sobre os processos de fiscalização da constitucionalidade, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 981 e ss.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., pp. 922 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 209 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 149 e ss.; F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 91 e ss..

⁵²³ Embora o processo constitucional não preveja medidas cautelares, as alterações introduzidas, em 1998, à Lei do Tribunal Constitucional vieram estabelecer um regime prioritário para os recursos interpostos de decisões em matéria penal, em que algum dos interessados esteja detido ou preso sem condenação definitiva, de decisões proferidas em processo urgente, bem como de todos aqueles em que estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais. Estas alterações, directamente motivadas pela introdução do n.º 5 do artigo 20.º da Constituição, cifram-se quer no poder do presidente de conferir prioridade aos processos [artigo 39.º, n.º 1, alínea *h*)], quer na redução dos prazos a metade (artigo 79.º-B, n.º 3).

⁵²⁴ Para uma crítica a este paralelismo, cf. Bernardo AZEVEDO, «Acção Administrativa Especial – Pretensões Impugnatórias: Entre a Memória e o Esquecimento», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 201. As reflexões do Autor – orientadas em torno da sensibilidade dos interesses em causa, sensibilidade essa mais acentuada no modelo constitucional de controlo de normas, porque delineado em função da apreciação da constitucionalidade de normas *legais* – só não colhem inteiramente porque o controlo da constitucionalidade tem por objecto quaisquer normas (e, portanto, também normas regulamentares, e não só normas legais); a grande diferença residirá, pois, na gravidade do vício que as atinge.

⁵²⁵ Em face da ausência de norma legal que contemple, de forma expressa, esta possibilidade, Blanco de MORAIS («Brevíssimas Notas sobre a Revisão do CPTA e do ETAF em Matéria de Contencioso Regulamentar», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, p. 5) sugere a introdução de um norma idêntica à prevista no n.º 4 do artigo 3.º do anterior ETAF («os tribunais administrativos e fiscais devem recusar a aplicação de normas inconstitucionais ou que contrariem outras de hierarquia superior). De qualquer modo, sublinhe-se que a desaplicação de regulamentos ilegais já resulta do

apreciação, a título principal, da validade dos regulamentos: a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral e a declaração de ilegalidade com efeitos restritos ao caso concreto⁵²⁶. A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral prevista no n.º 1 do artigo 73.º do CPTA caracteriza-se por constituir uma forma de controlo principal e abstracto das normas regulamentares, destinado a erradicá-las do ordenamento jurídico (cf., sobre os efeitos, artigo 76.º), com fundamento na sua ilegalidade simples. Por seu lado, a declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto, consagrada no n.º 2 do artigo 73.º, aproxima-se daquele meio por consubstanciar igualmente uma forma de controlo principal e abstracto, mas afasta-se dele por incidir apenas sobre regulamentos imediatamente operativos e possuir (como a designação indica) efeitos restritos ao caso concreto⁵²⁷. Associada a estes processos principais, o mesmo Código prevê ainda a providência cautelar de suspensão da eficácia de normas [cf. artigos 112.º, n.º 2, alínea a), e 130.º], destinada a assegurar a efectividade da sentença proferida na acção principal, constituindo, nessa medida, uma concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva⁵²⁸.

Face a esta plêiade de meios jurisdicionais, resta esclarecer se se não verifica qualquer défice de protecção jurisdicional.

Em primeiro lugar, a circunstância de os lesados pela aplicação de uma norma regulamentar inconstitucional (violadora dos seus direitos fundamentais) não deterem legitimidade processual activa para solicitar a declaração de inconstitucionalidade da mesma (ao contrário do que sucede na declaração de ilegalidade com força obrigatória

princípio da obediência à lei cuja observância se impõe a todos os tribunais, em consequência do estatuído pelo artigo 203.º da Constituição. Cf. ainda o que diremos, *infra*, Parte II, 2.4.3..

⁵²⁶ Sobre o contencioso administrativo das normas regulamentares no quadro do CPTA, v. Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 241 e ss.; M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 233 e ss., e *Manual...*, cit., pp. 105 e ss.; Vasco Pereira da SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 411 e ss.; M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 479 e ss.; M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., pp. 435 e ss.; P. Delgado ALVES, «O Novo Regime de Impugnação de Normas», in: Vasco Pereira da SILVA (coord.), *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 31 e ss. (esp.^{te} pp. 73 e ss.); Carla Amado GOMES, «Dúvidas Não Metódicas Sobre o Novo Processo de Impugnação de Normas do CPTA», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 60, Novembro/Dezembro 2006, pp. 3 e ss., *passim*; e o nosso trabalho «O Controlo...», cit., pp. 432 e ss.. Para uma perspectiva dirigida à reforma do CPTA em matéria de fiscalização de regulamentos, v. Blanco de MORAIS, «Brevíssimas Notas...», cit., pp. 3 e ss..

⁵²⁷ Sobre este meio, vejam-se ainda as referências que efectuaremos na Parte II, 2.4.3..

⁵²⁸ Questionando a ausência de precauções na previsão das providências cautelares em sede regulamentar, Blanco de MORAIS («Brevíssimas Notas...», cit., p. 11) sugere que se circunscreva a respectiva admissibilidade aos regulamentos imediatamente operativos.

geral prevista no CPTA⁵²⁹) provoca uma necessária indagação sobre a existência de uma tutela jurisdicional efectiva e sobre a necessidade da consagração de uma acção constitucional de defesa para a reacção contra actos normativos violadores de direitos fundamentais⁵³⁰. Já por diversas vezes aglutinadora de dúvidas e debates em torno da sua consagração no seio do direito português⁵³¹, a *acção constitucional de defesa* ou a *acção de amparo*⁵³² caracteriza-se, em termos sumários, por consistir num meio jurisdicional destinado a defender os cidadãos contra a violação dos direitos fundamentais, perpetrada por actos jurídicos ou materiais praticados pelos poderes públicos⁵³³. Não nos parece, porém, que a ausência desse mecanismo concorra inevitavelmente para uma desprotecção (ou uma protecção mais fraca), a nível jurisdicional, dos direitos fundamentais dos

⁵²⁹ Chamando já a atenção para este problema no quadro do regime anterior ao CPTA, cf. Vaz PATTO, «A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 33-34, 1988, p. 504, Autor que, para solucionar este problema, adopta um conceito amplo de ilegalidade (no sentido, se bem interpretamos a posição do Autor, de anti-juridicidade), com o objectivo de permitir a impugnação nos tribunais administrativos de regulamentos imediatamente operativos violadores de normas constitucionais. Discordamos, porém, da interpretação do Autor, se esta conduzir a que quem fosse prejudicado pela aplicação da norma ou viesse a sê-lo, previsivelmente, em momento próximo, tivesse legitimidade processual activa para pedir, num *tribunal administrativo*, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma regulamentar, com força obrigatória geral. Tal solução conduziria a uma situação de conflito positivo de competências em face do Tribunal Constitucional, com consequências em sede de litispendência e ao nível da disparidade de decisões (cf. também Acórdão do STA, de 20.05.2004, P. 01941/03).

⁵³⁰ Atente-se, porém, que os reparos mais contundentes do ponto de vista das deficiências da Justiça Constitucional no âmbito da tutela dos direitos fundamentais se reconduzem não aos problemas suscitados por normas inconstitucionais, mas por actos não normativos atentatórios daqueles direitos. Sobre esta questão, cf. a análise de Branco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 1040 e ss..

⁵³¹ V., v. g., para a panóplia de posições da doutrina portuguesa: Gomes CANOTILHO, «Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português», in: *Revista do Ministério Público*, n.ºs 33/34, ano 9.º, Janeiro/Junho 1988, pp. 23 e ss.; F. Alves CORREIA, «A Justiça Constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e Divergências», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3893, ano 131.º, Dezembro 1998, pp. 238 e s., e «Os Direitos...», cit., pp. 70 e ss.; J. Reis NOVAIS, «Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)», in: *Themis*, n.º 10, ano VI, 2005, pp. 91 e ss.; Carla Amado GOMES, «Pretexto...», cit., pp. 551 e ss.; António de ARAÚJO/Teles PEREIRA, «A Justiça Constitucional nos 30 Anos da Constituição Portuguesa», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005, pp. 24 e ss.. Para um confronto entre os institutos da queixa constitucional e do recurso de constitucionalidade, v. Maria Lúcia AMARAL, «Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de “Direito Público Comparado”», in: *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 473 e ss., esp.^{te} pp. 489 e ss.. Sobre as questões envolvidas pelo problema da consagração de uma acção constitucional de defesa no direito português, cf. ainda o nosso trabalho «O Direito de Impugnação Judicial de Actos Administrativos na Constituição de 1976 e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005, pp. 56 e ss..

⁵³² Sobre a designação «acção de amparo», cf. Carla Amado GOMES, «Pretexto...», cit., p. 545, n. 11, na senda de Wladimir BRITO, «O Amparo Constitucional», in: *Direito e Cidadania*, n.º 7, ano III, Julho/Outubro 1999, p. 26.

⁵³³ V., por exemplo, artigo 41, n.º 2, da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 2/1979, de 3 de Outubro)*, sobre o *recurso de amparo*, ou o artigo 93, § 1 (4a), da *Grundgesetz*, sobre a *Verfassungsbeschwerde*.

particulares, quando vulnerados por normas regulamentares (que, como tal, constituem objecto de controlo pelo Tribunal Constitucional), visto existirem, inclusive a título preventivo, outros meios de acesso aos tribunais⁵³⁴.

Tratando-se de um regulamento imediatamente operativo, é possível apelar para a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, interpretando (agora sim) a ilegalidade em sentido amplo, de molde a abranger qualquer anti-juridicidade e, por conseguinte, também a inconstitucionalidade (quando consubstanciar um vício autónomo)⁵³⁵. Neste momento, não existirá um conflito positivo de competências com o Tribunal Constitucional, porquanto a Constituição reconhece a todos os tribunais o poder de fiscalização da constitucionalidade das normas, sem o propósito de as expurgar do ordenamento jurídico. Nas demais situações (normas regulamentares mediamente operativas), poderá o particular suscitar o incidente de inconstitucionalidade, obtendo o afastamento da norma inconstitucional no processo judicial em que ataca o acto de execução do regulamento.

⁵³⁴ De fora do âmbito da Justiça Administrativa (e, por conseguinte, da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto) ficam, porém, os regulamentos praticados sob a forma de acto legislativo, revelando-se duvidoso se, relativamente a estes, vale a regra similar à dos actos administrativos, impugnáveis junto dos tribunais administrativos independentemente da sua forma (cf. artigos 268.º, n.º 4, da CRP, e 52.º, n.º 1, do CPTA) – cf. também Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 243, n. 529; Jónatas MACHADO, «Breves Considerações em Torno do Âmbito da Justiça Administrativa», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 94. A questão complexifica-se num ordenamento como o nosso em que, além de se encontrar constitucionalmente conferido ao Governo poder legislativo ordinário [artigo 198.º, n.º 1, alínea a)], não se reconhece uma reserva de regulamento, razão por que, à partida, se torna difícil o recorte de um conceito material de regulamento em confronto com um (inexistente) conceito material de lei – questão ancorada no igualmente tortuoso problema da distinção material entre as funções legislativa e administrativa e que tentámos dilucidar por referência à noção de «reserva de direcção política» (cf., *supra*, 3.4.1.).

Atente-se, a este propósito, no histórico *Arrêt* «Canal», de 19.10.1962 (in: LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLLE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 608 e ss.), no qual o *Conseil d'Etat* reforçou a opção substancialista anteriormente por si perfilhada, considerando-se competente para apreciar a legalidade (*in casu*, a constitucionalidade) de uma *ordonnance* do Presidente da República – a *Ordonnance* de 1 de Junho de 1962, que, ao abrigo da *Loi* de 13 de Abril de 1962 (a qual tinha como referentes próximos os Acordos de Evian), instituiu um tribunal militar de excepção para julgar determinadas infracções relacionadas com os acontecimentos da guerra na Argélia. Ainda que a *Loi* conferisse ao Presidente o poder de, por *Ordonnance*, adoptar as “medidas legislativas”, o *Conseil d'Etat* entendeu que tais medidas não constituíam verdadeiros actos legislativos, mas *actes administratifs*, e, como tal, submetidos à sua jurisdição. Sobre os antecedentes históricos desta decisão, cf., minuciosamente, Barbosa de MELO, *Segurança e Liberdade: Dois Casos Exemplares*, Conferência proferida em 3 de Dezembro de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ainda inédito (texto consultado por gentileza do Autor, a quem agradecemos), ponto II, pp. 16 e ss., esp.¹⁶ II.2, pp. 21 e ss..

⁵³⁵ Neste sentido, cf. Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 109, n. 166; M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 238 e 239, e *Manual...*, cit., p. 106; M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 446, anotação VII ao artigo 73.º. V. também o nosso trabalho «Os Princípios Normativos são Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril 2010, pp. 66 e s..

Além disso, dispõe hoje o CPTA, em consequência da exigência constante do n.º 5 do artigo 20.º da CRP, de um meio processual, caracterizado pela celeridade e prioridade, destinado à tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos fundamentais: a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias. Não é por acaso que o STA⁵³⁶ entende que este meio processual corresponde à “consagração de um direito constitucional de amparo a efectivar através das vias judiciais normais” Assim, e perante qualquer norma regulamentar, torna-se igualmente viável o recurso a esta intimação, sempre que se verificarem os respectivos pressupostos, *inter alia*, a urgência e a indispensabilidade da conduta exigida à Administração para o exercício, em tempo útil, de um daqueles direitos (artigo 109.º): através deste meio processual, pode(m) o(s) interessado alcançar, de forma urgente, no mínimo⁵³⁷, os efeitos prosseguidos através da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto⁵³⁸.

Outro problema levantado a propósito do cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efectiva pelo actual contencioso das normas diz respeito às condições sob as quais se admite o pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, problema este suscitado pelo cotejo das soluções actuais com o pretérito regime⁵³⁹. Nos termos do n.º 1 do artigo 73.º do CPTA, “a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral pode ser pedida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa previsivelmente vir a sê-lo em momento próximo, desde que a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade”. O *punctum saliens* reside na exigência prévia de que a norma em causa haja sido previamente desaplicada em três casos concretos. Neste caso, existe, na verdade, um retrocesso face ao regime emergente da LPTA e do ETAF de 1984: não só o anterior recurso contra regulamentos dos órgãos da Administração regional e local, de

⁵³⁶ Acórdão do STA, de 06.12.2006, P. 885/2006.

⁵³⁷ No máximo, poderá pedir-se ao tribunal a condenação da Administração à revogação (anulação) substitutiva de um regulamento de execução inválido – assim, Carla Amado GOMES, «Pretexto...», cit., pp. 559, 560 e s..

⁵³⁸ Pense-se na situação *sub iudice*, apreciada pelo Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 01.07.2010, P. 6392/10: perante uma norma constante do *Regulamento Nacional de Estágio* (o artigo 9.º-A), emitido pela Ordem dos Advogados, que exigia aos candidatos licenciados em Direito (de acordo com o regime de Bolonha) a realização de um exame nacional de acesso ao estágio, o Tribunal, no contexto de uma intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, confirmou a sentença recorrida, que se havia pronunciado no sentido da invalidade da norma (com vários fundamentos) e intimado a Ordem dos Advogados a aceitar a inscrição no estágio das autoras.

⁵³⁹ Questionando a constitucionalidade das soluções, cf., de forma contundente, Vasco Pereira da SILVA, *O Contencioso...*, cit., pp. 418 e ss.; criticando a opção do legislador (mas sem a considerar inconstitucional), Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 246; Bernardo AZEVEDO, «Acção...», cit., p. 202.

concessionários e pessoas colectivas de utilidade pública não pressupunha, em caso algum, a existência de três desaplicações prévias, como a declaração de ilegalidade apenas fazia tal exigência quanto a regulamentos mediatamente operativos.

A opção do legislador acentua o pendor objectivista que preside ao contencioso das normas, ao exigir aos particulares uma certeza acrescida (decorrente da existência de mais que uma decisão judicial em sentido idêntico) da ilegalidade da norma em causa, podendo mesmo sustentar uma pretensa “presunção de legalidade de regulamentos” que só não é oponível ao Ministério Público⁵⁴⁰. Todavia, a circunstância de, ainda assim, persistirem possibilidades de defesa dos administrados (mediante a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto de regulamentos imediatamente operativos⁵⁴¹ ou através da invocação da ilegalidade do regulamento mediatamente operativo em processo dirigido contra o respectivo acto de execução) permitirá concluir que essa exigência não briga de tal forma com o princípio da tutela jurisdicional efectiva que a torne inconstitucional. Por um lado, quando esteja em causa uma norma regulamentar imediatamente operativa, o particular, quando afectado, actual ou potencialmente, pela aplicação da mesma, pode solicitar a declaração de ilegalidade *com efeitos circunscritos ao caso concreto*, cuja procedência implicará para a Administração o dever de não valorar a sua situação (o caso concreto) à luz da norma declarada inválida (inconstitucional ou ilegal). Por outro lado, tratando-se de norma regulamentar mediatamente operativa (não abrangida pela declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto), ao particular está sempre aberta a possibilidade de reacção judicial contra o acto de aplicação, não se verificando, por conseguinte, uma ausência de tutela. Por fim, o pressuposto da recusa de aplicação da norma em três casos concretos há-de interpretar-se da forma mais ampla possível, tendo-se por cumprido quer quando tenha ocorrido uma desaplicação incidental (transitada em julgado) num tribunal administrativo (independentemente da acção em

⁵⁴⁰ Esta exigência não constitui pressuposto para a acção pública desencadeada pelo Ministério Público, que, de acordo com o n.º 3 do artigo 73.º, tem o poder (mas não o dever) de, *ex officio*, pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, sem necessidade da verificação da recusa de aplicação em três casos concretos, reforçando o cariz objectivo predominante no contencioso dos regulamentos. Uma vez verificada a desaplicação em três casos concretos, tal poder transforma-se em dever (artigo 73.º, n.º 4).

⁵⁴¹ A declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto constituirá, muitas vezes, o único meio de reacção contra a ilegalidade de regulamentos imediatamente operativos: na hipótese dos regulamentos imediatamente operativos – os quais, por definição, dispensam de um acto de aplicação para completar a sua *fattispecie* e lesam a esfera jurídica dos particulares a partir do momento em que entram em vigor –, não subsistiria outra alternativa senão aguardar ou que, em três processos, o tribunal afastasse a aplicação da norma, a fim de poder desencadear um processo de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, ou que fosse intentado contra si um processo cuja decisão pressuporia a mobilização da mesma norma, caso em que ocorreria uma recusa de aplicação incidental.

causa) ou num tribunal judicial, quer quando a norma já haja sido objecto de três decisões (transitadas em julgado) de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto. Além disso, deve dar-se o requisito por preenchido também perante uma decisão adoptada nos termos do artigo 48.º, relativo aos processos em massa: a sentença proferida no âmbito do processo ao qual o presidente do tribunal tenha dado andamento valerá, dada a profundidade da análise de que constitui objecto (na medida em que a questão é debatida em todos os seus aspectos de facto e de direito, de acordo com o n.º 3 do artigo 48.º, e a circunstância de se tratar de um julgamento em formação alargada, como decorre do n.º 2 do artigo 41.º do ETAF), pelas três desaplicações demandadas pelo n.º 1 do artigo 73.º⁵⁴².

Sem prejuízo de reconhecermos que, num sistema de administração executiva, a tutela sucessiva deve ser a regra, assumindo-se a tutela preventiva como um caso excepcional, tornam-se equacionáveis, *de iure condendo*, outras formas de tutela dos direitos dos particulares, destinadas a prevenir quer a emissão de um regulamento inválido, quer a prática de um acto administrativo ilegal fundado num regulamento inválido. Repare-se, porém, que a respectiva ausência no panorama processual português não significa que exista uma desprotecção dos particulares ou um *deficit* de garantias dos seus direitos que impeça a assunção do relevante papel que atribuímos aos regulamentos no quadro da sua relação com a lei. As formas de tutela preventiva – quando existam – representam sempre um *plus* na protecção das posições jurídicas substantivas dos cidadãos.

A previsão de mecanismos processuais destinados a condenar o demandado à não adopção futura de um determinado comportamento (iminente, mas ainda não iniciado), quando se conclua que este se revelará lesivo de direitos ou interesses legalmente protegidos, não é desconhecida do nosso contencioso administrativo: inspirada pela congénere germânica – a *vorbeugende Unterlassungsklage* também integrada na

⁵⁴² Nas hipóteses em que se cumpram os pressupostos subjacentes aos processos em massa previstos no artigo 48.º, facilita-se a verificação dos três casos concretos. Uma vez intentados mais de vinte processos que contestem a legalidade de determinada norma, o presidente do tribunal pode determinar que seja dado andamento apenas a um ou a alguns deles, os quais são, neste último caso, apensados num único processo, suspendendo-se a tramitação dos demais. Proferida a decisão, as partes dos processos suspensos podem requerer ao tribunal a extensão dos efeitos daquela sentença. Assim, uma decisão adoptada no contexto de processos em massa, deverá constituir pressuposto suficiente para dar por verificados os três casos concretos de recusa de aplicação da norma.

Neste sentido, cf. também Carla Amado GOMES, «Dúvidas...», cit., p. 8 e ss.. Reflectindo sobre as relações que entretencem os processos em massa e a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, a Autora avança com a questão da possibilidade de o presidente do tribunal, quando confrontado com diversos processos de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto da mesma norma ou de desaplicação, emitir, no quadro do processo a que dá andamento, uma declaração com força obrigatória geral. Confrontada com as exigências do princípio do pedido, a Autora entende que tal opção, embora equacionável numa futura revisão do CPTA, depende de uma alteração legislativa, sem deixar de ponderar o aproveitamento da selecção efectuada para alcançar uma declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (*Op. cit.*, p. 10). *V.* ainda P. Delgado ALVES, «O Novo Regime...», cit., p. 89.

allgemeine Leistungsklage –, a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 37.º consagra uma acção impositiva ou inibitória⁵⁴³, destinada a solicitar ao tribunal a condenação à abstenção (ou à adopção) de comportamentos, designadamente a condenação da Administração à não emissão de um acto administrativo, quando seja provável a emissão de um acto lesivo. Ora, tal como sucede no direito alemão – onde se admite também a utilização da *vorbeugende Unterlassungsklage* relativamente à emanação iminente de normas administrativas⁵⁴⁴ – não vemos por que recusar, sobretudo quando esteja em causa a agressão muito provável a direitos fundamentais, a possibilidade, ainda que dentro dos pressupostos estritos (que se prendem essencialmente com a demonstração da necessidade efectiva ou indispensabilidade deste tipo de tutela para o cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efectiva no caso concreto)⁵⁴⁵, de o tribunal condenar a Administração à não emanação de uma norma regulamentar (sem prejuízo de a tutela reactiva permanecer como o meio idóneo, por regra, para a reacção contra normas atentatórias dos direitos dos particulares)⁵⁴⁶.

Uma outra forma de tutela preventiva consistiria em permitir a utilização da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto contra regulamentos mediamente operativos em momento anterior ao da prática do acto administrativo de execução, como já propusemos noutro local⁵⁴⁷. Pense-se, *v. g.*, nas hipóteses em que se encontra já iniciado o procedimento tendente à emissão daquele acto administrativo. Os efeitos da eventual procedência da acção de declaração precludiriam a possibilidade de emanação do acto de execução da norma considerada ilegal, o que implicaria a intervenção na acção não apenas da entidade que emanou a norma, mas também, ao abrigo do n.º 8 do artigo 10.º, da entidade (se diferente daquela) responsável pela prática do acto administrativo. Além disso, a necessidade de evitar a prática do acto

⁵⁴³ Assim, Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 188 e ss.. Sobre o problema da transplantação deste instituto para o direito português, cf., *v. g.*, Sérvulo CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 773 e s..

⁵⁴⁴ Cf., *v. g.*, HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 6.ª ed., Beck, München, 2005, p. 314.

⁵⁴⁵ Com efeito, as exigências empregadas na densificação do âmbito de utilização deste meio processual para a condenação à não emissão de acto administrativo podem ser transpostas para o nosso domínio problemático. Os problemas assomam quando se percebe que a pretensão não é deduzida mediante acção administrativa especial (dirigida às questões emergentes de actuações administrativas de autoridade), mas através da acção administrativa comum (reservada, em princípio, para questões relacionadas com actuações paritárias).

A utilização deste meio deve ainda restringir-se às hipóteses em que se demonstre inviável ou gravemente prejudicial a tutela dos direitos dos particulares através da acção administrativa especial dirigida à declaração da ilegalidade dos regulamentos (porque, *v. g.*, se trata de um regulamento imediatamente operativo que vulnera, como tal, os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, originando a constituição de situações de facto irreversíveis, às quais se não consegue pôr cobro nem através da concessão de providências cautelares); nesta medida, exige-se uma mais severa apreciação do interesse em agir (cf. as exigências semelhantes formuladas por Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 189 e ss., e M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 113 e ss., e *Manual...*, cit., pp. 129 e s., quanto à condenação à não emissão de acto administrativo).

⁵⁴⁶ Defendendo, entre nós, esta possibilidade, Carla Amado GOMES, «Dúvidas...», cit., p. 15 e s.; Rui LANCEIRO, «A Condenação à Abstenção de Comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1172.

⁵⁴⁷ Cf. o nosso trabalho «O Controlo...», cit., pp. 454 e ss..

administrativo de execução na pendência da acção teria de ser ressalvada com o requerimento de providências cautelares destinadas a suspender os efeitos da norma, assim como a tramitação procedimental conducente àquele acto. Por outro lado, e sem abdicar do pressuposto do interesse processual, o recurso à declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto como forma de tutela preventiva surgiria mais facilitado que o da condenação à não emissão de um acto administrativo [artigo 37.º, n.º 2, alínea c)], porquanto não se trata de impedir uma ilegalidade (a legalidade administrativa já está afectada pela invalidade do regulamento), mas, outrossim, o respectivo agravamento⁵⁴⁸.

4. Os limites ao poder regulamentar: uma introdução ao problema dos parâmetros de vinculação do regulamento

Uma vez definidas as funções prosseguidas pelo regulamento no actual panorama jurídico-administrativo, cumpre agora apreciar quais os limites ao poder regulamentar, num contexto, como alguma doutrina assinala, de «paradoxo da desordem»⁵⁴⁹. O tratamento desta questão revela-se de importância extrema para introduzir a temática dos parâmetros de vinculação do regulamento, que aprofundaremos na Parte III, nessa altura sob a lupa da invalidade das normas regulamentares. Estarão aqui em causa limites de natureza jurídica, corporizados, designadamente, nos princípios orientadores das relações entre os vários estratos de um sistema jurídico complexo⁵⁵⁰; não será, pois, de estranhar

⁵⁴⁸ Trata-se de uma possibilidade que se encontrava aberta pelo recurso contra normas regulamentares disciplinado na LPTA. Tendo como objecto quaisquer regulamentos emitidos pelos órgãos da Administração regional e local, pelos concessionários e pelas pessoas colectivas de utilidade pública, o recurso podia ser interposto não apenas por quem fosse prejudicado pela aplicação da norma mas também por quem viesse previsivelmente a ser prejudicado por essa aplicação em momento próximo (cf. artigo 63.º da LPTA).

Esta perspectivação da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto assume uma importância decisiva perante problemas emergentes dos regulamentos das entidades reguladoras, *maxime*, quando estes põem em causa os direitos dos utentes dos serviços públicos essenciais (chamando a atenção para o facto de os regulamentos dos reguladores não assumirem natureza imediatamente operativa relativamente aos utentes, na medida em que estes apenas sentem os respectivos efeitos após a aplicação das medidas neles previstas pelos prestadores de serviços – o que dificulta o controlo judicial das normas em causa, em virtude da limitação constante do n.º 2 do artigo 73.º – cf. Suzana Tavares da SILVA, «Revisitando a Garantia da Tutela Jurisdicional Efectiva dos Administrados», in: *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, Março 2010, p. 130); claro está que uma configuração com este pendor da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto exigiria uma recompreensão aprofundada do meio processual, desde logo no que tange aos efeitos do caso julgado para fora da Administração, porquanto não se trata apenas de evitar a prática de um acto administrativo inválido, mas de obviar ainda à adopção de medidas, por parte de sujeitos privados, compatíveis com os regulamentos inválidos dos reguladores.

⁵⁴⁹ STIRN, «Lois...», cit., p. 129.

⁵⁵⁰ Cf. também a posição de Afonso QUEIRÓ («Teoria...», cit., pp. 231 e ss.) sobre os limites do poder regulamentar, da qual decorre que aquele se encontra subordinado ao princípio da hierarquia (corporizado no respeito pelos princípios e normas superiores), à proibição da retroactividade, ao princípio segundo o qual as normas regulamentares não podem ser *in privos latae* e ao princípio da competência. V. igualmente Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 178 e ss..

que os princípios agora elencados constituam também critérios de dilucidação de conflitos normativos.

O papel do regulamento deve, por isso, perspectivar-se num contexto de pluralismo normativo e de pluralismo institucional-administrativo⁵⁵¹, o primeiro impedindo qualquer concepção das «fontes de direito» segundo um esquema exclusivamente piramidal, o segundo, abrindo alas para o entrelaçamento entre a relação inter-normativa e as relações inter- e intra-administrativas. O hodierno cenário jurídico surge caracterizado pela pluralidade de sistemas normativos e pela complexidade das respectivas relações. Daí termos sublinhado, quando aludimos ao princípio da legalidade como fundamento do poder regulamentar, que a consideração da lei (ou mesmo da norma internacional ou europeia habilitante) neste contexto não poderia obliterar a necessária inserção do regulamento no cenário mais vasto da juridicidade e dos diversos planos normativos que compõem o direito positivo português. A formulação tradicional do problema das «fontes do direito» é afastada pela mobilização do conceito explicativo de «estrutura reguladora», que permite superar uma perspectiva estritamente (e rigidamente) hierárquica do relacionamento entre normas, as quais tinham, no essencial, uma origem estadual interna, deixando de fora as questões emergentes de um ordenamento jurídico multinível e da distinção entre *hard law* e *soft law*⁵⁵².

Não constitui, por isso, novidade a inadequação do princípio da hierarquia (concretizada, em particular, na subordinação à lei) como o único critério de relacionamento das «fontes de direito», concepção que se revela tributária de uma ultrapassada visão estatisto-legalista das «fontes de direito»⁵⁵³. Trata-se, aliás, de uma consequência necessária de uma característica própria do direito público, onde a responsabilidade pela concretização do direito (*Konkretisierungsverantwortlichkeit*) passa por uma densificação efectuada em diversos planos, onde se distinguem, com maior ou menor clareza, os diferentes tipos de concretização operados, a partir da Constituição, pelo legislador e pela Administração (e ainda pelos tribunais)⁵⁵⁴. Por este motivo, o problema da

⁵⁵¹ Nestes termos, POLITI, «Regolamenti...», cit., p. 2.

⁵⁵² Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., pp. 44 e s.. Relativamente ao fenómeno da *soft law* no Direito Administrativo, v. RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., pp. 1125 e s.. Sobre a complexidade da «estrutura de regulação» (*Regelungsstruktur*) dos actuais sistemas jurídicos, cf. TRUTE/DENKHAUS/KÜHLERS, «Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft», in: *Die Verwaltung*, n.º 4 vol. 37.º, 2004, pp. 457 e ss..

⁵⁵³ Para uma perspectiva crítica desta concepção estatisto-legalista e político-constitucional das «fontes de direito», v. Castanheira NEVES, «Fontes...», cit., pp. 38 e ss.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 689 e ss. (701).

⁵⁵⁴ Cf. SEILER, *Auslegung als Normkonkretisierung*, Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 49 e s..

validade do regulamento deve ser duplamente encarado: sob a perspectiva das vinculações a que o órgão emissor se encontrava adstrito – em directa referência à questão dos parâmetros de vinculação do regulamento –, e na óptica do órgão administrativo encarregado da respectiva aplicação (*hoc sensu*) – a permitir o relacionamento entre os parâmetros de vinculação do regulamento e a competência para a recusa de aplicação.

Sempre enquadrada pelo princípio da juridicidade (e, por conseguinte, tendo como pano de fundo a normatividade jurídica), a questão dos limites jurídicos ao poder regulamentar passará pela convocação de outros princípios. Eis o que sucede paradigmaticamente com o princípio da competência⁵⁵⁵. O entrelaçamento entre o princípio da hierarquia e o princípio da competência deixa já entrever duas conclusões fundamentais: por um lado, a mobilização do princípio da competência transporta o problema quer para o quadro da confluência entre as várias competências normativas (legislativa e regulamentar), quer, quando opera no interior do nível regulamentar, para o reconhecimento das zonas de competência regulamentar própria ou autónoma; por outro lado, o princípio da hierarquia coloca a questão no domínio das relações inter-normativas no quadro de um sistema jurídico multicomplexo. Vejamos agora como operam estes princípios, cujo funcionamento, na qualidade de limites ao exercício do poder regulamentar, pressupõe que se articulem nas suas cumplicidades, só dogmaticamente cindíveis.

O princípio da competência associa o problema das fontes de direito ao princípio da separação (horizontal e vertical) de poderes, pondo a tónica nas suas dimensões funcional e orgânica. Como vimos a propósito do sentido das funções do regulamento, em especial, no que tange à função de dinamização da ordem jurídica, o exercício do poder regulamentar

Neste domínio, é tradicional a distinção (ainda tributária da perspectiva hierarquizada do sistema jurídico, em que cada um dos segmentos assenta e tem o fundamento de validade no anterior) entre «fontes superprimárias» (onde se inclui a Constituição), «fontes primárias» (compostas pelos actos legislativos) e «fontes secundárias» (que integram os regulamentos administrativos) – cf., v. g., MUSACCHIA, «Le Norme Sulla Produzione Giuridica nel Sistema Costituzionale delle Fonti», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1970, p. 182 (sem que o Autor desconheça o carácter redutor da classificação – cf. *Op. cit.*, pp. 184 e ss.).

⁵⁵⁵ Uma das preocupações manifestadas pelo legislador procedimental espanhol se cifra justamente na delineação dos princípios da hierarquia e da competência como limites jurídicos do exercício do poder regulamentar: sob a epígrafe «Hierarquia e competência», dispõe o artigo 51 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* que “as disposições administrativas não podem violar a Constituição ou as leis nem regular aquelas matérias que a Constituição ou os Estatutos de Autonomia reconhecem como competência das Cortes Gerais ou das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas” (n.º 1), acrescentando que “nenhuma disposição administrativa pode violar os preceitos de outra de nível superior” (n.º 2) e determinando que compete à lei estabelecer a hierarquia entre as disposições administrativas (n.º 3).

postula a não invasão da função legislativa⁵⁵⁶ pelos órgãos administrativos. Além disso, e tendo em conta o reconhecimento constitucional de autonomias normativas, exige-se que, sob pena de inconstitucionalidade, os órgãos com competências regulamentares não cerceiem ou invadam o âmbito normativo autónomo.

A compreensão dos limites ao poder regulamentar também não se esgota na invocação do princípio da competência – enquanto face dos vectores funcional e orgânico do princípio da separação de poderes –, visto que, encarado sob esta perspectiva, o princípio da separação de poderes não pressupõe a existência de um poder (legislativo) dominador dos demais (*in casu*, poder administrativo). Do esquema normativo emergente da Constituição decorre o estabelecimento de relações de supra-/infra-ordenação entre normas jurídicas provenientes de poderes diversos, desde logo, a supremacia da lei relativamente ao regulamento (dedutível, *v. g.*, do artigo 112.º), o que, não sendo explicável pela simples mobilização do princípio da competência, postula a convocação, neste plano, do princípio da hierarquia, desvelando agora a dimensão normativa do princípio da separação de poderes⁵⁵⁷. Apenas neste sentido, quase que poderíamos afirmar, com Locke⁵⁵⁸, a subordinação do poder executivo ao poder legislativo e a supremacia deste último face ao primeiro – subordinação que não decorre de qualquer pré-juízo quanto ao sentido, alcance e legitimação democrática inerente à função administrativa, mas que resulta tão-só da diferente força jurídica caracterizadora da lei e do regulamento (possuindo este último, como veremos no ponto subsequente, força infra-legal).

O limite consubstanciado no princípio da hierarquia assume contornos ainda mais complexos, que se não reconduzem unicamente ao princípio da prevalência de lei (analisado *supra* no quadro do fundamento jurídico do poder regulamentar), não prescindindo da concatenação com a já acentuada multiplicidade de níveis normativos no

⁵⁵⁶ Não aludimos neste momento à observância do princípio da separação de poderes que impede a confusão entre função administrativa e função judicial, visto que tal questão se não coloca quando em causa está a dilucidação dos limites ao poder regulamentar: com efeito, o exercício deste último materializa-se na emissão de normas jurídicas, afigurando-se impossível, neste cenário, uma usurpação pelos órgãos administrativos do poder judicial, porquanto este último se dirige à resolução de concretos conflitos jurídicos e não à prescrição impositiva de normas.

⁵⁵⁷ Sobre as malhas tecidas pelas relações entre a hierarquia de normas e a hierarquia de poderes, e sublinhando, no quadro da Constituição francesa, a aparente contraditoriedade da conciliação entre Montesquieu e Kelsen – tomados como epítomes dos princípios da separação de poderes (de vocação horizontal) e da hierarquia normativa (de pendor vertical), respectivamente –, cf. DEPUSSAY, «Hiérarchie...», *cit.*, pp. 421 e s..

⁵⁵⁸ LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, Edições 70, Coimbra, 2006, pp. 332 e s. (apesar de não aderirmos a todas as conclusões que o Autor extrai nesta matéria, designadamente o carácter supremo do poder legislativo e a ideia de que todos os poderes derivam deste último).

sistema jurídico. Esta consideração impede a adopção de soluções lineares que imponham tão-só a mera conformação dos regulamentos com a lei, com absoluta indiferença em relação às demais normas constitutivas do ordenamento jurídico⁵⁵⁹. Desde logo, não se pode escamotear o reconhecimento de que o sistema jurídico se revela como «normativamente pluridimensional» (e não «normativisticamente unidimensional»)⁵⁶⁰, a implicar que os limites ao poder regulamentar se não fiquem pela observância das normas (formais, impositivamente pré-escritas) dotadas de força normativa superior, encontrando-se ainda os regulamentos submetidos aos fundamentos normativos do sistema jurídico; por outras palavras, e regressando ao ponto de partida, o exercício do poder regulamentar deve considerar-se normativamente enquadrado no âmbito do sistema jurídico vigente e, como tal, representa uma parcela de um todo normativamente coerente e unitário (mas não lógico-formalmente congruente e fechado), a exigir o respeito também pelos valores e princípios normativo-jurídicos e, por conseguinte, a dirigir de novo a atenção para a juridicidade, à qual se encontra submetida toda a actividade administrativa.

Ainda quando se desça ao plano das normas impositivamente pré-escritas, deve considerar-se hoje sedimentada a conclusão segundo a qual, mais do que por uma hierarquia entre fontes, o ordenamento actual se caracteriza pela existência de um complexo de relações entre normas, cujo critério de relacionamento assenta sobre a respectiva força normativa – nesta acepção, o cumprimento do limite imposto pelo princípio da hierarquia volve-se num cotejo entre a norma (regulamentar) a emitir e as normas dotadas de uma força normativa superior, transformando-se, em consonância, num *princípio do respeito pelas normas dotadas de força normativa superior*. O que, por conseguinte, não só admite o desenho de hipóteses diferenciadas de invalidade do regulamento, como também abre caminho para a formulação de hipóteses de recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade, ainda quando o vício não resulte da infracção da lei, mas de outra norma do sistema jurídico – assim sucederá, como veremos, quando se trate da violação da Constituição, do direito internacional geral ou comum ou mesmo de outros regulamentos⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Chamando já a atenção para este problema, v. Rui MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pp. 191 e s..

⁵⁶⁰ Cf. Castanheira NEVES, «Fontes...», cit., p. 52; sobre a autonomização dos fundamentos regulativos do direito face às «fontes de direito», *Op. cit.*, p. 53.

⁵⁶¹ A convocação dos princípios da hierarquia e da competência não exprime todas as relações em que os regulamentos podem figurar. Veremos, em momentos diversos, que a complexidade da teia normativa em que aqueles se encontram enredados postula, aquando da decisão do caso concreto, a mobilização de

5. A força jurídica do regulamento: o regulamento como forma de autovinculação administrativa

Os regulamentos administrativos gozam de uma força jurídica própria, que contribui para a identificação de uma das notas características do respectivo conceito: a «força de regulamento» (assimilada ao valor infra-legal). Indagar sobre a força jurídica do regulamento implica uma reflexão sobre o sentido da incontestabilidade das normas que prescreve e sobre a vinculatividade do respectivo conteúdo em face das situações jurídicas concretas⁵⁶² – aliás, a vinculatividade jurídica (e não meramente fáctica) associada ao regulamento constitui uma das notas que permitiram a sua qualificação como norma jurídica⁵⁶³.

Este ponto encontra-se de forma íntima concatenado quer com o lugar dos regulamentos no plano das «fontes de direito», quer com o próprio sentido da função normativa da Administração: estando-lhe retirada a decisão sobre certo tipo de fins (definidos por lei), também os actos normativos da Administração emitidos dispõem de uma força jurídica inferior⁵⁶⁴. Todavia, esta força jurídica, se hierarquicamente inferior quando cotejada com a lei, não deixa de incluir a nota da obrigatoriedade: o regulamento, enquanto fonte de Direito Administrativo e acto emanado pelo poder público, surge dotado de *força jurídica vinculativa*.

A vinculação operada pelo regulamento significa, pois, a obrigatoriedade de os comportamentos de todos os sujeitos jurídicos se conformarem com as prescrições (normas) dele resultantes. Sem que ignoremos as dúvidas que suscitam as disposições legais de natureza metodológica, a obrigatoriedade das normas regulamentares surge confirmada pela conjugação dos artigos 1.º e 8.º, n.º 2, do Código Civil, quando consagra o

outros princípios (como o princípio da preferência aplicativa ou o princípio da especialidade), para determinar se a norma regulamentar em causa constitui o critério de decisão prático-normativamente adequado à solução da situação *sub iudice*. Simplesmente, estes princípios agora apontados não se destinam (como os princípios da hierarquia e da competência) a dilucidar o problema dos limites jurídicos do poder regulamentar (e, concomitantemente, dos parâmetros de vinculação dos regulamentos), não importando questões de validade/invalidade, mas antes de eficácia/ineficácia.

⁵⁶² Sobre a dupla face do conceito de «força jurídica» (embora no contexto da força jurídica das decisões judiciais), cf. DETTERBECK, «Normwiederholungsverbot aufgrund Normverwendender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 116, 1991, pp. 414 e s..

⁵⁶³ Exaltando também a vinculação jurídica como um elemento caracterizador da normatividade (sem o qual as prescrições são meras declarações, informações ou advertências, mas não normas jurídicas), v. AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 48.

⁵⁶⁴ Assim, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 59.

dever de obediência à lei. Entendendo que a palavra «lei» surge aqui utilizada no seu sentido mais lato – de acto normativo do poder público, ou, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do Código Civil, de “disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes” –, estão compreendidos neste preceito, assim como nos subsequentes que continuam a referir-se à lei, os regulamentos administrativos⁵⁶⁵.

É em função do alcance e do sentido assacados a esta força jurídica vinculativa que se poderá conceber e modelar o problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade. A circunstância de a força jurídica do regulamento administrativo vir associada ao princípio da inderrogabilidade singular exige uma prévia reflexão sobre o respectivo conteúdo (5.1.) para, a partir daí, se encetar uma análise dos conceitos de vinculação, nas suas vertentes de autovinculação e heterovinculação (5.2.), e, logo em seguida, se perspectivarem os termos da autovinculação administrativa através de regulamentos (5.3.).

5.1. O relevo da distinção entre regulamentos externos e regulamentos internos: o princípio da inderrogabilidade singular

Sói associar-se a obrigatoriedade do regulamento ao *princípio da inderrogabilidade singular*⁵⁶⁶. Trata-se de um princípio que integra o regime típico dos regulamentos

⁵⁶⁵ V. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 51 e s., defendendo igualmente que na intencionalidade do legislador histórico se encontram também incluídas na expressão «órgãos estaduais» as câmaras municipais. Está aqui patente o conceito de lei propriamente dita – enquanto “declaração solene com valor normativo, ditada pela autoridade que detém a *potestas normandi* do Estado com a observância da forma estabelecida” – perfilhado por Cabral de MONCADA (*Lições de Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, p. 90). Cf. também Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1965, p. 109; Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1993, pp. 159 e s.; Oliveira ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 268 e ss.; Santos JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 191. Criticando a ausência da alusão aos regulamentos administrativos no elenco das fontes de direito e o conceito de lei constantes do artigo 1.º do Código Civil, cf. Freitas do AMARAL, «Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil», in: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 608 e 610, respectivamente. Recusando o conceito amplo de lei subjacente ao Código Civil, v. Blanco de MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 107 e ss.; A. Salgado de MATOS, «Princípio...», cit., p. 197.

Eis a expressão da designada «concepção plana da lei», a que alude GARCÍA DE ENTERRÍA (*Legislación...*, cit., p. 41) para caracterizar o entendimento civilista de lei, enquanto qualquer norma imposta pelo Estado (*lato sensu*), independentemente da origem e do conteúdo: de acordo com o Autor, apenas a perspectiva tridimensional, própria da consciência do direito público, permitirá distinguir entre as várias normas escritas existentes no ordenamento e o respectivo valor (ou, como preferimos, a respectiva força jurídico-normativa).

⁵⁶⁶ Embora sem o arrimo decorrente de uma consagração legislativa expressa – ao contrário do que sucede noutros ordenamentos. Assim, v. g., em Espanha, em que o n.º 2 do artigo 52 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* dispõe que “as resoluções

externos – a demonstrar que estes, não obstante terem como destinatários outras entidades (particulares ou outros entes administrativos), possuem sempre uma eficácia no interior da Administração (e da própria pessoa colectiva pública a que pertencem).

I. O princípio da inderrogabilidade singular – enquanto concretização do aforismo, atribuído a Pítaco de Mitilene, segundo o qual *legem patere quam ipse fecisti* – impede que a Administração (incluindo o órgão com competência normativa na matéria, e ainda que seja superior hierárquico do órgão emissor⁵⁶⁷), numa situação individual e concreta, afaste (desaplique ou recuse a aplicação de) um regulamento (ou uma norma regulamentar), contrariando o^{568 569}. Em causa está a concepção do regulamento como um dos momentos da juridicidade vinculativa da Administração⁵⁷⁰, *i. e.*, a concepção segundo a qual o regulamento constitui uma forma de actividade administrativa (e concomitantemente uma fonte de direito) através da qual aquela disciplina a sua actuação futura, que, sob pena de

administrativas de carácter particular não poderão violar o estabelecido numa disposição de carácter geral, ainda que aquelas tenham valor igual ou superior a estas”.

⁵⁶⁷ Neste sentido, v. também GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 339; LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 608.

⁵⁶⁸ A este propósito refere-se a doutrina amiúde à recusa de um *dispensing power* ou *Dispensationsgewalt* do Monarca similar ao existente em épocas anteriores ao Estado de direito (assim, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 199, na senda de AFONSO QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 258). Como nota GARCÍA DE ENTERRÍA (*Legislación...*, cit., pp. 350 e ss.), sem prejuízo da relevância desta observação para o Estado de direito, não existe uma conexão directa entre a abolição daquele poder e o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos: o «poder de dispensa» respeitava a uma faculdade do Rei de afastar singularmente a aplicação de leis. Esta prerrogativa régia, ab-rogada pelo *Bill of Rights*, era encarada como uma afronta à soberania do Parlamento inglês. Mesmo a sua sobrevivência na monarquia dualista alemã reportava-se às leis formais e aos costumes. Cf. também BRADLEY/EWING, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 14 e 51.

⁵⁶⁹ Princípio idêntico já não vale, em geral, para o poder legislativo, que pode livremente derogar no caso concreto uma norma legal, emitindo uma «lei-medida» (cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 257 e s.), porquanto uma lei não se encontra, em geral, submetida às outras leis, além de que a exclusão da aplicação de uma lei relativamente a um caso concreto ou a várias situações determinadas não significa uma ab-rogação da mesma (uma cessação da sua vigência), mas tão-só uma limitação da sua eficácia (PUGLIATTI, «Abrogazione», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 145). Daí que ZANOBINI («Sul Fondamento della Inderogabilità dei Regolamenti», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 8 e ss.) acentue que a inderrogabilidade não constitui uma característica inerente ao poder normativo em geral, mas que surge circunscrita, por razões especiais, ao poder normativo da Administração. Cf. também GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 366 e ss., que fundamenta esta diferença, não numa *ratio* política, como ZANOBINI, mas na diferente situação que a Administração goza no confronto com os demais poderes do Estado: enquanto o Parlamento é concebido como titular de uma função social, a Administração comporta-se como um sujeito de direito, e, nessa qualidade, não pode afastar singularmente as normas que se lhe aplicam. Trata-se de uma consequência da distinção, já assinalada, a este propósito por GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (*Curso...*, cit., p. 213) entre os dois tipos de poderes normativos: o poder legislativo constitui um poder de criação normativa (em geral) não pré-determinado pelas suas opções anteriores; já o poder de emitir regulamentos, que também consubstanciam formas do agir da Administração, está adstrito às vinculações às quais esta última se encontra subordinada.

⁵⁷⁰ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 400 e s..

invalidade, terá de se revelar compatível com o prescrito na(s) norma(s) regulamentar(es) em causa.

A compreensão deste princípio não prescinde de duas observações complementares.

Primo, a proibição do afastamento de um regulamento na decisão de um caso concreto não vigora quando a norma não pode ser convocada para a solução de um caso, por este não o assimilar no seu sentido problemático-judicativo hipotético⁵⁷¹ – portanto, nas hipóteses em que ou aquele caso só pode ser decidido pela mediação de *outra* norma (se existir), ou se trata de uma situação de ausência de norma. O princípio da inderrogabilidade singular vale para as situações em que, devendo encontrar-se a solução do caso mediante a convocação do critério constante do regulamento, a Administração não o faz.

Secundo, esta “derrogação” num caso concreto não se confunde com uma revogação, modificação, anulação (declaração de invalidade) ou suspensão geral e abstracta⁵⁷²: entende-se que, se a Administração pretender revogar (anular, modificar ou suspender) um regulamento, poderá fazê-lo (apenas) através do procedimento que conduziu à respectiva elaboração, tal como postula o princípio do *contrarius actus*. Nesta ordem de ideias, salientava já Afonso Queiró⁵⁷³ que “o regulamento que se nos apresenta a derrogar outro para um caso concreto e individual não é um regulamento: é um acto administrativo e um acto administrativo «ilegal» por violação de regulamento”. Por este motivo, o princípio da inderrogabilidade singular assume relevância decisiva relativamente ao(s) órgão(s) com competência regulamentar na matéria, a fim de distinguir as hipóteses de aplicação do princípio daquelas em que está em causa ainda o exercício do poder regulamentar (de sentido modificativo, revogatório, anulatório ou suspensivo).

Sendo certo que os órgãos administrativos com competência regulamentar na matéria têm o poder de revogar, anular (declarar a invalidade) e modificar por via geral e

⁵⁷¹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 176.

⁵⁷² Para um confronto entre a recusa de aplicação, por um lado, e a revogação, modificação, anulação (declaração de invalidade) e suspensão de regulamentos, por outro, cf., *infra*, Parte II, 2.2.1.1..

⁵⁷³ Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 256 e s.. Em sentido algo distinto, entendendo que ainda está em causa o exercício de um poder normativo (*in casu*, singular), assumindo-se o princípio da inderrogabilidade como um limite a esse poder normativo, que impede à Administração emitir normas jurídicas singulares, cf. ZANOBINI, «Sul Fondamento della Inderogabilità...», cit., p. 15, que, todavia, atinge o mesmo resultado prático: tendo em conta que a admitir-se a emissão de normas singulares, seria fácil fazer passar por uma norma um acto violador da mesma, o Autor acaba por concluir no sentido da existência de uma presunção *iuris et de iure* de que a emissão de uma norma jurídica singular incompatível com uma norma já existente constitui um *atto amministrativo* viciado (*Op. cit.*, pp. 16 e s.).

abstracta os regulamentos emitidos, a impossibilidade de “derrogação singular” constitui uma aparente contradição com o aforismo segundo o qual *cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*. Estando em caussa uma excepção a esta regra, urge fundamentar a sua validade.

Se inquirirmos sobre o fundamento do princípio em análise encontramos várias respostas. Antes de mais, o princípio da inderrogabilidade singular encontra arrimo no princípio da juridicidade. Voltando-se este último numa necessidade de observância de todo o sistema jurídico pela Administração no desempenho da sua actividade, onde se incluem também os regulamentos, na sua qualidade de «fontes do direito», a derrogação singular de um regulamento apresenta-se como a sua violação⁵⁷⁴. Segundo o raciocínio claro de García de Enterría⁵⁷⁵, exigindo o princípio da legalidade que a Administração não possa actuar sem uma habilitação positiva do ordenamento jurídico e constituindo o regulamento uma fonte criadora de direito objectivo, que confere, com fundamento legal, uma possibilidade de auto-atribuição de faculdades, quando um órgão decide de forma diversa da contemplada por um regulamento actua sem competência, visto que ultrapassa os limites estabelecidos pela ordem jurídica para o exercício da sua competência. Por este motivo, e padecendo de invalidade todos os actos individuais e concretos que contrariem uma norma regulamentar, o princípio da inderrogabilidade constitui, nas palavras de Paulo Otero⁵⁷⁶, um “instrumento garantístico da unidade do sistema jurídico-administrativo”.

Alguma doutrina⁵⁷⁷ alicerça a inderrogabilidade singular no princípio do respeito dos direitos adquiridos (nas hipóteses em que nos deparemos com um regulamento que consagre ou reconheça direitos), à semelhança do que sucede com a impossibilidade de livre revogação dos actos administrativos constitutivos de direitos.

Num plano diverso, a derrogação de regulamentos num caso concreto independentemente de qualquer fundamento revela-se também incompatível com o princípio da igualdade⁵⁷⁸, pelo menos sempre que implique uma diferenciação de

⁵⁷⁴ No mesmo sentido, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 198 e s.; GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 213.

⁵⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 362 e ss..

⁵⁷⁶ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 635.

⁵⁷⁷ Para uma notícia desta posição, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 341 e ss., embora o Autor defenda a imprestabilidade de tal concepção para actualmente fundamentar o princípio da inderrogabilidade singular.

⁵⁷⁸ Cf. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 199; ZANOBINI, «Sul Fondamento della Inderogabilità...», cit., p. 14. Sobre o princípio da igualdade e a sua relação com a autovinculação

tratamento arbitrária e não razoável. Na mesma linha, o afastamento de uma norma geral pode indiciar uma violação do princípio da imparcialidade⁵⁷⁹, na medida em que este proíbe a Administração de ser motivada por razões de favorecimento ou hostilidade em relação a qualquer particular ou interesses específicos, mas antes pressupõe que aquela se fundamente em critérios próprios, adequados ao cumprimento das suas funções, critérios esses não distorcidos ou substituídos por influências de interesses estranhas à prossecução dos fins da entidade pública⁵⁸⁰.

Finalmente, convoca-se ainda o princípio da segurança jurídica e da certeza do direito: admitir, por via de regra, que a Administração pudesse, em casos concretos, afastar as normas jurídicas que ela própria criara vulneraria a confiança dos cidadãos, conduzindo a decisões arbitrárias e a um verdadeiro despotismo administrativo⁵⁸¹.

II. As debilidades manifestadas pelo princípio da inderrogabilidade singular e a necessidade da sua complementação pela ideia de autovinculação administrativa começam na distinção, que pressupõem, entre regulamentos externos e regulamentos internos – a fronteira que separa, na perspectiva tradicional, a vinculação (ou não) da Administração pelos regulamentos administrativos⁵⁸².

administrativa, v. JOUANJAN, *Le Principe d'Egalité devant la Loi en Droit Allemand*, Economica, Paris, 1992, pp. 353 e ss..

⁵⁷⁹ Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 382) efectua também uma estreita articulação entre os princípios da igualdade e da imparcialidade como cerne do princípio da inderrogabilidade singular.

⁵⁸⁰ Cf. Vieira de ANDRADE, «A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, ano L, 1974, pp. 224 e s..

⁵⁸¹ Neste sentido, ZANOINI, «Sul Fondamento della Inderogabilità...», cit., p. 16. V. também Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 256.

⁵⁸² V. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 259; Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 61, e *Sumários...*, cit., p. 64; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 166 e 198. Em sentido diverso, defendendo a vigência do princípio da inderrogabilidade singular para os regulamentos internos, cf. Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., pp. 178 e s..

O Direito Fiscal constitui uma excepção a este entendimento. A alínea *b*) do n.º 4 do artigo 68.º da *Lei Geral Tributária* estabelece a vinculação da Administração “às orientações genéricas constantes de circulares, regulamentos ou instrumentos de idêntica natureza emitidas sobre a interpretação das normas tributárias que estiverem em vigor no momento do facto tributário”. Esta diferença de concepção possui reflexos inelimináveis ao nível da competência e da forma, impondo a este propósito o artigo 55.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário que tais regulamentos sejam aprovados pelo dirigente máximo do serviço (ou pelo funcionário em quem aquele tiver delegado a sua competência) e constem de circulares administrativas. Sobre as orientações genéricas no âmbito da Administração fiscal, cf. Casalta NABAIS, *Direito...*, cit., pp. 197 e s., acentuando que as mesmas tanto incidem sobre a organização interna da Administração, criando métodos de trabalho ou modos de actuação (regulamentos organizatórios), como sobre a interpretação de normas jurídicas (regulamentos interpretativos). V. também Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, s. n., Lisboa, 1974, pp. 136 e ss. (140), destringendo entre os regulamentos como fonte de direito fiscal e as instruções e circulares, às quais recusa o carácter de fonte de direito, por desenvolverem a sua eficácia exclusivamente na ordem interna da Administração, não vinculando os contribuintes ou os

A diferença entre regulamento interno e regulamento externo reside na projecção da sua eficácia⁵⁸³ ou no círculo dos respectivos destinatários ou obrigados⁵⁸⁴: enquanto os primeiros se dirigem a órgãos integrados na mesma pessoa colectiva pública do órgão-autor do regulamento⁵⁸⁵, produzindo, nessa medida, efeitos internos, os segundos destinam-se a produzir efeitos na esfera de terceiros (quer particulares, quer outras entidades públicas), possuindo eficácia externa. Face a esta explanação, impõem-se três observações, motivadas pelas dificuldades comportadas por uma tentativa de delimitação das fronteiras entre regulamentos internos e externos.

Primo, importa salientar que o regulamento, enquanto *acto* (normativo), pode conter normas internas e normas externas. Nesta acepção é possível referirmo-nos a «regulamentos mistos»⁵⁸⁶, sublinhando que, mais relevante que a qualificação de um regulamento no todo, é a consideração singular das normas do regulamento, sem prejuízo da existência de regulamentos integralmente constituídos por normas externas (regulamentos externos) ou por normas internas (regulamentos internos)⁵⁸⁷. Ainda que, por comodidade de exposição, continuemos aludir a regulamentos internos e externos, deverá entender-se que as diversas referências, com repercussões em sede de regime jurídico, se reportam essencialmente às *normas* regulamentares.

tribunais (*Op. cit.*, pp. 139 e s.). Cf., ainda sobre as orientações administrativas, Saldanha SANCHES, *A Quantificação...*, cit., pp. 155 e ss.

⁵⁸³ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 163 e s.

⁵⁸⁴ Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 218.

⁵⁸⁵ Alguma doutrina alemã nega carácter normativo às prescrições que, dirigidas exclusivamente ao órgão-autor das mesmas, o vinculam apenas a ele. Assim, v. g., AXER (*Normsetzung...*, cit., pp. 49 e ss.) entende que a força vinculativa inerente ao conceito de norma postula que o respectivo círculo de destinatários se não identifique com o autor; justamente ao contrário do que sucede com a força do contrato civil, a norma fundamenta uma vinculatividade independente e contra a vontade dos destinatários.

⁵⁸⁶ V., v. g., Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 319/94, de 12 de Abril, cit., p. 946, na sequência de Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., p. 99 (embora com um sentido ligeiramente diferente do seguido no texto). Cf. também M. Aroso de ALMEIDA, «Os Regulamentos...», cit., p. 510.

⁵⁸⁷ Não existindo uma uniformidade no conteúdo dos regulamentos internos, podemos identificar, por um lado, regulamentos organizatórios e, por outro, regulamentos destinados a disciplinar a actividade administrativa, entre os quais se incluem os regulamentos interpretativos, os regulamentos que contêm critérios e padrões de decisão a mobilizar quando esteja em causa o uso de poderes discricionários («directivas de discricionariedade» – *Ermessensrichtlinien*), os regulamentos que contêm normas destinadas a simplificar a actividade administrativa (*Vereinfachungsanweisungen*) e certos regulamentos técnicos. Cf. a sistematização efectuada por OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., pp. 154 e s., que seguimos de perto, excluindo, porém, dado o conceito de regulamento interno por que optámos (e do facto de a diferença entre *Vorschrift* e *Verordnung* não se orientar hoje necessariamente pela eficácia interna ou externa do acto – v., e. g., OSSENBÜHL, *Op. cit.*, pp. 156 e 157), os regulamentos entre órgãos de diferentes pessoas colectivas públicas, designadamente entre o Governo e órgãos da Administração autónoma. V. também, para uma enumeração/tipicização das *Vorschriften*, atenta a função pelas mesmas desempenhada, ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., pp. 15 e ss. (cf. o quadro sinóptico da p. 27); SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 328; MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., pp. 597 e s.; RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., pp. 1122 e ss.; HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 990 e ss...

Secundo, o critério enunciado implica dificuldades acrescidas quando atentamos que os regulamentos internos podem produzir efeitos na esfera dos particulares ainda que indirectamente. Tal sucederá sempre que o regulamento interno inclua normas cuja execução careça da prática de um acto administrativo produtor de efeitos jurídicos para os particulares. A delimitação das normas internas e externas mediante o critério da eficácia tem que ser complementada com o critério dos *destinatários directos* da norma, sob pena de pouco ficar para as primeiras⁵⁸⁸.

Tertio, revela-se problemática a conformação eminentemente formal do critério da distinção entre regulamento interno e externo: para aferir da natureza interna ou externa de uma norma, apenas se teria de verificar se os seus efeitos ou os seus destinatários directos se circunscrevem ao interior da pessoa colectiva pública emitente ou se atingem outra entidade. Se não subsistem grandes dúvidas quanto à natureza externa das normas regulamentares que afectem a esfera jurídica dos particulares, urge sopesar se, no plano da eficácia intra-administrativa, a dicotomia deverá obedecer àquele critério formal – a afectação da esfera de um sujeito diferente do emissor – ou se ainda poderão considerar-se como regulamentos internos aqueles que se dirijam ao interior da Administração, embora a pessoa colectiva diferente daquela em que se integrava o órgão que emanou o regulamento.

Esta última opção poderá fazer sentido, desde logo, no que tange aos regulamentos emanados no âmbito de uma relação de superintendência, quando esta relação esteja modelada de forma a conferir ao superintendente poderes de emitir directrizes de conteúdo específico (que se não cifrem apenas em orientações muito genéricas sobre o exercício da actividade administrativa), e quando não sejam postos em causa interesses próprios da entidade superentendida (interesses assegurados pela outorga de personalidade jurídica ou que contendam, *v. g.*, com a autonomia patrimonial). No fundo, trata-se de verificar,

⁵⁸⁸ Discordamos, pois, do STA (Acórdão de 03.11.2005, P. 239/05), quando qualifica um regulamento como externo por aquele conter normas que “acabam por operar efeitos em situações individuais e concretas exteriores à Administração, repercutindo-se concretamente na esfera jurídica dos interessados”. Cf. também o nosso trabalho «Regulamentos e Autovinculação Administrativa», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, Setembro/Outubro 2006, p. 36.

Uma percepção similar não é estranha a outros sistemas jurídicos. Em França, *v. g.*, a jurisprudência ultrapassou uma concepção que apontava no sentido de as circulares (ou instruções de serviço) constituírem normas internas, para uma distinção entre «circulares interpretativas» e «circulares regulamentares», assumindo-se estas últimas como verdadeiros regulamentos (externos). Sem prejuízo das inúmeras dificuldades proporcionadas por aquela destrição e pela atitude especialmente exigente do *Conseil d’Etat* no que tange ao reconhecimento de «circulares regulamentares», o critério de diferenciação entre ambas reside no facto de estas últimas acrescentarem algo ao ordenamento jurídico, impondo novas obrigações aos administrados ou consagrando novas garantias. Sobre esta questão, cf. LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., pp. 696 e s..

relativamente a cada uma das normas, se o seu eventual carácter externo apenas resulta do facto de, em termos de organização administrativa, a prossecução de um círculo de interesses ser efectuada não através de um órgão integrado na própria entidade pública, mas mediante um outro ente, dotado de uma personalidade jurídica instrumental. Não devemos olvidar que, no âmbito das administrações indirectas, correspondentes ao fenómeno da «desconcentração personalizada»⁵⁸⁹, os entes públicos superentendidos não espelham um substrato com interesses próprios oponíveis ao superintendente, mas constituem uma resposta à complexificação crescente das funções das pessoas colectivas de fins múltiplos, como o Estado ou as autarquias locais⁵⁹⁰.

Esta conclusão conduz-nos ao ponto de partida e permite unificar os regulamentos externos em torno de um vector comum: a afectação de um círculo de interesses próprios do destinatário. Foi por se entender que existia sempre um (potencial) conflito entre Administração e particulares (em geral) que se conceberam as normas destinadas a estes últimos como normas jurídicas (*Rechtsverordnungen*, na terminologia alemã). Raciocínio idêntico vale para as relações entre Governo e Administração autónoma: a circunstância de estarem em causa duas entidades cujos substratos possuem interesses próprios diversos – interesses esses que justificam a autonomia administrativa – conduz a que os regulamentos emanados no âmbito daquelas relações possuam natureza externa.

A afinação da destriça entre regulamento externo e interno pressupõe, contudo, uma correcta compreensão da respectiva força jurídica: tendo em conta a negação da vigência do princípio da inderrogabilidade singular relativamente aos regulamentos

⁵⁸⁹ Assim, entre nós, Casalta NABAIS, «Considerações Sobre a Autonomia Financeira das Universidades Portuguesas», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito (número especial), Coimbra, 1991, pp. 336 e s., n. 11 – tal como este Autor, consideramos preferível designar esta situação como desconcentração personalizada, em detrimento da tradicional fórmula de «descentralização personalizada», visto que, em rigor, a descentralização pressupõe a existência de um conjunto de interesses próprios do substrato constitutivo da pessoa colectiva, a implicar, nessa medida, uma autonomia administrativa. Cf. também Casalta NABAIS, «A Autonomia Financeira das Autarquias Locais», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, 2006, pp. 20 e ss.

⁵⁹⁰ Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 384 e s.) adopta uma posição ainda mais ampla, concebendo como regulamentos internos os que esgotam os seus efeitos no interior da Administração, mesmo quando se dirijam a produzir efeitos na esfera de outra pessoa colectiva pública distinta, como sucede com os regulamentos emanados ao abrigo de relações de superintendência ou tutela, destriçando, por isso, entre regulamentos internos *intra-subjectivos* e regulamentos internos *inter-subjectivos*: os primeiros exaurem os seus efeitos no interior da pessoa colectiva em que se insere o respectivo autor, enquanto que os segundos dirigem a produção de efeitos típicos a entidade pública diversa daquela em que se insere o órgão emissor. Como resulta do texto, não acompanhamos totalmente a perspectiva do Autor, quer porque, apenas sob determinado circunstancialismo, nos parece possível a existência de regulamentos internos no âmbito de relações de superintendência, quer porque as relações de tutela intercedem entre sujeitos com substratos dotados de interesses próprios, susceptíveis de conflituarem, e, por conseguinte, as normas emanadas nesse âmbito revestem natureza externa.

internos, poder-se-á ainda afirmar que as mesmas são obrigatórias, partilhando da força jurídica vinculativa que caracteriza o conceito (unitário) de regulamento administrativo? Eis o que procuraremos responder com a mobilização dos conceitos de *força vinculativa* e *autovinculação administrativa*.

5.2. Força jurídica vinculativa: heterovinculação e autovinculação

A noção de força jurídica vinculativa apela para a obrigatoriedade assumida pelo acto que dela goza. Ainda quando circunscrita à elucidação da específica força jurídica do regulamento, a plêiade de realidades aqui envolvidas permite destringer três situações diversas: a vinculação de entes externos à Administração (*Fremdwirkung*), a vinculação de entes da Administração (*Selbstwirkung*) e a vinculação do autor do regulamento (*Eigenwirkung*)⁵⁹¹.

I. A força jurídica vinculativa compreende, desde logo, a *heterovinculação* que, num sentido amplo, significa a obrigatoriedade assumida por um acto relativamente a terceiros exteriores à entidade que o adoptou (e, portanto, também em relação a outras entidades administrativas), mas que, em sentido estrito, se reporta à obrigatoriedade do acto relativamente aos entes exteriores à Administração.

No que tange aos regulamentos, a heterovinculação de que usufruem decorre directamente da circunstância de serem emitidos ao abrigo de um *poder público de autoridade*. Consistindo este último na supremacia de que gozam as entidades públicas sobre os particulares, em termos de poderem definir com efeitos obrigatórios a sua conduta⁵⁹², compreende-se que os regulamentos, enquanto expressão do mesmo, consubstanciem actos unilaterais, cujos efeitos jurídicos dependem da vontade do respectivo titular e que se impõem à esfera jurídica de terceiros⁵⁹³. Assoma aqui, com toda

⁵⁹¹ Cruza-se com esta uma distinção, típica do direito do urbanismo, entre planificação pluri-subjectiva, heteroplanificação e autoplanificação. Trata-se de uma classificação dos planos, com base na sua eficácia jurídica, que destringe entre os planos que vinculam directa e imediatamente os particulares, aqueles que vinculam outras entidades públicas para além daquela que os aprovou e aqueles que vinculam apenas os sujeitos que os aprovaram. Nestes termos, F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., p. 208, e *Manual...*, vol. I, cit., pp. 384 e s..

⁵⁹² Assim, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 758, que exemplifica, *inter alia*, com o poder regulamentar.

⁵⁹³ Defendendo esta concepção de autoridade dos poderes públicos, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 597.

a ressonância, a dimensão de «fonte de direito», característica dos regulamentos administrativos.

II. Todavia, o facto de nem todos os regulamentos se dirigirem à produção de efeitos jurídicos para fora da Administração e não terem como destinatário directos os particulares (entes exteriores à Administração), impossibilita que se tome a heterovinculação como característica do conceito de regulamento, no plano da força jurídica. Afirmando a existência de uma força vinculativa própria do regulamento administrativo, urge destacar que a mesma não reside tanto na capacidade de o acto obrigar para fora da Administração (sobretudo, os cidadãos), mediante o reconhecimento de direitos e da imposição de deveres, como na *susceptibilidade de vincular a actuação administrativa futura*: em suma, a *autovinculação* consubstancia uma característica essencial do conceito de regulamento (independentemente do seu âmbito de eficácia), enquanto que a heterovinculação constitui apenas uma característica de certos regulamentos externos. Será justamente a concepção do regulamento como forma de autovinculação administrativa que constituirá o *punctum crucis* que une a temática do exercício do poder regulamentar ao problema da recusa de aplicação por órgãos da Administração.

Dada a poliedricidade do conceito sob análise, que cria um labirinto⁵⁹⁴ conceptual em torno desta figura, impõe-se uma alusão ao sentido que lhe pretendemos imprimir neste contexto, tendo em conta que o problema da autovinculação administrativa mergulha mais fundo que a sua consideração ao nível da força obrigatória dos regulamentos. Objecto de especial análise por parte da doutrina alemã⁵⁹⁵, sob a temática da *autovinculação da*

⁵⁹⁴ HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen...», cit., p. 190.

⁵⁹⁵ A fórmula terá sido introduzida na literatura jurídica, em 1968, pela obra de WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung: Freiheit und Gebundenheit durch Gleichheitssatz* (neste sentido, VIPIANA, *L'Autolimita della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, cit., p. 1, n. 1), ainda que, desde há muito, o acto administrativo viesse sendo concebido como instrumento de vinculação da Administração (SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., p. 156) e, em 1961, MERTENS escrevesse sobre *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund Gleichheitssatzes* (cf. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 515, n. 150). Todavia, já o *Verwaltungsgericht* de Stuttgart, numa decisão que remonta a 24.06.1949, havia considerado como uma violação do princípio da igualdade o desvio relativamente a uma determinada aplicação constante de directivas em matéria de impostos (cf. OSSENBÜHL, «Verwaltungsvorschriften...», cit., pp. 13 e s.). A temática da autovinculação administrativa aparece, pois, ligada em primeiro lugar à manutenção de práticas administrativas constantes, das quais a Administração só se pode distanciar se existir um fundamento razoável para tal (últ. *Op. cit.*, *loc. cit.*), bem como à vinculação administrativa ao princípio da igualdade no quadro do estudo do exercício de poderes discricionários, em particular, dos casos de «redução de discricionariedade a zero» (*Ermessensschumpfung/Ermessensreduktion auf Null*) – cf. SCHMIDT, *Staats- und Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., Luchterhand, 1994, p. 102.

Administração (Selbstbindung der Verwaltung) – ou das autovinculações (*Selbstbindungen*) administrativas –, estão aqui compreendidas as actuações administrativas que (auto-)impõem, *ex ante*, determinadas obrigações ou vínculos à própria Administração, pré-judicando, enquanto parâmetros de acção, a sua actividade futura, independentemente de revestirem natureza individual ou geral⁵⁹⁶; ou, na sequência de Vipiana⁵⁹⁷, o “conjunto de vínculos que a Administração coloca a si própria para o desenvolvimento da sua futura actividade”. A este conceito amplo de autovinculação administrativa – que permite assimilar situações tão diversas como as resultantes da prestação de informações, da prática de actos prévios, da assunção de obrigações mediante contrato administrativo ou da emissão de regulamentos⁵⁹⁸ – contrapõe-se um conceito mais estrito (seguido por alguns sectores doutrinários) que o identificam precipuamente com as hipóteses em que a actividade individual e concreta se encontra limitada pela emissão *Verwaltungsvorschriften* ou pela existência de praxes administrativas⁵⁹⁹. Noutra acepção (ainda mais restrita), só poderíamos falar de autovinculação administrativa quando a actuação em causa se destinasse a obrigar o respectivo autor (*Eigenbindung*), e não também os demais órgãos e entidades administrativos⁶⁰⁰.

Face a esta heterogeneidade impõe-se que forneçamos qual o entendimento perfilhado no que tange ao alcance do conceito de «autovinculação» e quais as suas notas características:

Sobre esta matéria, cf. também OSSENBUHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 514 e ss., MAUNZ, «Selbstbindungen der Verwaltung», e BURMEISTER, «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, n.ºs 13/14, ano 34, Julho 1981, pp. 497 e ss., 503 e ss., respectivamente, e os relatórios de SCHEUING, HOFFMANN-RIEM e RASCHAUER, subordinados ao tema «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 40, Gruyter, Berlin/New York, 1982, pp. 153 e ss..

⁵⁹⁶ Em sentido próximo, OSSENBUHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 522; SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., pp. 155 e 183.

⁵⁹⁷ VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., p. 1.

⁵⁹⁸ Sobre este universo, cf. VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., pp. 59 e ss., esp.º 63 e ss..

⁵⁹⁹ É este o conceito que parece estar subjacente a OSSENBUHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 522. No direito alemão, é muito frequente, no plano normativo, a conexão entre a autovinculação administrativa e a emissão de *Vorschriften* – v. SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., pp. 158 e ss.; OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., pp. 160 e s.; cf., todavia, RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 245, e MAUNZ, «Selbstbindungen...», cit., p. 499, que equacionam a autovinculação através de *Rechtsverordnungen* (aspecto especialmente relevante, na perspectiva germânica, dada a configuração constitucional das *Verordnungen*, emitidas ao abrigo – e por força – de autorização legislativa, nos termos do artigo 80 da *Grundgesetz*). Cf. ainda BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 139 e s..

⁶⁰⁰ Assim, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 402 e s., no sentido de que os regulamentos só assumem uma força autovinculativa relativamente aos respectivos autores, afirmando-se como heterovinculativos relativamente às restantes estruturas decisórias da Administração (cf., porém, *Op. cit.*, p. 397).

a) A autovinculação administrativa opera através da elaboração de planos, da emissão de regulamentos, da celebração de contratos ou da adopção de “praxes administrativas” (seja mediante actuações materiais, seja mediante actos administrativos, praticados com determinada orientação decisória e/ou fundamentação). Considerando a natureza unilateral ou bilateral da actuação criadora do efeito autovinculativo, poderemos estar diante de uma autovinculação unilateral ou bilateral⁶⁰¹; atendendo às finalidades subjacentes, a autovinculação pode destinar-se a garantir a continuidade da acção administrativa (*kontinuitätswährende Selbstbindung*) ou a limitar a possibilidade de correcção de actuações anteriores (*korrektüreinschränkende Bindung*)⁶⁰². Trata-se, pois, como afirma Vipiana⁶⁰³, de um conceito dotado de uniformidade funcional, mas de heterogeneidade estrutural: se prossegue a função – unitária – de estabelecer um *indirizzo* da futura actividade administrativa, essa função é alcançável através de diversos modos de agir, constituindo o regulamento administrativo apenas um deles;

b) A autovinculação não tem como fundamento (exclusivo) o poder de direcção dos superiores hierárquicos. Distanciamo-nos, pois, de um conceito estrito de autovinculação administrativa que a reconduza apenas ao «direito circulatório», composto pelos actos normativos através dos quais os superiores hierárquicos estipulam o sentido do exercício dos poderes discricionários pelos subalternos e que corresponde à vinculação operada através de actos internos que limitam a discricionariedade conferida por lei à Administração⁶⁰⁴;

c) A autovinculação não se reporta apenas àqueles actos que operam dentro do âmbito da “reserva de função administrativa”, *i.e.*, num cenário de discricionariedade, de molde a incluir tão-só as hipóteses em que os órgãos fixam critérios a seguir na resolução concreta dos casos que se lhes apresentam, limitando, deste modo, o seu poder discricionário (o que sucede precipuamente através da emissão de regulamentos internos)⁶⁰⁵. Com efeito, mesmo que se atenda apenas à autovinculação decorrente de

⁶⁰¹ Adoptando, entre nós, a dicotomia entre autovinculação unilateral e bilateral, v. Paulo OTERO, *Direito Administrativo...*, cit., pp. 346 e s., e *Legalidade...*, cit., pp. 397 e s..

⁶⁰² Cf. BURMEISTER, «Selbstbindungen...», cit., pp. 508 e s.; BLANKE, *Vertrauensschutz im Deutschen und Europäischen Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 116.

⁶⁰³ VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., p. 55.

⁶⁰⁴ Cf. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 3.^a ed., Dom Quixote, Lisboa, 2008, pp. 69 e 199.

⁶⁰⁵ Em sentido diverso, cf., por todos, OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 522. Entre nós, é esta a concepção subjacente ao conceito de autovinculação de M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., pp. 198 e ss..

regulamentos, esta não se circunscreve aos casos em que a Administração, por vontade própria, limita os poderes discricionários que o legislador lhe concede sobre determinada matéria (eis a função que, como veremos, está cometida às «directivas de discricionariedade»), mas abrange todas as hipóteses em que há lugar à emissão de regulamentos, ainda quando a mesma seja imposta por lei. Dito de outra forma, a referência à autovinculação da Administração no horizonte dos regulamentos administrativos envolve todas as situações em que a Administração, sendo a protagonista da criação normativa, fica igualmente adstrita à observância das normas por si criadas, que conformam a futura actuação administrativa;

d) A noção de autovinculação implica a existência de uma limitação à actividade de todos os entes que compõem a Administração, e não apenas daqueles que emitiram o acto que goza de força obrigatória: a autovinculação não se reconduz a uma *Eigenwirkung*, mas a uma *Selbstwirkung*⁶⁰⁶. A autovinculação refere-se à força obrigatória jurídica dos regulamentos no interior da Administração – *de toda a a Administração*. Destarte, também nos apartamos de um conceito de autovinculação que identifique apenas as hipóteses em que a vinculação opera apenas relativamente ao órgão emissor da mesma ou à estruturas dele hierarquicamente dependentes;

e) A autovinculação administrativa constitui uma vinculação jurídica e não somente fáctica da Administração⁶⁰⁷. Não contemplamos no conceito as situações em que o agir concreto dos órgãos administrativos se encontra constringido por condicionamentos de ordem prática ou financeira ou até pela rotina, enquanto mecanismos de “formação” dos serviços⁶⁰⁸. Tal não significa que não admitamos a existência da figura das *praxes administrativas* – enquadrável, de igual modo, no fenómeno da autovinculação administrativa⁶⁰⁹; simplesmente, estas *praxes* (*rectius*, estes precedentes administrativos)

⁶⁰⁶ RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 243.

⁶⁰⁷ Sem prejuízo da existência de vinculações fácticas da Administração, como nota HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen...», cit., pp. 200 e s..

⁶⁰⁸ Entende estar aqui em causa uma forma de autovinculação administrativa, de índole organizatória, RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 242.

⁶⁰⁹ Não surpreende, por isso, que alguma doutrina sobreleve a importância da aplicação da regra da *stare decisis* no âmbito da decisão administrativa, não deixando, todavia, de salientar a necessidade de a vinculação a precedentes administrativos ser integrada por uma adequada compreensão do relevo das circunstâncias do caso concreto, já que apenas assim se poderá concluir por uma analogia suficiente entre o caso decidendo e o caso subjacente ao precedente invocado – v. GREEN, «Common Law, Equity, and American Public Administration», in: *American Review of Public Administration*, n.º 3, vol. 32, Setembro 2002, pp. 287 e s..

não se confundem com a *rotina* da Administração que, sob pena de ineficiência, não pode ser admitida a condicionar (juridicamente) a sua actuação futura;

f) A circunstância de estar em causa uma actuação determinante da vinculação jurídica da Administração implica concomitantemente a existência de consequências jurídicas quando se verifique a sua ofensa ou violação (sanções). Todavia, em virtude da heterogeneidade de situações abrangidas pelo fenómeno da autovinculação, não existe uma uniformidade ao nível das consequências previstas pelo ordenamento jurídico quando a Administração não adopta um comportamento compatível com a anterior actuação autovinculativa, oscilando aquelas entre a invalidade e a responsabilidade;

g) A autovinculação não postula uma observância cega e absoluta. As formas de autovinculação administrativa não implicam uma obrigatoriedade tal que se imponham perante circunstâncias excepcionais, sendo os desvios conaturais ao próprio conceito. Aquela excepcionalidade, admissível dentro de pressupostos exigentes, pode resultar das especificidades do caso concreto, mas também de outros factores devidamente fundamentados (como a invalidade do acto autovinculativo), e, quando esteja em causa uma autovinculação por via normativa, é independente da natureza externa ou interna do regulamento⁶¹⁰.

Em suma, com a mobilização do conceito de autovinculação administrativa pretendemos aludir às situações em que a Administração, através de qualquer forma de actuação, cria um conjunto de disposições ou determinações, às quais fica juridicamente adstrita no seu agir futuro, independentemente de o órgão emitente ser ou não destinatário (vinculado) das mesmas ou de os destinatários (directos) constituírem órgãos da Administração.

5.3. Autovinculação administrativa através de regulamentos

Na acepção enunciada, a autovinculação consubstancia uma nota constitutiva da *intensio* do conceito de regulamento⁶¹¹, agora concebido como forma de autovinculação

⁶¹⁰ Cf. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 538.

⁶¹¹ Advogando também que os regulamentos consubstanciam uma fonte de direito que resulta da autovinculação administrativa, cf. Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 58. Adoptamos, pois, uma concepção subjacente ao conceito de «fontes autovinculativas» delineado por Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 381 e ss.), identificado com o sector normativo produzido pela própria Administração que, enquanto vigente, assume um efeito vinculativo em relação à mesma (v. também *Op. cit.*, p. 397). Cf. ainda, sobre os regulamentos como formas de autovinculação administrativa (que, enquanto tais, se dirigem

unilateral e normativa da Administração e como limite do agir administrativo— parâmetro de validade da actividade jurídica e modelo de conduta (padrão de licitude) da actividade material. O regulamento erige-se, assim, num dos elementos do «bloco da juridicidade» ou do conjunto de regras a que a Administração deve obediência para garantir a validade das suas actuações⁶¹², afirmando-se, enquanto tal, como um «acto estadual condutor de comportamentos» (*verhaltenslenkender Staatsakt*)⁶¹³. A força autovinculativa dos regulamentos constitui uma propriedade de todos estes actos normativos (independentemente do seu carácter externo ou interno) e actua relativamente a toda a actividade administrativa (material ou jurídica, de natureza normativa ou individual e concreta, de carácter vinculado ou discricionário).

I. A percepção desta nota constitutiva do conceito de regulamento administrativo adquire um indubitável relevo quando contempladas as funções por aquele hoje desempenhadas, *maxime*, as funções de dinamização legislativa e de dinamização da ordem jurídica. Assumindo o poder regulamentar uma posição de destaque na colaboração com o legislador, o carácter vinculativo da disciplina jurídica estabelecida pelos regulamentos apresenta-se como uma condição determinante da actual posição que ocupam no sistema jurídico e, sobretudo, da sua relação com a lei.

Assim, as relevantes funções assumidas pelos regulamentos exigem que estes gozem de força cogente também no que tange aos seus destinatários administrativos (sob pena de não cumprir cabalmente os seus objectivos). Ficará, desta sorte, cumprido um dos papéis desempenhados pelos instrumentos de autovinculação administrativa: a função de completar um programa (legal) de acção para a Administração⁶¹⁴. O regulamento constitui agora um elemento charneira entre a lei e a “Administração no caso concreto” (*Verwaltung im Einzelfall*): o regulamento representa, simultaneamente, um aligeiramento da carga cometida ao legislador e ao decisor administrativo, situando-se, enquanto instrumento de

ao interior da Administração) e a respectiva articulação com a projecção na esfera jurídica dos particulares, Vipiana, *L'Autolimité...*, cit., pp. 509 e s..

⁶¹² É esta ideia que está também subjacente à concepção francesa do regulamento como uma *fonte de legalidade* (*source de légalité*). Nestes termos, a propósito da integração dos regulamentos no «bloco da legalidade administrativa», v. já HAURIOU, *Précis...*, cit., p. 577. Com um entendimento similar, continua a defender-se que o regulamento constitui, desde que validamente emanado, uma «fonte de legalidade» (*source de légalité*), pelo que, a partir do momento em que é emitido, serve de padrão para a adopção das decisões individuais e concretas, que com ele se têm de conformar – cf., v. g., LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 608; GAUDEMET, *Droit...*, cit., p. 99.

⁶¹³ BURMEISTER, «Selbstbindungen...», cit., p. 504.

⁶¹⁴ V. SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., pp. 157 e ss..

auto-programação da Administração Pública, entre o pólo das directrizes legislativas e o pólo da execução orientada para o caso concreto⁶¹⁵. Tal sucederá sempre que a lei não pretende retirar (toda) a liberdade à Administração, mas entende que devem ficar assegurados, de modo geral e abstracto, os condicionalismos pressupostos para a prossecução de uma actividade administrativa: através do exercício do poder regulamentar, a Administração colabora com o legislador no estabelecimento de vínculos para a sua actividade futura⁶¹⁶. A partir do momento em que é emanado e entra em vigor, o regulamento desprende-se do órgão administrativo que o criou, emancipa-se e, integrando-se no bloco da juridicidade, vincula, enquanto tal, a Administração Pública.

Embora não se circunscreva a elas, o sentido da autovinculação administrativa por regulamento conhece um aprofundamento significativo quando aquele se dirige a estabelecer vínculos ao concreto agir administrativo discricionário⁶¹⁷, através das designadas «directivas de discricionariedade» (as *Ermessensrichtlinie* ou *ermessenslenkende Vorschriften* do direito alemão⁶¹⁸ ou simplesmente as *directives*, na terminologia francesa⁶¹⁹). Como a própria designação sugere, este tipo específico de regulamentos ocorre primacialmente quando o legislador confere poderes discricionários à Administração⁶²⁰. Têm aqui pleno cabimento as considerações tecidas sobre o regulamento administrativo como passo intermédio entre a lei e o acto administrativo⁶²¹: como

⁶¹⁵ Cf. HILL, «Normsetzung...», cit., pp. 962 e ss..

⁶¹⁶ Assim, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 258.

⁶¹⁷ Daí que alguma doutrina o conceba como um modo do exercício do poder discricionário – cf. VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., pp. 280 e ss..

⁶¹⁸ V., v. g., OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 519 e ss.; ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., pp. 16 e ss., 141 e ss., 225 e ss.; JESTAEDT, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.^a ed., 2006, pp. 324 e s..

⁶¹⁹ Após um primeiro momento de rejeição com fundamento na ideia de que a Administração não podia renunciar ao exercício do poder discricionário, admitiu-se a existência da figura das *directives*, em virtude das vantagens que transportam do ponto de vista da certeza e da igualdade de tratamento – cf. LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., pp. 700 e ss.; DELVOLLE, «La Notion de Directive», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, 30.^o ano, Outubro 1974, pp. 459 e ss., num interessante confronto entre as directivas do Direito Administrativo francês (que, constituindo fruto de uma construção jurisprudencial, exprimem um esforço de “codificação” de práticas administrativas, traduzindo uma colaboração entre órgãos e uma coordenação de actuações) e as directivas comunitárias.

⁶²⁰ ROGMANN (*Die Bindungswirkung...*, cit., p. 141) refere-se ainda a uma outra situação susceptível de desencadear a emissão destas *Vorschriften*: os casos, ocorrentes em determinados sectores de actuação administrativa (como sucede, por excelência, no direito das prestações sociais), em que a Administração carece de normas legislativas que expressamente definam o seu modo de actuar (*Subventionsrichtlinien*). Consoante as hipóteses, o Autor distingue entre directivas de discricionariedade acessórias da lei (*gesetzesakessorische Ermessensrichtlinien*) e directivas de discricionariedade substitutivas da lei (*gesetzesvertretende Ermessensrichtlinien*) – *Op. cit.*, pp. 144 e ss., 226 e ss..

⁶²¹ ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 142.

salientava já Afonso Queiró⁶²², a opção legislativa pela concessão ou não de discricionariedade à Administração é matizada pelo balanceamento entre, por um lado, a certeza e a segurança jurídica garantidas pela vinculação (*i. e.*, pela predeterminação abstracta da solução pelo legislador) e a equidade e oportunidade asseguradas pela ponderação administrativa das exigências do caso.

A autovinculação característica das directivas de discricionariedade reside na fixação administrativa (prévia) de critérios ou parâmetros de actuação destinados a orientar as decisões discricionárias dos órgãos administrativos, com o objectivo de assegurar a igualdade de tratamento dos diversos casos e de promover a segurança jurídica, equivalendo, no fundo, a «praxes administrativas antecipadas»⁶²³. A afirmação desta possibilidade não pretende escamotear a circunstância de a lei atribuir à Administração um «espaço de criação-concretização jurídica» a implicar uma margem de apreciação própria

⁶²² Afonso QUEIRÓ, *O Poder Discricionário da Administração* (1944), in: *Estudos de Direito Público*, vol. I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 1989, p. 429.

⁶²³ A consideração de que as *Vorschriften* equivalem a «praxes administrativas antecipadas» (*antizipierte Verwaltungspraxen*) constitui objecto de crítica por parte de alguma doutrina, que as concebe antes como factores autónomos de vinculação (*selbständige Bindungsfaktoren*) – cf., *v. g.*, OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 518 e s.; «Rechtquellen...», cit., p. 161; ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., pp. 38 e ss.; MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 595; STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1276 e s.; ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 432 e s.. Na verdade, não podemos deixar de concordar com o ponto de partida de ROGMANN, quando contesta a prestabilidade da mobilização da doutrina da autovinculação administrativa para alicerçar uma possível eficácia externa das *Vorschriften*, na medida em que põe a tónica na aplicação e não na emissão do regulamento – a implicar que mais importante que a norma seria a primeira aplicação, *i. e.*, o primeiro caso para o qual foi mobilizada a norma. Repare-se, porém, que a perspectiva defendida em texto se destina apenas a fundamentar que, mesmo quando destinados apenas a produzir efeitos internos, os regulamentos possuem uma força autovinculativa própria.

Os problemas surgem quando existe uma discrepância entre a conduta prescrita no regulamento interno e a «praxe administrativa» entretanto desenvolvida; trata-se agora de um confronto entre dois tipos de critérios, corporizados, respectivamente, em normas administrativas pré-escritas e em precedentes administrativos (distanciamo-nos, pois de ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 39, quando parece sugerir que o reconhecimento da força autovinculativa das *Vorschriften* contraria ou infirma a doutrina da autovinculação administrativa: em causa está perceber qual a força jurídica caracterizadora dos dois critérios agora comparados). Nos casos em que o regulamento é posterior à consolidação de uma prática administrativa, a jurisprudência do *Bundesverwaltungsgericht* aponta no sentido de que a emissão daquele pretende justamente iniciar uma nova autovinculação administrativa (cf. ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., p. 39, n. 238) – a sugerir, pois, a maior força autovinculativa das normas escritas relativamente às condutas adoptadas pela Administração.

Já o conflito entre uma praxe administrativa contrária a uma norma regulamentar interna anterior se afigura de resolução mais complexa. Não parece hoje de aceitar qualquer concepção similar à posição tradicional do *Bundesverwaltungsgericht* que, recusando natureza jurídica às normas internas, entendia que estas apenas se destinavam a orientar a conduta da Administração, motivo por que o órgão poderia afastar-se delas (*v.*, por exemplo a decisão de 28.04.1978, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 6, 32.º ano, Fevereiro 1979, pp. 280 e s.). Atenta a força autovinculativa que reconhecemos aos regulamentos internos, deverá entender-se que, em princípio, estes prevalecem sobre actuações administrativas (ainda que reiteradas) que os contrariem; só assim não sucederá nos casos (devidamente fundamentados) em que se justifique um afastamento das normas regulamentares internas na solução dos casos concretos.

daquela⁶²⁴ que, de forma enviesada, se estaria a dilacerar – aliás, enquanto exercício da actividade administrativa, a emissão de directivas de discricionariedade encontra-se adstrita ao princípio da juridicidade. Tendo em conta as vantagens comportadas pelas directivas de discricionariedade ao nível dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, apenas poderemos considerar ilegítimas aquelas que, por impedirem um juízo de ponderação das circunstâncias do caso concreto, violem o princípio da imparcialidade e, nessa medida, impliquem uma renúncia ao poder discricionário⁶²⁵. Por outras palavras, serão apenas ilegítimas as normas de autovinculação que, operando na arena da discricionariedade, retirem aos órgãos administrativos a possibilidade de captação das especificidades da realidade concreta, de consideração de todos os interesses em presença juridicamente relevantes⁶²⁶, o que sucederá sempre que os pressupostos hipotéticos adicionados pela norma de autovinculação se revelarem como *exclusivos* para a produção do efeito jurídico enunciado na lei, vulnerando o «*conteúdo essencial*» do poder discricionário – o que sucederá sempre que este último aparecer descaracterizado, transformado em vinculação por força do regulamento⁶²⁷. À questão de saber o que compõe esse «*conteúdo essencial*» do poder discricionário deverá responder-se com o *princípio da imparcialidade*: aí onde o regulamento retire a possibilidade de consideração das circunstâncias do caso concreto, viola a norma legal que conferiu a faculdade discricionária. Ou, como decorre da jurisprudência, “no domínio da discricionariedade legalmente conferida, a administração é admitida a recorrer a mecanismos de configuração antecipada e autovinculativa da ponderação abstracta dos possíveis interesses em causa, desde que tal não redunde na recusa de ponderação das circunstâncias específicas de cada caso concreto pela predeterminação da solução final”⁶²⁸.

II. Se nos interrogarmos sobre o fundamento da força jurídica autovinculativa dos regulamentos, não recebemos uma resposta unitária. Tal como já sucedia relativamente ao

⁶²⁴ Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 47.

⁶²⁵ Neste sentido se tem inclinado o *Conseil d'Etat*, desde o *Arrêt* «Crédit Foncier de France», de 11.12.1970. Sobre a jurisprudência relativa a esta matéria, cf. LONG/WEIL/ BRAIBANT/DELVOLVE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 646 e ss..

⁶²⁶ Caracterizando nestes termos o imperativo decorrente do princípio da imparcialidade, v. Vieira de ANDRADE, «A Imparcialidade...», cit., p. 236.

⁶²⁷ Assim, David DUARTE, «Alguns Problemas Relativos à Autovinculação Administrativa», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 6, Novembro/Dezembro 1997, p. 10. Cf. também Vieira de ANDRADE, «A Imparcialidade...», p. 231, n. 12.

⁶²⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Administrativo do Sul, de 06.04.2006, P. 11132/02.

princípio da inderrogabilidade singular, cuja sedimentação para aqui convocamos, os alicerces da autovinculação radicam na confluência de vários princípios normativos⁶²⁹.

Assinalámos, logo no início deste ponto, que a concepção do regulamento como «fonte de direito» no plano jurídico-constitucional permite ancorar a respectiva força jurídica no princípio da juridicidade: a compatibilidade da acção administrativa com o direito pressupõe que a mesma se conforme com as normas regulamentares que, assim, se concebem como parâmetros de vinculação da actividade administrativa: a emissão de regulamentos equivale ao auto-estabelecimento de parâmetros limitativos de acção⁶³⁰. Para esta ideia concorrem igualmente os princípios da boa fé⁶³¹, da protecção da confiança e da segurança jurídica, visto que a emissão normativa da Administração gera na esfera jurídica dos sujeitos a convicção de que os casos concretos assimiláveis pelos regulamentos serão decididos em conformidade com as soluções aí contempladas, garantindo-os contra a adopção de decisões improvisadas. Além disso, se se admitisse que os órgãos administrativos pudessem, como regra, validamente postergar a mobilização das normas regulamentares aplicáveis, tal poderia conduzir à adopção de soluções diversas para situações idênticas, com violação do princípio da igualdade⁶³² ou até do princípio da imparcialidade⁶³³. No mesmo sentido militam a racionalidade e a coerência do *agere* administrativo, que requerem a congruência entre as várias decisões de casos idênticos⁶³⁴.

III. O conceito de autovinculação pelo regulamento surge, pois, teleologicamente orientado. A afirmação de que, no seu agir concreto, nas suas decisões, a Administração se encontra vinculada às prescrições normativas por ela emanadas atinge o ponto fulcral,

⁶²⁹ Cf. também VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., pp. 130 e ss.; OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 542.

⁶³⁰ V. VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., pp. 155 e s..

⁶³¹ Cf. RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 245.

⁶³² Sem prejuízo da relevância de outros princípios, é essencialmente sobre o princípio da igualdade que parte significativa da doutrina alemã faz assentar a autovinculação administrativa – v., por todos, OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 530 e ss.. A relevância assumida pelo princípio da igualdade para a teoria da autovinculação administrativa no espaço alemão leva alguns Autores a afirmar não estarmos aqui diante de uma autêntica autovinculação, mas sim de uma «heterovinculação pelo princípio da igualdade» – cf. STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1331.

⁶³³ E com esta fundamentação não incorremos na ideia (criticada por alguns sectores da doutrina alemã – cf., *supra*, em nota) de que os regulamentos equivalem a «praxes administrativas antecipadas»: sempre que a autovinculação não decorra da existência de orientações decisórias da Administração, a referência ao princípio da igualdade não tem em vista o (rompimento com o) passado, mas antes os parâmetros que hão-de orientar todas as decisões futuras do órgão administrativo em causa. V. também VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., pp. 149 e s..

⁶³⁴ Cf. SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., p. 164.

quando se projecta para o exterior e atinge a esfera dos destinatários últimos do exercício da actividade administrativa: os cidadãos⁶³⁵. Daí que a consideração das consequências jurídicas da força autovinculativa dos regulamentos impliquem uma atenção ao respectivo impacto na vida interior e exterior da Administração.

α) A nível interno, a força jurídica autovinculativa sustenta, em alguns casos, uma hierarquia entre regulamentos, determinando a invalidade de uma norma inferior incompatível com uma norma superior (i), e impede sempre a livre recusa de aplicação de regulamentos (ii).

(i) Ainda que os efeitos da autovinculação criada pelo regulamento se sintam, sobretudo, no horizonte da actividade individual e concreta da Administração, não poderíamos deixar de salientar, desde já, que a mesma fundamenta igualmente a existência de uma hierarquia entre regulamentos. Independentemente de apreciarmos, neste momento, qual a hierarquia e que desvalor reveste um regulamento que contraria outro (problema com que nos debateremos, *ex professo*, na Parte III, 2.5.), encontramos indícios diversos dos quais se deduz a existência de regulamentos dotados de supremacia sobre outros. Assim sucede com os regulamentos emitidos pelo superior hierárquico face aos emanados pelos subalternos ou com os regulamentos das autarquias locais subordinados, nos termos do artigo 141.º da Constituição, aos das autarquias de grau superior e aos da entidade com poder tutelar. Atente-se, porém, que, nestas hipóteses, a força jurídica vinculativa surge combinada com o regime das relações hierárquicas e com a fixação constitucional de uma hierarquia entre regulamentos.

(ii) É ao nível das possibilidades de afastamento das normas regulamentares no caso concreto que se destaca a afirmação da força autovinculativa do regulamento, tocando o sentido do tradicional princípio da inderrogabilidade singular.

Nesta sede, urge sublinhar a negação de qualquer valor absoluto às exigências subjacentes ao princípio da inderrogabilidade singular, que, a assumir tal pendor, sempre se revelaria metodologicamente inadequado: a força jurídica (auto-, mas também hetero)vinculativa dos regulamentos administrativos (externos ou internos) decorre da

⁶³⁵ Assim se compreende que OSSENBÜHL (*Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 522), a partir do princípio da igualdade, conceba a autovinculação como factor de fundamentação de uma vinculação da Administração relativamente aos cidadãos.

normatividade (vinculação pelos princípios normativos) que lhes está subjacente, aliada à sua compreensão jurídico-constitucional como «fonte de direito», motivo por que o respectivo afastamento no caso concreto há-de ser, naturalmente, excepcional e fundamentado, mas, ainda assim, juridicamente viável. A força autovinculativa do regulamento encontra-se, pois, limitada pelas *rationes* e princípios que o sustentam, não inviabilizando, em toda e qualquer hipótese, a recusa de aplicação de regulamentos administrativos *prima facie* convocados para a dilucidação de um caso concreto. Daí que principiássemos por afirmar que a autovinculação impede a *livre* recusa de aplicação de regulamentos.

Mas a verdade é que também impede *sempre* a livre recusa de aplicação de regulamentos, ainda quando estes revistam natureza interna. Aliás, mesmo alguma doutrina que defende a não vigência do princípio da inderrogabilidade singular para os regulamentos internos não deixa igualmente de acentuar que estes “são (...) vinculativos em princípio”⁶³⁶, e, enquanto tal, assumem-se como obrigatórios, inclusive no interior da Administração. Dizer que não vale o princípio da inderrogabilidade singular significa tão-só que terceiros (em especial, os particulares), porque não são os destinatários (directos) das normas, *não têm um direito* a que as mesmas sejam seguidas⁶³⁷.

Todavia, tal não pode significar que se afigure juridicamente indiferente a preterição de regulamentos internos pelos órgãos administrativos. Na perspectiva dos cidadãos afectados pelo acto que afasta um regulamento interno, assume algum interesse a

⁶³⁶ Assim, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., pp. 61 e 62.

⁶³⁷ Sobre algumas hesitações da jurisprudência alemã quanto a este ponto, v. OSSENBÜHL, «Verwaltungsvorschriften...», cit., pp. 19 e s..

Repare-se, porém, que, não obstante as recentes vozes dissonantes, parte da doutrina germânica, confortada pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, e sustentando a eficácia externa dos regulamentos internos sobre o princípio da protecção da confiança, defende que os cidadãos têm um direito a que a Administração actue de acordo com as *Vorschriften* que emanou e publicitou, sobretudo num momento (como o actual) em que àqueles actos são assacadas tarefas que passam pela fixação de directivas de discricionariedade e de concretização/complementação legislativa [v., por exemplo, as referências de AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 183 e s., e também LANGE, «Innenrecht und Außenrecht», in: HOFFMAN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 321 e ss., que estriba a defesa da eficácia externa das *Vorschriften* na obrigação da publicação das mesmas, a qual, no contexto de uma abertura informativa da Administração, se destina também a servir os interesses dos cidadãos, em especial os que decorrem de uma efectiva protecção jurídica – *Op. cit.*, p. 329].

Mas tal não significa a total irrelevância deste princípio no quadro que analisamos – admitindo a mobilização do princípio da protecção da confiança, em especial, quando os particulares têm conhecimento das normas internas em virtude do exercício do direito à informação, v. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., p. 200. Em obediência a considerações similares, em França, até ao *Décret* 2006-672, de 8 de Junho (cf. artigo 20), estabelecia-se a possibilidade de os administrados se prevalecerem, contra Administração, das instruções, directivas e circulares sujeitas a publicação (artigo 1 do *Décret* 83-1025, de 28 de Novembro, revogado por aquele diploma, com efeitos a partir de 1 de Julho de 2007).

invocação do princípio da protecção da confiança⁶³⁸. Importa, contudo, salientar que, sem prejuízo da necessidade de *protecção perante surpresas* e da existência de um *dever de lealdade*⁶³⁹ perante os cidadãos, que apontam no sentido da adopção de actuações administrativas coerentes entre si, a inobservância de normas regulamentares internas só terá de produzir consequências directas no seio da pessoa colectiva pública de onde dimanam, porque os seus efeitos também possuem um alcance limitado à mesma (os seus destinatários são intra-administrativos), não determinando a invalidade imediata e automática dos actos administrativos que os contrariem – o que, aliás, constitui apenas uma das formas de *sanctio*.⁶⁴⁰

Negar a eficácia vinculativa dos regulamentos internos significaria afastar igualmente a respectiva utilidade: emanados, em regra, com o objectivo de alcançar uma (mais ou menos) uniforme decisão dos casos concretos⁶⁴¹, os regulamentos internos constituem instrumentos privilegiados de auto-programação da Administração Pública, não necessitando da eficácia externa (no sentido de susceptibilidade de fazer nascer na esfera dos cidadãos direitos ou deveres) para, de algum modo, produzir efeitos obrigatórios⁶⁴². Se quisermos louvar-nos na fórmula de Schmidt-Aßmann⁶⁴³, os regulamentos internos constituem uma forma de acção jurídico-administrativa dotada de vinculações diferenciadas, ou, parafraseando Axer⁶⁴⁴, são dotados de uma «vinculatividade flexível»⁶⁴⁵.

⁶³⁸ Cf. Jesch citado em Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., p. 177; paralelamente, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 331; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 630 e s..

⁶³⁹ Cf. RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 245, que alude precisamente a *Schutz vor Überraschungen*, ao *Loyalitätspflicht* da Administração perante os cidadãos e ao conexo princípio da boa fé.

⁶⁴⁰ Aspecto que leva alguma doutrina a rechaçar a este tipo de actos a natureza de fonte de direito, no sentido de que não integram o bloco da juridicidade a cuja observância a Administração se encontra adstrita. Assim, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., p. 199. LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., pp. 608, 695 e 697, que relacionam igualmente o facto de as circulares (interpretativas) não constituírem «elementos novos de legalidade» com a circunstância de a respectiva violação não importar uma invalidade.

⁶⁴¹ No âmbito do direito fiscal, a doutrina tem encarecido o valor dos regulamentos internos, quer porque constituem expressão da experiência da Administração, adquirida através do contacto permanente com a realidade (assim, Alberto XAVIER, *Manual...*, cit., p. 140), quer por potenciarem uma decisão uniforme e mais rápida dos órgãos administrativos, alcançável quando tais regulamentos dilucidam questões complexas de aplicação normativa, sem prejuízo da individualidade que cada caso novo encerra para o órgão decisor, com as vantagens de proporcionar uma estabilização na aplicação do direito, introduzir uma maior segurança no contribuinte e evitar o recurso aos tribunais (Saldanha SANCHES, *A Quantificação...*, cit., pp. 156 e s., 159 e s.).

⁶⁴² No mesmo sentido, MÖSTL («Normative Handlungsformen», cit., pp. 549 e s.) defende que a eficácia interna da *Vorschrift*, emanada com propósitos claros de auto-programação (*Selbstprogrammierung*) e vinculação (*Breitensteuerung*), se destina justamente a prever um quadro de actuação administrativa no interior de um espaço delineado pelo legislador.

⁶⁴³ SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 328.

⁶⁴⁴ AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 186.

Esta conclusão não pretende, pois, escamotear as diferenças, a este nível, entre regulamentos internos e regulamentos externos: julgamos inclusivamente que o sentido atribuível ao princípio da inderrogabilidade singular, perspectivado sob a óptica da autovinculação como nota constitutiva de todos os regulamentos, reside numa maior exigência de fundamentação para o afastamento de normas regulamentares externas na decisão dos casos concretos. Embora comunguem ambos da força jurídica autovinculativa, a respectiva operatividade prática tem em atenção a indelével diferença conferida pelos respectivos âmbitos de eficácia – aspecto que se projecta nos termos da admissibilidade da concepção das hipóteses de recusa de aplicação. Se o afastamento de um regulamento externo exige que o órgão demonstre que a sua mobilização conduziria, no caso concreto, à prática de um acto viciado (em termos de legalidade ou mérito), a não aplicação de um regulamento interno carece apenas que o órgão evidencie que a decisão adoptada é válida e oportuna, independentemente (apesar) de aquele haver sido afastado.

β) A partir do momento em que se reconhece quer a natureza jurídica dos regulamentos internos, quer a vinculação da Administração Pública a todo o direito, poder-se-á afirmar que a não observância de regulamentos internos equivale sempre a uma não observância do direito, ainda que tal inobservância não se traduza na invalidade da medida em causa⁶⁴⁵, *por força da simples preterição da norma interna*. Ao contrário do que sucede com o afastamento de um regulamento externo – cuja preterição, salvo situações

⁶⁴⁵ E assim se compreende que a assinalada excepção ao princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos da Administração fiscal não configure senão uma compreensão mais apurada do tipo de vinculação característico das chamadas orientações genéricas enquanto regulamentos internos: num domínio tão sensível para os direitos dos cidadãos como o Direito Fiscal, o legislador estabeleceu um princípio de vinculatividade dos regulamentos internos, como forma de assegurar o princípio da igualdade e o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos

O objectivo da tutela dos princípios da igualdade e da segurança jurídica através da emissão de normas regulamentares internas está bem patente em vários pontos da legislação fiscal. Por um lado, o artigo 56.º do CPPT obriga a Administração a organizar uma base de dados permanentemente actualizada das orientações genéricas, susceptível de consulta pelos cidadãos, sem prejuízo da possibilidade de pedir a comunicação de quaisquer despachos que contenham orientações genéricas. Por outro lado, e contemplando agora o reverso, nos termos do n.º 5 do artigo 68.º da *Lei Geral Tributária*, “não são invocáveis retroactivamente perante os contribuintes que tenham agido com base numa interpretação plausível e de boa fé da lei os actos administrativos decorrentes de orientações genéricas emitidas pela administração tributária”: a segurança jurídica propiciada pela existência de circulares interpretativas não pode ser prejudicada pela sua aplicação retroactiva, sempre que a interpretação seguida pelo particular se revele (também) metodologicamente adequada (presumindo-se, de acordo com o n.º 6, a boa fé quando tal interpretação haja sido suportada por informação dos serviços da Administração fiscal).

⁶⁴⁶ Em sentido próximo, LANGE, «Innenrecht...», cit., p. 322. Cf. também AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 185 e s..

excepcionais, conduz à ilicitude da actuação material e à invalidade do acto jurídico –, a *sanctio* para a inobservância de um regulamento interno assume contornos diversos.

Desde logo, o afastamento em concreto de um regulamento interno não é totalmente irrelevante, dada a *projecção indirecta* de efeitos para terceiros, sobretudo nas relações Administração/particulares (*eficácia externa mediata ou indirecta*⁶⁴⁷, a par de uma *eficácia interna imediata ou directa*): sintoma de diferença arbitrária de tratamento, a derrogação (*hoc sensu*) de um regulamento interno consistirá amiúde num indício da violação dos princípios da imparcialidade e da igualdade, violação essa que, quando efectivamente exista, inquirará a validade do acto administrativo⁶⁴⁸; além disso, e no quadro da apreciação (administrativa) do mérito, o desrespeito de um regulamento interno poderá deixar entrever uma falta de racionalidade do agir administrativo⁶⁴⁹.

Todavia, a autovinculatividade dos regulamentos internos não se reduz à atribuição de um relevo indirecto em sede de validade ou mérito do acto administrativo de execução. Estas normas destinam-se a criar regras jurídicas dirigidas a nortear os órgãos no exercício das suas competências, mediante orientações relativas quer à interpretação de normas jurídicas, quer ao exercício de poderes discricionários, com o objectivo prático de alcançar um melhor e mais racional funcionamento dos serviços⁶⁵⁰. Por este motivo, encontram-se incindivelmente conexas com o poder de direcção, que compreende o poder de emitir

⁶⁴⁷ MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 628) refere-se, a idêntico propósito, à «eficácia externa fáctica» das *Vorschriften*.

⁶⁴⁸ No mesmo sentido, Vieira de ANDRADE («O Ordenamento...», cit., p. 61) entende que os regulamentos internos possuem um relevo indirecto na ordem externa, ao denunciarem sintomas de ilegalidade ou de violação do princípio da igualdade de tratamento; cf. ainda Vital MOREIRA, «Fontes...», cit., p. 19.

Daí que, na doutrina alemã, se considere que as instruções administrativas (*Vorschriften*) acabam por ter uma eficácia externa, porquanto o seu afastamento não fundamentado implica a violação do princípio da igualdade de tratamento – neste sentido, OSSENBÜHL («Rechtsquellen...», cit., p. 161), louvando-se em Zacher, compreende o artigo 3 da *Grundgesetz*, onde está consagrado o princípio da igualdade, como uma «norma de inversão» (*Umschaltnorm*), na medida em que permite que à tradicional eficácia interna das *Vorschriften* se associe um efeito externo nas relações Administração/particulares. Cf. também OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 514 e ss., e «*Verwaltungsvorschriften...*», cit., pp. 14 e s.; AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 181 e ss.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, tomo I, cit., pp. 461, 464 e s., aludindo estes últimos Autores a um vício de discricionariedade – «desvio de discricionariedade» (*Ermessensabweichung*) –, quando a Administração se afasta da prática administrativa, com ofensa do princípio jurídico-constitucional da igualdade, o que acontece, desde logo, nos casos em que a discricionariedade se encontra limitada por força da autovinculação administrativa emergente de *Vorschriften* (ressalvadas as hipóteses em que existam fundamentos especiais ou se verifique uma alteração de circunstâncias materiais e essenciais).

⁶⁴⁹ V. também Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 62; no mesmo sentido, Vital MOREIRA, «Fontes...», cit., p. 19.

⁶⁵⁰ Sobre o fundamento prático dos regulamentos internos, cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 238.

ordens (individuais e concretas) e *instruções* (gerais e abstractas)⁶⁵¹. Mesmo quem não entenda que os regulamentos internos não vinculam, de forma directa, o seu autor⁶⁵², aceitará que aqueles assumem força obrigatória para os seus destinatários – o(s) inferior(es) hierárquico(s) e, em geral, os órgãos que se encontrem numa posição infra-ordenada relativamente ao autor. A violação de um regulamento interno implica um atentado ao dever de obediência, determinante, de forma directa e imediata (verificada a culpa), de responsabilidade disciplinar (cf. artigos 2.º, 3.º, n.ºs 1 e 7, do *Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local*⁶⁵³).

O diferente relevo que a preterição de um regulamento externo e interno possuem em sede de validade do respectivo acto administrativo de execução projectam-se no horizonte do controlo jurisdicional. Perante a impugnação de um acto administrativo que desrespeitou normas regulamentares externas (prático-normativamente adequadas a solucionar o caso concreto), acompanhada da condenação à prática do acto em conformidade com o disposto no regulamento, o juiz deve dar provimento à acção. Diversamente, tratando-se de regulamento interno, o simples afastamento das suas normas (ainda que as mesmas se revelassem adequadas à decisão do caso) não obriga o juiz a anular o acto, visto que a eficácia do regulamento se encontra cerceada ao interior da Administração (ao plano das relações intra- ou intersubjectivas, consoante os casos), não sendo oponível ao tribunal: não só o acto apenas constituirá objecto de anulação judicial se contiver uma ofensa a princípios jurídicos (*maxime*, da igualdade e da imparcialidade), como ainda os parâmetros da eventual condenação não se reconduzem à observância das normas regulamentares internas preteridas, mas antes ao respeito por aqueles princípios.

⁶⁵¹ Como já salientámos, esta posição está em plena consonância com o fundamento que alguma doutrina atribui ao poder regulamentar interno: o poder de direcção do superior hierárquico – cf., *supra*, 2.2.. Também na Alemanha, a força vinculativa (interna) das *Vorschriften* está relacionada com o poder de direcção do superior hierárquico – v. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 157.

⁶⁵² Assim também Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 259. Em sentido diverso, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 636 e s.) entende que os regulamentos internos vinculam o respectivo autor, defendendo a aplicabilidade do princípio da inderrogabilidade singular também neste horizonte, apenas com a excepção da possibilidade de uma autoridade superior derrogar o regulamento interno emanado por uma autoridade inferior ou daquela dependente.

⁶⁵³ Aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.

Parte II

A Recusa de Aplicação de Regulamentos

*Wäre das Recht aber nur eine „logische“ Ordnung, so
brauchten wir unsere Rechtsbeflissenen nicht zu Juristen
auszubilden; die Mathematik täte es dann besser!*

BACHOF, «Normenkontrolle der Verwaltung?», p. 660

A compreensão das funções desempenhadas pelo regulamento e da sua força jurídica própria – de importância capital para o objecto do nosso estudo – pressupõem que, neste momento, explicitemos o significado que conferimos à “recusa de aplicação de regulamentos”, para prosseguirmos em direcção à ulterior análise da respectiva legitimidade e das consequências jurídicas que comporta.

Assim, e por um lado, eis-nos diante de um problema cuja apreciação proporcionará uma primeira aproximação à temática da realização administrativa do direito, algo que, como principiámos por salientar logo na Introdução, exige um conjunto de reflexões de carácter normativo-metodológico. Como ponto de partida das considerações a tecer, torna-se necessário assentar que, no modelo metodológico de realização do direito em concreto pelos órgãos administrativos (parte integrante do exercício da função administrativa), intervêm elementos que seriam espúrios ao juízo decisório característico da realização judicial do direito: a par de uma intenção de normatividade (determinante no âmbito de uma Administração Pública que actua tendo como pano de fundo a juridicidade no seu todo), desenha-se aqui a relevância do princípio da prossecução do interesse público (que permite abrir as portas para juízos de oportunidade). Não ignoramos que o modelo metodológico que convocaremos se encontra pensado para o juízo decisório de casos concretos a cargo dos tribunais: salvaguardadas as diferentes racionalidade e finalidade última das decisões jurisdicionais (dirigidas à realização do direito) e das decisões administrativas (norteadas pela *realização do interesse público, no quadro do direito*) – que sempre terão de se acautelar –, poderá mobilizar-se o esquema em causa para orientar a tarefa de realização do direito que também se lhes encontra cometida. É que – não o esqueçamos – também na decisão administrativa estão presentes momentos *normativos*, e não apenas dimensões estratégicas, consistindo este o ponto de confluência (com os juízos decisórios) que viabiliza a convocação, *mutatis mutandis*, deste esquema metódico para

auxiliar a tarefa do decisor administrativo, permitindo ainda acentuar a dimensão *jurídica* da actividade administrativa, não submergida por uma racionalidade exclusivamente estratégica.

Por outro lado, em face da existência de figuras paralelas, a delineação de uma noção de «recusa de aplicação» implicará o cotejo com outros conceitos próprios do Direito Administrativo (em geral) e relativos ao poder regulamentar (em especial), o qual proporcionará elementos relevantes para a delimitação dos contornos do conceito que nos ocupa.

Finalmente, e sempre com o intuito de precisar a figura da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração e colher alguns ensinamentos pertinentes para a construção do respectivo regime jurídico, confrontaremos o problema daqui emergente com questões paralelas.

1. Autovinculação e recusa de aplicação

Vimos no final do capítulo anterior que a força jurídica dos regulamentos caracteriza-se por estes assumirem natureza vinculativa, desde logo no interior da Administração – daí termos concebido o regulamento como momento de autovinculação administrativa.

Na perspectiva dos órgãos administrativos, a obrigatoriedade característica do regulamento impõe que, na sua tarefa de resolução de casos concretos, aqueles não possam, por princípio, afastar os regulamentos (enquanto diplomas) ou a(s) norma(s) deles constante(s). Assim, o facto de o regulamento constituir uma forma de autovinculação administrativa significa que a regra a seguir pelos órgãos administrativos na resolução de um caso concreto à qual responde uma determinada norma regulamentar há-de traduzir-se na mobilização da mesma. Aliás, esta é igualmente a solução correcta do ponto de vista metodológico: em geral, sempre que se dispõe de um critério (*in casu*, uma norma regulamentar), deverá lançar-se mão do mesmo, não tendo o órgão decidente de lutar com a indeterminação predicativa dos fundamentos; com efeito, as normas (qualquer que seja a sua natureza e na medida em que se assumem como critérios) são desoneradoras por se encontrarem numa relação de maior proximidade com a problematicidade dos casos que os fundamentos. Esta conclusão aparece-nos igualmente confortada pela circunstância de as normas regulamentares apresentarem como sua característica inerente a imperatividade, em

virtude de consubstanciarem uma forma de actuação administrativa de autoridade, um «instrumento de comando geral».

Não necessitará, por conseguinte, de muitos esclarecimentos uma conclusão preliminar que aponte no sentido de que, *existindo uma norma práctico-normativamente adequada para a solução do caso concreto, o órgão administrativo tem o dever jurídico-administrativo e jurídico-metodológico de a mobilizar*. Só que a autovinculação característica do regulamento não exclui a existência de derrogações a essa força autovinculativa em determinadas situações¹: a «recusa de aplicação» – como denota a própria expressão –, além de emergir num quadro casuístico, constitui uma excepção e, nessa medida, pressupõe um motivo fundamentado para ocorrer. Neste sentido pode aludir-se a uma «obrigação de consistência» (*obligation of consistency*), que impede a não mobilização de uma norma no caso concreto, com ressalva das hipóteses em que existam razões ponderosas (*cogent reasons*) para afastar essa mesma norma². Com efeito, o regulamento não perde o carácter vinculativo que o caracteriza como norma jurídica se, nos casos-regra, for aplicado, rejeitando-o apenas quando se está perante um caso excepcional³; ou, por outras palavras, o princípio da inderrogabilidade singular só vale em toda a sua extensão perante uma norma regulamentar (formalmente em vigor no ordenamento jurídico) que, submetida a uma experimentação em concreto, se revele práctico-normativamente adequada a solucionar o caso.

Não se julgue, porém, que, ao aludirmos à recusa de *aplicação*, partilhamos de uma visão lógico-formal da tarefa de realização do direito. Tal como sucede no horizonte da realização judicial do direito, também no cenário em que nos movemos se encontra perimida qualquer concepção que associe aquela tarefa a uma operação lógico-apofântica. Trata-se de um aspecto amiúde acentuado relativamente às decisões judiciais, mas com frequência obliterado quando está em causa a decisão do caso concreto por órgãos administrativos pela mediação de critérios (normas regulamentares, em especial). A referência à aplicação (ou à recusa de aplicação) de regulamentos pela Administração não pretende reiterar, neste horizonte, a perspectiva normativista-positivista que defendia o raciocínio lógico-dedutivo como o esquema de aplicação da lei, em que a premissa menor era encontrada mediante subsunção do caso à norma e a consequência jurídica determinada

¹ A este propósito refere-se a doutrina ao «efeito relativo da autovinculação» (*l'effet relatif de l'autoliasion*) – cf. JOUANJAN, *Le Principe...*, cit., p. 365.

² Cf. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 756.

³ Em sentido similar, mas a outro propósito, AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 48.

através de um silogismo⁴ – por este motivo, também Bachof⁵ rejeita que qualquer problema concernente ao controlo normativo da Administração consubstancie uma questão de lógica jurídica, mas defende que aquele releva antes de considerações relacionadas com princípios (direito) e oportunidade (interesse público). Nesta medida, e louvando-nos em Gadamer⁶, o conceito de aplicação (*Applikation*) aqui utilizado não pretende reportar-se a qualquer modelo perimido que apele à lógica formal no contexto da decisão jurídica, mas, pelo contrário, significa que estamos diante de mais um elemento indissociável e uma parte integrante da tarefa interpretativa, enquanto vocacionada para a apreciação da compatibilidade entre uma norma (emergente de um texto) e uma concreta situação; neste sentido, a aplicação (*Applikation*) assume um carácter eminentemente (re)constitutivo, já que uma norma não se destina a ser compreendida no seu texto (em abstracto), mas a ser concretizada. Trata-se, pois, de uma aplicação *normativa*⁷.

Aliás, entre nós, já Castanheira Neves desde há muito salientou o “total fracasso da concepção subsuntiva para pensar e dar solução ao problema da concreta aplicação do direito”⁸, seja no âmbito da discricionariedade, seja no domínio das decisões estritamente vinculadas. Por um lado, as perplexidades suscitadas pela concepção tradicional da discricionariedade – segundo a qual o exercício do poder discricionário se situa para além da «aplicação do direito», correspondente aos momentos vinculados da Administração, por sua vez identificados com aqueles em que era possível uma aplicação subsuntiva (dedução a partir) de uma norma jurídica: a discricionariedade abrangeria os casos que fugiam à teoria subsuntiva⁹ – já que conduziam a uma conclusão no sentido da superação necessária do paradigma positivista (da legalidade) e normativista (da aplicação do direito) para explicar esta decisão metodológica. Por outro lado, mesmo no âmbito das decisões estritamente vinculadas, reconhece-se hoje uma intencionalidade jurídico-material

⁴ Sobre esta matéria, cf., e. g., LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 379 e ss.; ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1965, pp. 68 e ss.. Relativamente às categorias fundamentais da lógica formal aplicadas ao discurso jurídico, v., por todos, Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 770 e ss..

⁵ BACHOF, «Normenkontrolle der Verwaltung? Kritische Bemerkungen zur Methodenkritik», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, n.ºs 17/18, ano 15.º, Setembro 1962, p. 661.

⁶ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1990, pp. 313 e ss..

⁷ Contrapondo a aplicação normativa à dedução subsuntiva, cf., v. g., Castanheira NEVES, *O Instituto...*, cit., p. 183.

⁸ Castanheira NEVES, «O Problema da Discricionariedade», in: *Digesta*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 550.

⁹ Cf., sobre esta matéria, Castanheira NEVES, «O Problema...», cit., pp. 534 e ss., cuja posição adoptamos e seguimos de perto. A análise crítica do modelo subsuntivo encontra-se lapidariamente em Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 91 e ss., esp.¹⁰ pp. 125 e ss..

concreta, desde logo, porque também neste domínio se encontram conceitos jurídicos imprestáveis para suportar um juízo lógico-subsumtivo¹⁰. Na linha de Hans Peters¹¹, Autor que, em reacção contra a doutrina dominante que concebia a Administração e o poder judicial como tarefas de mera execução da lei pré-escrita¹², salientava já o carácter constitutivo da função administrativa insusceptível de se esgotar numa execução da lei, também afirmamos que a realização do direito pela Administração se distancia ineliminavelmente de uma operação lógico-subsumtiva.

Em suma (e não será demais repetir), a opção pela expressão «recusa de aplicação» para designar o problema que nos ocupa não dissipa os equívocos que suscita do ponto de vista da superação de um modelo metodológico (metódico) positivista (por inculcar a ideia de que constitui a actividade contrária – *contrarius actus* – à de «aplicação» lógico-formalmente concebida), mas tem a seu favor uma maior consagração, podendo utilizar-se, com a advertência referida. É a própria Constituição que, no contexto da fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade reforçada, se refere às decisões judiciais que, com fundamento na inconstitucionalidade e na ilegalidade reforçada, afastam uma determinada norma no caso concreto – *recusam a aplicação da norma* – para designar a imprestabilidade da mesma (porque inconstitucional ou ilegal) para a resolução do caso decidendo [cf. artigo 280.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alíneas *a*), *b*) e *c*)]¹³.

Recuperando o que já afirmámos, existindo uma norma regulamentar susceptível de assimilar o caso concreto, este deve ser, em princípio, solucionado pela sua mediação. Contudo, a convocação de uma norma regulamentar *hipoteticamente adequada (prima facie)*¹⁴ para o tratamento de um determinado problema jurídico-administrativo não intima a considerar que o órgão venha, a final, decidir o caso pela sua mediação. A norma que,

¹⁰ V. Castanheira NEVES, «O Problema...», cit., p. 549.

¹¹ Hans PETERS, «Verwaltung...», cit., pp. 206 e ss..

¹² À semelhança do que afirmava MONTESQUIEU (*De l'Esprit...*, cit., Livro XI, Capítulo VI, §1.º) quando definia os três poderes do Estado, distinguindo do poder legislativo o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” e o “poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (este último identificado no parágrafo seguinte com o poder judicial).

¹³ Foi justamente com base na expressão constitucional que optámos por «recusa de aplicação» em vez de «desaplicação». Tal não significa, porém, que esta última não conheça acolhimento doutrinário – cf., v. g., Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 201 (embora utilizando também a terminologia alemã e referindo-se igualmente a «rejeição» ou «competência de rejeição»); daí que, apenas por uma questão de variedade lexical e sem prejuízo das precisões que, quanto ao modelo alemão, efectuaremos (cf., *infra*, 2.3.), utilizemos, por vezes, os vocábulos «desaplicação» e «rejeição» como sinónimos de «recusa de aplicação».

¹⁴ A determinação de um critério hipoteticamente adequado para o tratamento judicativo-decisório do caso ou problema jurídico a resolver corresponde, no modelo metódico (metodológico) proposto por Castanheira NEVES, à «questão-de-direito em abstracto» (*Metodologia...*, cit., p. 166).

num primeiro momento, quando considerada em abstracto, parece hipoteticamente adequada para solucionar o caso, depois de submetida à experimentação (proporcionada pelo confronto com o caso concreto), pode revelar-se inadequada. Como logo se compreende, encontramos-nos neste momento em estreita sintonia com o modelo metódico decantado por Castanheira Neves, correspondendo aquele primeiro momento à questão de direito em abstracto e o segundo à questão de direito em concreto, momentos apenas discerníveis em termos (didáctico-)expositivos, mas que, na realidade do discurso metodológico, interagem dialecticamente¹⁵. Ora, e sem prejuízo da adaptabilidade do esquema metódico que mobilizamos, é no contexto da questão de direito em concreto que emerge o problema da recusa de aplicação de regulamentos pelos órgãos da Administração.

O conceito de recusa de aplicação (e que será objecto de explicitação *sub* 2.) corresponde, pois, ao afastamento pela Administração (por um órgão administrativo), num caso concreto, de um regulamento (ou norma regulamentar) que não foi formalmente retirado(a) do ordenamento jurídico. Nesta hipótese, perante a necessidade de resolução de um caso concreto por um órgão administrativo, o critério primeiramente convocado (uma determinada norma regulamentar) para esse efeito acaba por ser afastado, não obstante revelar-se, *prima facie*, mobilizável para a solução daquele caso. Como veremos, de uma perspectiva jurídico-metodológica, são várias as *rationes* que justificarão a possibilidade de o órgão administrativo não mobilizar a norma regulamentar para solucionar o caso concreto que, *prima facie*, a solicitava – tal sucederá em todos os casos em que nos depararmos com uma inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso. A opção de uma referência integrada aos (vários) fundamentos da recusa de aplicação não fará, porém, perder de vista as especificidades da recusa de aplicação com fundamento em invalidade – daí a análise autónoma do problema da invalidade dos regulamentos (Parte III) e do regime jurídico da recusa de aplicação com fundamento em invalidade (Parte IV).

Estamos, neste momento, diante de um necessário confronto entre o dever de resolução do caso concreto pela mediação da norma regulamentar (postulado pelo princípio da inderrogabilidade singular, enquanto correspectivo da autovinculação característica da força jurídica do regulamento) e a inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso. Quando se verifica esta inconcludência, a persistência em

¹⁵ Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 165 e s..

convocar a norma para a resolução do caso apenas se tornará defensável se existirem exigências axiológico-normativas ou exigências dogmáticas¹⁶ próprias do Direito Administrativo que a isso obriguem. É precisamente este o problema fundamental que nos ocupa: tendo em conta os recortes com que, tradicionalmente, se nos apresenta o princípio da inderrogabilidade singular, importará recompreender o alcance deste bordão dogmático. Aliar a incindível conciliação entre recusa de aplicação e realização administrativa do direito com a força jurídica autovinculativa dos regulamentos importa já duas consequências determinantes para a temática em causa: a primeira determina que a competência para a desaplicação normativa esteja ínsita na competência para decisão administrativa dos casos concretos (enquanto momento metodológico dessa tarefa), assumindo-se, pois, como uma competência *administrativa*; a segunda exige que o *exercício* da competência recusa de aplicação se encontre necessariamente *condicionado*.

2. A delineação do problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração

A operatividade do conceito de recusa de aplicação, tal-qualmente o formulámos no final do ponto anterior, solicita uma reflexão acerca das suas coordenadas. Eis o que procuraremos traçar neste momento, para o qual também convocamos outras figuras igualmente estudadas pela teoria dos regulamentos. O objectivo deste confronto radica no facto de a noção que nos ocupa ser igualmente edificada a partir das características que a afastam ou aproximam (consoante as situações) dessas figuras.

2.1. Recusa de aplicação de *normas regulamentares*

A caracterização do problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração pressupõe uma indagação acerca do respectivo objecto. Poder-se-ia considerar extemporâneo, uma vez volvida a Parte I, empreender, apenas neste momento, uma reflexão sobre o objecto da recusa de aplicação: efectivamente, o próprio título elucida que em causa está a recusa de aplicação de *regulamentos administrativos*, cuja caracterização, funções e força jurídica efectuámos já. Sem prejuízo da razoabilidade

¹⁶ Salientando já que “o contributo dogmaticamente excogitado e decantado (...) é uma das dimensões irremissivelmente integrantes da concreta reflexão metodológica”, cf. Fernando José BRONZE, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Studia Iuridica 3, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 521 e ss. (522), n. 1181.

destas observações, urge sublinhar que o propósito deste ponto é bem diverso: depois de contextualizada a questão da recusa de aplicação no horizonte da resolução dos casos concretos pelos órgãos administrativos, trata-se agora de, apelando para a natureza normativa do regulamento, esclarecer que, enquanto parcela da tarefa de realização do direito, o problema diz respeito às normas regulamentares.

Não persistem quaisquer dúvidas de que os regulamentos – incluídos nas “formas de actuação normativa” (*normative Handlungsformen*¹⁷) da Administração – consubstanciam *normas jurídicas*¹⁸, tendo em vista a sua predisposição de permanência e de «decisão sobre futuras decisões»¹⁹. A natureza normativa do regulamento constitui, pois, uma das suas notas definidoras²⁰, que implica a caracterização daquele como critério de decisão e padrão de comportamento; nesta medida, e seguindo Larenz²¹, são-lhe inerentes a sua pretensão de validade – assumindo-se como uma exigência vinculante de comportamento ou como uma pauta vinculante de julgamento – e a sua pretensão de

¹⁷ Cf. MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., *passim*.

¹⁸ A referência à nota da juridicidade pretende acentuar a ultrapassagem da concepção alemã que, no âmbito dos regulamentos, considerava apenas como normas jurídicas os regulamentos externos, mas excluía a natureza jurídica aos regulamentos internos, enquanto destinados à disciplina das «relações especiais de poder» (cf. também AFONSO QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 217). Com efeito, esta última noção encontra-se indelevelmente marcada pela pretensão de subtrair ao domínio do jurídico um conjunto de actuações que visavam pessoas numa «especial situação de dependência», as quais se entendiam como «incorporadas nas instituições públicas» (VIEIRA DE ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 60). *V. a evolução que traçámos supra*, parte I, 2.1.).

Desta perspectiva, já não coloca questões delicadas a admissibilidade dos designados *regulamentos especiais*, categoria de regulamentos, em regra contraposta à dos *regulamentos gerais*, que identifica as normas emanadas pela Administração tendo em vista a disciplina das designadas relações especiais de Direito Administrativo, categoria essa que se deve à emergência de um tipo autónomo de regulamentos na perspectiva germânica tradicional (*Sonderverordnungen*) – *v.*, por exemplo, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 357 e ss.; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 184 e s.; MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 558; ROGMANN, *Die Bindungswirkung...*, cit., pp. 13 e s.. A especificidade destes regulamentos não reside hoje na sua natureza não jurídica (em consonância com a ultrapassagem da perspectiva tradicional das «relações especiais de poder»), mas na circunstância de o respectivo universo de destinatários se encontrar numa relação (jurídica) especial com a Administração Pública, assim como no facto de o conteúdo normativo se dirigir à disciplina do conteúdo da relação funcional estabelecida entre Administração e destinatários.

Trata-se, porém, de uma classificação que se não confunde com a anterior – regulamentos internos e regulamentos externos –, visto que os regulamentos especiais, apesar de dirigidos a sujeitos com uma especial relação com a Administração Pública, não assumem, por esse motivo, eficácia meramente interna. Salientando justamente este aspecto, cf. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 184.

¹⁹ Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 60; J. Ferreira de ALMEIDA, «Regulamento Administrativo», cit., p. 195, que, na senda de Forsthoff, se refere à pretensão imanente de duração inerente ao regulamento.

²⁰ Como anunciámos logo na Introdução, a caracterização do regulamento como acto normativo não impede alguma «turbulência» nas características regulamentares, como o demonstra a figura dos «regulamentos-medida».

²¹ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 349, que seguimos de perto.

possuir validade para todos os casos da mesma espécie, dentro do respectivo âmbito espacial e temporal de validade.

Com maior rigor, poderemos afirmar que o regulamento, como acto, é constituído por um conjunto mais ou menos heterogéneo de normas, a desempenhar funções igualmente diversas; serão estas o objecto da recusa de aplicação. A esta percepção não se mostrou alheio o legislador português quando, a nível processual, se refere, não a regulamentos (como sucede nos artigos 114.º e seguintes do CPA), mas a *normas* emanadas por pessoas colectivas de direito público (ou por sujeitos privados no exercício de poderes administrativos), ao abrigo de disposições de direito administrativo [cf. artigo 4.º, n.º 1, alíneas *b*) e *d*), do ETAF, e 72.º e seguintes do CPTA].

Esta consideração pressupõe agora a correcta intelecção de duas questões: por um lado, precisar o *conceito de norma* para este efeito; por outro lado, aferir se *todas as normas regulamentares* podem constituir objecto de recusa de aplicação.

Em primeiro lugar, o vocábulo «norma» (com origens no grego clássico e transposta para o latim) significa, etimologicamente, *esquadro* (um instrumento que fixa, para o arquitecto, a linha e o ângulo recto); é a partir deste sentido concreto que o significado vai evoluir, adquirindo uma dimensão abstracta e, como tal, ligando-se às ideias de «normalidade» e, para o que aqui releva, de «normatividade», encontrando-se, nesta última acepção, associado a um padrão destinado a disciplinar determinado(s) aspecto(s) da vida social, que constitui simultaneamente um modelo para a acção e um modelo de avaliação ou de decisão²². Sem prejuízo das inúmeras dificuldades associadas à definição²³, o conceito de norma vai aqui referenciado enquanto critério valorador da acção e, sobretudo, enquanto *critério de decisão*²⁴ – critério esse que, como sublinha Castanheira Neves, não consubstancia um *prius*, mas representa antes o resultado da respectiva projecção sobre os fundamentos que a suportam e sobre a realidade a que se reporta: “é a

²² Sobre a etimologia e as duplas definição e funções associadas à palavra «norma», cf. THIBIERGE, «Au Cœur de la Norme: Le Tracé et la Mesure», in: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 51, 2008, pp. 341 e s., e 344 e ss. (aludindo à norma quer como «modelo concreto para desenhar e/ou para medir», quer como «modelo abstracto para guiar e/ou julgar» - *Op. cit.*, p. 347); é interessante verificar, como sublinha a mesma Autora (*Op. cit.*, p. 351), que também o vocábulo «regra» (do latim *regula*) identifica etimologicamente uma régua, e, como tal, um instrumento de mediação. *V.*, já antes, AMSELEK, «Norme et Loi», in: *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 25, 1980, pp. 90 e s., referindo-se ainda à norma como instrumento para medir, avaliar e julgar (*Op. cit.*, p. 92).

²³ Cf., v. g., ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 20 e s., com amplas citações bibliográficas.

²⁴ Cf. Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 653, referindo-se à norma como “axiológico-normativo critério valorador da acção” e como “judicativo-prático critério de decisão de problemas justificadamente qualificados como juridicamente relevantes”.

solução de um certo e concreto problema normativo que tem num princípio o seu fundamento e numa determinada realidade o seu objecto intencional”²⁵.

Esta ideia permite afastar a norma de outros conceitos próximos: por um lado, a norma não equivale ao *preceito* (ou à disposição) que, em si, pode conter várias normas²⁶; por outro lado, também se não confunde com o texto, o *enunciado normativo*, porquanto este último identifica a expressão linguística da norma, sendo esta o significado daquele significante²⁷. Daí que, para dizermos com Castanheira Neves, a norma não se assume como simples proposição lógica, mas implica o “ultrapassar o seu imediato conteúdo lógico-significativo para atingir a sua intencionalidade normativa”, de modo a compreendê-la como “juízo-de-valor para uma aplicação concreta analógica” ou como “critério normativo da também normativa solução concreta”²⁸. Nesta medida, a norma encerra uma “solução de um problema normativo”, porquanto a tarefa da selecção da norma aplicável se dirige não à prescrição, mas ao problema jurídico pressuposto pela norma²⁹.

Assim, as normas (jurídicas) regulamentares – objecto da recusa de aplicação – constituem critérios de decisão, expressos em enunciados linguísticos, que compõem preceitos ou disposições impositivamente pré-disponibilizados no sistema jurídico, sob uma determinada forma, pelos órgãos da Administração Pública, no exercício da função administrativa. Claro está que a concepção da norma como critério de decisão de um

²⁵ Castanheira NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, polic., Coimbra, 1972, p. 132. Cf. também Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 651: nas expressivas palavras deste Autor, “a norma perfila-se como um eventualmente prestável critério orientador da solução jurídica de um certo problema prático concreto (*scilicet*: de um problema que tenha sido fundamentadamente qualificado como juridicamente relevante), atento(s) o(s) princípio(s) que intencionalmente a densificam”.

²⁶ Eis-nos diante de um problema igualmente versado no sistema de controlo da constitucionalidade que, entre nós, constitui um controlo *normativo*. Cf., v. g., Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., p. 80, n. 103; F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 69 e s.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 171; Rui MEDEIROS, «A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 186 e ss.. V. ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 57/95, de 16 de Fevereiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 30.º, 1995, p. 157.

²⁷ Cf. David DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 64 e ss.. V. ainda Gomes CANOTILHO, «Relatório...», cit., pp. 452 e s., reflectindo sobre a distinção entre norma jurídica e formulação da norma; distinção com uma importância não despreciable, até porque a mesma norma pode ser expressa sob formulações diversas (cf. ALEXY, *A Theory...*, cit., p. 22). AMSELEK («Norme...», cit., p. 92) encara o texto como o “veículo” ou “mensageiro” da norma, que, enquanto tal, corresponde a um “conteúdo psíquico”.

²⁸ Castanheira NEVES, *Curso (Extractos)...*, cit., pp. 136 e 137, respectivamente. Cf. também Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 509 e ss..

²⁹ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 509, *Metodologia...*, cit., p. 174, e «Interpretação Jurídica», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 341 e s.. V. ainda Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 652, n. 140, e 892 e ss..

problema normativo leva ínsita a ideia de um *continuum* entre a selecção da norma aplicável e a própria resolução do caso concreto, visto que aquela apenas emerge após a interpretação e, por conseguinte, o confronto com os fundamentos que a predicam e com a situação concreta a que se reporta: tal não representa senão uma consequência da unidade normativo-metodológica entre a «questão-de-direito em abstracto» e a «questão-de-direito em concreto»³⁰; neste sentido, a norma “só é indubitavelmente aplicável quando for adequadamente aplicada”³¹.

O segundo problema (que consiste em determinar se todas as normas regulamentares são susceptíveis de recusa de aplicação) coloca-se a propósito da distinção entre normas regulamentares imediata ou mediamente operativas. As primeiras distinguem-se das segundas pelo facto de produzirem os seus efeitos (constituindo, modificando ou extinguindo posições jurídicas substantivas ou obrigações) na esfera jurídica dos destinatários sem dependência de um acto (administrativo ou judicial) de aplicação³². Numa análise perfunctória, poderíamos ceder à tentação de negar a recusa de aplicação de normas regulamentares imediatamente operativas: se estas prescindem, *ex*

³⁰ Como é evidente, parafraseamos Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 165.

³¹ Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 167.

³² Trata-se, como se sabe, de uma noção subjacente à configuração legislativa dos meios de defesa jurisdicionais contra a invalidade dos regulamentos, como decorre do artigo 73.º do CPTA. *V.*, sobre este conceito, Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 245, n. 537; M. Esteves de OLIVEIRA, «A Impugnação e Anulação Contenciosas dos Regulamentos», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 2, ano I, Maio 1986, pp. 34 e ss.; P. Delgado ALVES, «O Novo Regime...», cit., pp. 114 e s.. *V.* a diferente proposta de Wladimir BRITO, «Impugnação de Normas: A Urgência de um Novo Paradigma Processual», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, Março/Abril 2006, pp. 60 e s., utilizando, como critério de distinção, a natureza – discricionária ou vinculada – dos poderes conferidos pela norma regulamentar, para a qualificar como imediata ou mediamente operativa: como decorre do texto, optamos pela formulação tradicional, visto que, ainda quando a norma não permita ao órgão qualquer ponderação, a mesma será mediamente operativa se a produção de efeitos na esfera dos sujeitos abrangidos pelo respectivo âmbito carecer da prática de um acto administrativo.

Cf., precursoramente, Magalhães COLLAÇO, «Anotação ao Decreto sob Consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 26 de Novembro de 1917», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, n.ºs 31-40, ano IV, 1917/1918, pp. 405 e ss., aludindo a “decisões administrativas, de carácter genérico ou regulamentar, que se repute lesivas de interesses” (p. 405) ou que “não necessitam de ser aplicadas, não necessitam de entrar em execução, por meio de decisões singulares, para produzir a ofensa de direitos, pois para tanto basta a sua publicação” (p. 407), e defendendo a respectiva impugnação judicial através do recurso directo contra disposições regulamentares (em face da existência de uma ofensa actual de direitos), num momento em que a jurisprudência do STA afirmava apodicticamente não serem as disposições genéricas matéria contenciosa.

A distinção em causa poderá revelar-se problemática quando estejamos diante de um regulamento que careça de um acto de execução, que não é da competência de entidades públicas, mas de entidades privadas – ver um exemplo desta situação no caso subjacente ao Acórdão do STA, de 08.01.2009, P. 0535/08, que, todavia, não se pronunciou sobre este aspecto. Especial interesse reveste o parecer do Ministério Público, de 05.02.2007, quando o processo ainda corria no TCA do Sul (in: <http://www.dgsi.pt/jtcampca.nsf/a10cb5082dc606f9802565f600569da6/b12cf40b191ff5fe8025728a00336cd1?OpenDocument>).

definitione, de qualquer acto administrativo de aplicação³³, também, simetricamente, em relação a elas tornar-se-ia impossível a Administração praticar um acto de desaplicação; produzindo o regulamento os seus efeitos a partir do momento em que entra em vigor, dir-se-ia que a eventual ilegalidade daquele acabaria por afectar, desde esse momento, a esfera jurídica dos destinatários, nunca se encontrando, na prática, um órgão administrativo perante o dilema de decidir um caso pela mediação deste tipo de normas ou, pelo contrário, afastar a sua aplicação³⁴.

Trata-se, porém, de um raciocínio que não colhe. Pense-se, por exemplo, numa norma regulamentar proibitiva (inválida), cuja violação implica a cominação de uma sanção por uma autoridade administrativa. Se, aquando da prática do acto sancionatório, o órgão decisor se confrontar com a invalidade da norma proibitiva (como tal, dotada de natureza imediatamente operativa³⁵), encontramos-nos diante de uma hipótese típica para a equação do problema da recusa de aplicação: trata-se de saber se o órgão pode desconsiderar a norma proibitiva, com fundamento na sua invalidade, e, nessa medida, decidir no sentido da não cominação da sanção. Ainda que o acto sancionatório se dirigisse *directamente* à execução de uma norma mediamente operativa (aquela que prevê o poder de aplicação da sanção), afigura-se-nos inegável que a decisão do caso concreto suscita, conjugadamente, a consideração de outras normas do sistema jurídico, entre as quais a norma proibitiva. Em síntese, não é a natureza imediata ou mediamente operativa da norma regulamentar que constitui o *punctum crucis* da temática do objecto da recusa de aplicação, mas antes a circunstância de a norma em causa constituir um critério de decisão para a resolução do caso concreto.

³³ Cf., v. g., Wladimir BRITO, «Impugnação...», cit., pp. 59 e s.

³⁴ O problema da relevância da natureza imediata ou mediamente operativa das normas regulamentares não é privativo da temática da recusa de aplicação de regulamentos *pela Administração*. Tal distinção serve de critério para alguma doutrina e jurisprudência italianas não admitirem a desaplicação (judicial, embora) de regulamentos *imediatamente* operativos [*i.e.*, dos “actos regulamentares prejudiciais que contêm uma volição-acção” (por oposição aos que contêm uma “volição preliminar”)], com fundamento no facto de aqueles constituírem já objecto de impugnação autónoma. Pelo contrário, as normas mediamente operativas, enquanto actos preliminares, não são impugnáveis *a se*, relevando a respectiva invalidade, em termos incidentais, no momento da apreciação da invalidade do acto de aplicação, porquanto a respectiva lesividade se apresenta como meramente eventual. Cf. Alberto ROMANO, «Osservazioni sull’Impugnativa dei Regolamenti della Pubblica Amministrazione», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. V, 1955, pp. 882 e s. (relacionando, subsequentemente, esta distinção com uma outra: a que destrinça entre acto abstracto – correspondente à volição preliminar – e acto concreto – correlativo à volição-acção); BACCARINI, «Il Consiglio di Stato Folgorato sulla Via della Disapplicazione dei Regolamenti», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. III, ano XII, Setembro 1994, pp. 571 e s.; MORBIDELLI, «La Disapplicazione dei Regolamenti nella Giurisdizione Amministrativa», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. IV, ano XV, Dezembro 1997, pp. 708 e ss. (adoptando já uma perspectiva crítica).

³⁵ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA, «A Impugnação...», cit., p. 35.

2.2. Os contornos da figura da recusa de aplicação

Equacionar o problema da recusa de aplicação de regulamentos (*rectius*, de normas regulamentares) pelos órgãos administrativos com fundamento na sua invalidade pressupõe uma adequada compreensão do que se entenda como «recusa de aplicação», quer ao nível do momento em que ocorre no quadro da vida do regulamento, quer no horizonte dos diversos fundamentos que a motivam. Como concluiremos no final deste número, o problema que nos ocupa consiste apenas numa das espécies de recusa de aplicação e, como tal, dotada de um regime específico.

2.2.1. A vigência formal da norma no ordenamento jurídico

Resulta das cogitações precedentes que apenas fará sentido uma alusão à recusa de aplicação de norma(s) regulamentar(es) pela Administração nos casos em que estas se encontrem formalmente em vigor no ordenamento jurídico; caso contrário, não existe qualquer espaço para erigir uma recusa de aplicação: o órgão não mobiliza a norma para decidir o caso concreto, porque a mesma se não encontra já no sistema jurídico. Mais do que alicerçarmos esta conclusão no princípio da legalidade (a Administração está vinculada ao direito *vigente*), a mesma surge-nos suportada por um princípio de não contradição, imprescindível num discurso jurídico que se pretenda concludente³⁶.

2.2.1.1. Recusa de aplicação, revogação, modificação, declaração de ilegalidade e suspensão administrativas

Ainda que reunidas sob a mesma epígrafe, não se ignoram as diferenças que entretecem cada uma das figuras aqui analisadas. Com efeito, se a revogação e a declaração de ilegalidade determinam a cessação de vigência (por falecer à norma por elas afectada a eficácia e a validade, respectivamente), já a suspensão implica apenas uma paralisação temporária da eficácia, ao passo que a modificação (embora a tratemos na sua associação com a revogação) pode, quando autónoma, originar o aditamento de normas a um regulamento, sem contender com a vigência das restantes.

³⁶ Cf., sobre a relevância dos esquemas operativos da lógica formal no discurso prático em geral, e no discurso jurídico em particular, Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 35; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 774 e s. (e bibliografia aí citada).

Afectando (directa ou indirectamente) todas estas figuras com a operatividade dos regulamentos (tal como sucede também com a recusa de aplicação), justifica-se o seu tratamento conjunto, destringendo a declaração de ilegalidade, que tem por fundamento a invalidade, da revogação, modificação e suspensão, que respondem a um imperativo de dinamização da ordem jurídica infra-legal, acompanhando a evolução dos interesses públicos em presença e que afectam a eficácia.

Um aspecto fundamental do confronto da desaplicação com os poderes de suspensão, modificação, revogação e declaração de ilegalidade³⁷ radica na circunstância de estes últimos, ao contrário da recusa de aplicação, se conceberem como faculdades ínsitas no poder regulamentar³⁸: o acto que modifica, suspende, revoga ou declara a ilegalidade consubstancia materialmente um regulamento. Assim, poderá afirmar-se que, nestas circunstâncias, está ainda em causa um acto de criação (político-)impositiva do direito, enquanto o fenómeno da recusa de aplicação ocorre num cenário da mobilização das normas para a realização do direito no caso concreto. Daqui decorre, desde já, uma consequência determinante no que tange ao regime jurídico destas figuras: a vigência do princípio do paralelismo das formas, a exigir que, em regra, a modificação, suspensão, revogação ou declaração de ilegalidade de regulamentos (total ou parcial) adoptem o mesmo procedimento e a mesma forma (ou forma hierarquicamente superior) seguidos na emissão do regulamento objecto daquelas actuações³⁹.

³⁷ Aludimos neste momento apenas à modificação, suspensão, revogação e declaração de ilegalidade *administrativas* de regulamentos (ou normas regulamentares), visto que apenas estas, porquanto realizadas por órgãos administrativos, são comparáveis com o fenómeno da desaplicação de regulamentos pela Administração. Sobre a possibilidade de o legislador também modificar, suspender, revogar ou anular regulamentos, cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 255. *V.*, a título meramente exemplificativo, o Decreto-Lei n.º 153/2008, de 6 de Agosto, que, *inter alia*, altera o Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro.

Por outro lado, temos em vista estas figuras enquanto actos – pelo que as concebemos como formas do exercício do poder regulamentar –, sem obliterar que as mesmas possam compreender-se também como efeitos decorrentes dos respectivos actos que consubstanciam os seus pressupostos (aludindo, *v. g.*, à distinção entre «revogação acto» e «revogação efeito» – resultante do acto de revogação –, cf., *v. g.*, GUASTINI, «In Tema...», cit., p. 3, e, entre nós, *v. Blanco de MORAIS, As Leis...*, cit., pp. 333 e ss., caracterizando a bidimensionalidade da revogação).

³⁸ Ainda que não exclusivamente: com efeito, a declaração de ilegalidade administrativa pode representar também o exercício de uma competência de *controlo*.

³⁹ Assim sucede quando a modificação, suspensão, revogação ou declaração de ilegalidade dimanarem do órgão que emitiu o regulamento. Tratando-se do respectivo superior hierárquico ou de órgão com poderes de superintendência ou de tutela compatíveis com esta competência, seguir-se-ão as regras relativas ao exercício de tais poderes (Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 255).

Parte II

A Recusa de Aplicação de Regulamentos

Enquanto mecanismos de dinamização da ordem jurídica infra-legal e do exercício do poder regulamentar, os institutos em referência conhecem uma aplicação específica no domínio do direito do urbanismo, em especial no que concerne ao regime jurídico da planificação urbanística, onde se assiste a uma «coordenação justa» ou a uma «harmonização» entre os princípios da continuidade e da mudança⁴⁰. Por este motivo, o artigo 93.º do RJIGT contempla, sob a epígrafe «dinâmica», as hipóteses de alteração, revisão e suspensão dos planos, bem como de correcção material e rectificação⁴¹. Sem a pretensão de nos debruçarmos sobre esta matéria, não poderíamos deixar de aludir a alguns aspectos que contribuem para iluminar a teoria geral do poder regulamentar, designadamente, salientando a tarefa da Administração de adequação da actividade administrativa (e, portanto, também dos regulamentos) à satisfação dos interesses públicos actuais.

A vigência dos planos encontra-se marcada pelo equilíbrio entre estabilidade do planeamento e mudança, dando corpo à «dialéctica entre protecção da confiança e interesse público», a que se refere João Miranda⁴². Estamos diante de um domínio em que avulta a preocupação de adequar os instrumentos jurídicos à realidade económico-social⁴³ a que se reportam, sem prejuízo de uma também imprescindível estabilidade, alcançada pela previsão de um prazo mínimo durante o qual os planos devem vigorar sem modificações (cf. artigos 25.º, n.º 2, da LBOTU, 95.º, n.º 1, e 98.º, n.º 2, do RJIGT). A necessidade de acompanhamento da evolução económica, social, cultural e ambiental pelos planos resulta, desde logo, do n.º 1 do artigo 25.º da LBOTU, constituindo também um dos pressupostos da alteração dos planos sem e com eficácia pluri-subjectiva [artigos 94.º, n.º 1, e 93.º, n.º 2, alínea a), do RJIGT]⁴⁴.

⁴⁰ F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 565.

⁴¹ Sobre esta matéria, cf., v. g., João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., *passim*; F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 564 e ss..

⁴² João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., pp. 71 e ss..

⁴³ É por este motivo que também Carla Amado GOMES (*Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 710 e s.) convoca o exemplo do dinamismo dos planos (enquanto forma, por excelência, do dinamismo inerente ao exercício do poder regulamentar) na sua argumentação tendente à defesa da necessidade adaptativa da actuação administrativa (qualquer que seja a forma por ela revestida) a novas circunstâncias.

⁴⁴ Sob a lupa das relações entre lei e regulamento (e das relações entre os planos, decorrentes essencialmente do princípio da hierarquia) desperta interesse um outro fundamento para a alteração dos planos. Nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 93.º do RJIGT, a alteração dos instrumentos de gestão territorial pode decorrer “da entrada em vigor de leis ou regulamentos que colidam com as respectivas disposições ou que estabeleçam servidões administrativas ou restrições de utilidade pública que afectem as mesmas”. Como salienta F. Alves CORREIA (*Manual...*, vol. I, cit., p. 575), constitui esta uma alteração de carácter obrigatório e automático, consubstanciando uma manifestação da hetero-alteração. Em termos práticos, tal significa que, a partir do momento em que o plano passe a contrariar uma lei, fica a Administração obrigada a alterá-lo.

Aliás, o n.º 3 do artigo 94.º do RJIGT prevê justamente, quanto aos instrumentos de gestão territorial desprovidos de eficácia pluri-subjectiva, que, nas situações hipotizadas, “o conteúdo dos novos planos ou regras é, com as necessárias adaptações, integrado no conteúdo dos instrumentos de gestão territorial assim alterados”. Fica, todavia, por determinar a existência de um prazo para proceder a tal alteração. Trata-se de problema que, contudo, surge solucionado no n.º 2 do artigo 97.º do RJIGT, quando esteja em causa um procedimento de alteração por adaptação [onde, nos termos da alínea a) do n.º 1, também se inclui a alteração

Ao contrário do que sucede quanto aos demais regulamentos, a legislação urbanística utiliza dois conceitos – alteração e revisão – para aludir à modificação dos planos. Não obstante as diferenças entre ambos se haverem esbatido aquando da entrada em vigor do novo regime dos instrumentos de gestão territorial (de 1999) – sem prejuízo de a doutrina já então defender a destriça, através da convocação de um critério de intensidade –, a revisão do RJIGT operada em 2007 veio prever um critério material de distinção entre os institutos (em relação aos planos municipais), baseada num critério de «intensidade ou profundidade do procedimento de reponderação ou de reapreciação»: assim, e recuperando as posições doutrinárias sobre a matéria, nos termos do n.º 3 do artigo 93.º, a revisão “implica a reconsideração e reapreciação global, com carácter estrutural ou essencial, das opções estratégicas do plano, dos princípios e objectivos do modelo territorial definido ou dos regimes de salvaguarda e valorização dos recursos e valores territoriais”; pelo contrário, a alteração envolverá algumas modificações, sem determinar uma reponderação global das regras constantes do plano e dos respectivos objectivos e, em regra, reveste carácter parcial [cf. artigo 93.º, n.º 2, alínea a), do RJIGT]⁴⁵. Destes dois institutos distinguem-se naturalmente a correcção material e a rectificação: a primeira é admissível para efeitos de acertos de cartografia determinados por incorrecções de cadastro, de transposição de escalas, de definição de limites físicos identificáveis no terreno, bem como por discrepâncias entre plantas de condicionantes e plantas de ordenamento, correcções de erros materiais, patentes e manifestos, na representação cartográfica, e correcções de regulamentos ou de plantas determinadas por incongruência

resultante da superveniente entrada em vigor de leis e regulamentos], prevendo-se que as adaptações devem estar concluídas no prazo de noventa dias.

Ainda assim, persistem algumas dúvidas sobre o real alcance destes preceitos: significarão eles que não se verifica uma situação de ilegalidade superveniente enquanto não decorrer o prazo para a alteração? O prazo deverá ser idêntico relativamente à alteração de todos os instrumentos de gestão territorial, ainda para os mais complexos? E, após o decurso de tal prazo, o plano torna-se inválido (por violação da lei)? Qual será o meio jurisdicional de reacção mais adequado contra esta situação: a declaração de ilegalidade (por o plano padecer de invalidade superveniente) ou a declaração de ilegalidade por omissão (por a lei – *in casu*, o RJIGT – prever uma obrigação da emissão de regulamento, *scilicet*, um dever de alteração de um plano)? Reflectindo sobre as relações entre planos, F. Alves CORREIA (*Manual...*, vol. I, cit. pp. 509 e s., 583 e s.) responde a algumas destas questões, entendendo, desde logo, que o prazo de noventa dias não se aplica em todas as hipóteses (devendo, para a fixação desse termo, recorrer-se a um princípio da razoabilidade); por sua vez, a circunstância de o dever de compatibilização se encontrar sujeito a um prazo de concretização constitui uma expressão do que o Autor designa como «princípio da compatibilidade diferida»; além disso, acrescenta que o decurso de tal prazo sem o cumprimento da obrigação de alteração gera a ilegalidade superveniente do plano (defendendo ainda, *de iure constituendo*, e apenas para certos casos, a suspensão automática do plano afectado). F. Alves CORREIA (*Manual...*, vol. I, cit., pp. 583 e s.) defende ainda, relativamente a este tema, que o Governo pode utilizar a faculdade contemplada na alínea a) do n.º 2 do artigo 100.º – suspensão por resolução do Conselho de Ministros –, no caso de incumprimento da obrigação de adaptação; tem sido esta, aliás, a solução seguida pelo Governo perante o incumprimento da obrigação de adaptação de um plano director municipal a um superveniente plano regional de ordenamento do território (cf. n.ºs 8 e 9 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2010, de 2 de Agosto, que aprova o Plano Regional de Ordenamento do Território do Alentejo, e n.ºs 9 e 10 da Resolução do Conselho de Ministros, de 6 de Agosto, que aprova o Plano Regional de Ordenamento do Território para a Região do Oeste e Vale do Tejo, alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2010, de 9 de Novembro).

⁴⁵ Cf., sobre esta matéria, F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 568 e ss. (avanzando o critério que seguimos no texto – v. p. 570). Cf. ainda, embora referindo-se às disposições do RJIGT anteriores à redacção de 2007, João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., pp. 218 e ss..

entre si (artigo 97.º-A, n.º 1); a segunda dirige-se à correcção de lapsos gramaticais, ortográficos, de cálculo ou de natureza análoga, assim como à correcção de erros materiais provenientes de divergências entre o acto original e o acto publicado no *Diário da República* (artigo 97.º-A, n.ºs 4 e 5)⁴⁶.

Uma outra diferença face ao regime geral dos regulamentos administrativos reside na circunstância de, no domínio das modificações dos planos, não ter de ser observado em toda a linha o princípio da equivalência do procedimento (ou, pelo menos, da observância de procedimento não menos exigente para a alteração que o seguido para a elaboração), desde logo, por se extraírem consequências da apontada distinção entre revisão e alteração e em obediência a uma ideia de flexibilização do planeamento⁴⁷. A não obrigatoriedade da observância do princípio da equivalência passa por três hipóteses autonomizadas pelo legislador, relativamente aos instrumentos de gestão territorial dotados de eficácia pluri-subjectiva: (a) a previsão de um procedimento de alteração, em regra mais simples que o previsto para a elaboração (e revisão) dos planos (cf. artigo 96.º, n.º 1, segunda parte, e n.º 2); (b) a consagração da «alteração por adaptação» (correspondente à anterior alteração sujeita a regime simplificado), procedimento de alteração caracterizado por uma maior simplicidade e celeridade relativamente ao procedimento de acompanhamento (cf. artigo 97.º)⁴⁸; (c) o estabelecimento de uma alteração simplificada (cf. artigo 97.º-B)⁴⁹.

No que respeita à suspensão, esta contende com a eficácia dos planos, correspondendo à paralisação dos respectivos efeitos. Nos termos do n.º 4 do artigo 93.º do RJGT, “a suspensão dos instrumentos de gestão territorial pode decorrer da verificação de circunstâncias excepcionais que se repercutem no ordenamento do território pondo em causa a prossecução de interesses públicos relevantes”. A especificidade mais marcante desta figura reside na circunstância de a suspensão ser, no que tange aos planos municipais (artigo 100.º, n.º 8)⁵⁰, acompanhada de medidas preventivas, com todas as virtualidades que esta solução comporta a fim de evitar «vazios planificatórios» (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 310/2003). A suspensão assume-se, porém, como uma solução excepcional, em plena consonância com o dever de ordenar o território que impende sobre o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais (inferível do n.º 4 do artigo 65.º da Constituição e expressamente contemplado pelo artigo 4.º da LBOTU), e como resulta dos pressupostos restritos sob os quais a suspensão é admissível [circunstâncias excepcionais resultantes da alteração significativa das

⁴⁶ Atente-se, porém, que, se as correcções materiais podem ser efectuadas a todo o tempo (artigo 97.º-A, n.º 2), o legislador estabelece uma diferenciação no regime das rectificações: se o instrumento de gestão territorial constituir objecto de publicação na I Série do *Diário da República*, a rectificação encontra-se submetida ao prazo de sessenta dias após a publicação do acto rectificando; se, diversamente, o instrumento de gestão territorial for publicado na II Série do *Diário da República*, admite-se a rectificação a todo o tempo (artigo 97.º-A, n.ºs 4 e 5, respectivamente).

⁴⁷ Neste sentido, João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., p. 252.

⁴⁸ Sobre este procedimento, v. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 580 e s..

⁴⁹ Sobre a alteração simplificada, cf. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 585 e s.

⁵⁰ Tal obrigação não existe relativamente aos planos especiais. Sobre esta questão, cf. as observações críticas de F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 593 e s..

perspectivas de desenvolvimento económico e social ou, para os planos especiais, da realidade ambiental determinante da sua elaboração, e, para os planos municipais, de situações de fragilidade ambiental (quando se trate de suspensão por deliberação da assembleia municipal), circunstâncias essas incompatíveis com a concretização das opções consagradas no plano; a estas causas acresce, quanto à suspensão de planos municipais por resolução do Conselho de Ministros, a ocorrência de casos excepcionais de reconhecido interesse nacional ou regional – cf. artigos 99.º, n.º 1, e 100.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e b), do RJIGT].

I. A revogação administrativa representa o *contrarius actus* da emissão de regulamentos, consubstanciando, por conseguinte, um dos modos da cessação da vigência desta forma de actuação administrativa, na medida em que se destina a pôr termo à respectiva eficácia⁵¹. Consoante tenha por objecto um diploma regulamentar (na sua totalidade) ou uma parcela do regulamento⁵² – *i. e.*, determinada(s) norma(s) regulamentar(es) –, estaremos diante de uma revogação total (*ab-rogação*) ou de uma revogação parcial (*derrogação*⁵³)⁵⁴, respectivamente.

⁵¹ Cf., v. g., PUGLIATTI, «Abrogazione», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 142.

⁵² Como salienta Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 334 e ss.), este resultado de eliminação da(s) norma(s) afectada(s) pela «revogação acto» não significa necessariamente uma «morte da lei» (ao contrário do que sucede com as hipóteses de invalidade), desde logo (e para além das hipóteses de repristinação) quando, por razões de segurança, os efeitos da(s) norma(s) revogada(s) se continuem a fazer sentir relativamente a situações constituídas no período da respectiva vigência (cf. também Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 729 e s., n. 164). O que se revela consonante com o princípio da eficácia *ex nunc* da revogação e leva GUASTINI a conceber esta figura não como dirigida à eliminação da norma revogada do ordenamento jurídico, mas como tendente à delimitação temporal da esfera de aplicabilidade da norma revogada [cf. «In Tema di Abrogazione», in: LUZZATI (org.), *L'Abrogazione delle Leggi (Un Dibattito Analitico)*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 11 e s. sobre a não retroactividade da revogação, 16 e ss., sobre a revogação como redução da esfera de aplicabilidade; em sentido próximo, v. também PUGLIATTI, «L'Abrogazione», cit., p. 153, a sublinhar que o efeito da revogação consiste em assinalar um limite cronológico à eficácia da norma revogada; diferentemente, LUZZATI, «Abrogazione e Indeterminatezza dell'Ordinamento Giuridico», in: LUZZATI (org.), *L'Abrogazione delle Leggi (Un Dibattito Analitico)*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 66 e s.].

⁵³ A derrogação em sentido próprio reporta-se às hipóteses em que o órgão-autor do acto normativo (o órgão com competência regulamentar na matéria), nessa qualidade, age sobre ele, retirando-o do ordenamento jurídico. Não obstante a verificação de uma tendencial aproximação entre os conceitos de desaplicação e derrogação, mercê também da referência ao princípio da *inderrogabilidade* singular, existe, como resulta da conceptualização elaborada pela doutrina dedicada aos conceitos e teoria geral do direito, uma diferença fundamental entre as duas noções: se a derrogação constitui uma operação do autor da norma (*rectius*, o órgão com competência para emitir a norma regulamentar), a desaplicação é efectuada pelo órgão decisor. A própria formulação do princípio da *inderrogabilidade* singular conhece esta diferença, ao acrescentar à *inderrogabilidade* o atributo «singular» – cf., também neste sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 337, n. 3.

Assimilando a derrogação à desaplicação, cf. ainda João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., pp. 229 e ss.. Existem, porém, algumas vozes dissonantes que aproximam a derrogação da dispensa: assim, v. g., Paulo OTERO (*Direito Administrativo...*, cit., p. 341; e *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 2.º tomo, polic., Lisboa, 1999, p. 217) reserva o conceito de derrogação administrativa (de quaisquer normas) para as hipóteses em que as “normas consagram uma estatuição normal para a previsão de uma determinada situação

Em regra, e porque instrumento ao serviço da dinâmica dos interesses públicos, a revogação ocorrerá sempre que o órgão conclua que as normas emanadas não se revelam, no momento actual, as mais oportunas sob o ponto de vista do mérito, as mais adequadas ao interesse público, encontrando-se, por isso, subjacentes a esta figura questões de oportunidade ou conveniência⁵⁵.

α) Se, quando se fala da cessação da vigência de um acto normativo por revogação, sói ainda distinguir-se a revogação expressa da revogação tácita (conforme o acto revogatório, *in casu*, declare explicitamente quais as normas regulamentares objecto da revogação ou da sua disciplina resulte uma incompatibilidade com normas regulamentares já existentes na ordem jurídica), o n.º 2 do artigo 119.º do CPA parece excluir a última possibilidade (revogação tácita), ao determinar que “nos regulamentos far-se-á sempre menção especificada das normas revogadas”. A *ratio* desta disposição aponta para a necessidade de tutelar os interesses da certeza e segurança que militam a favor da solução aí consagrada, a qual permite uma maior clareza na identificação das normas em vigor no

concreta, admitindo, paralelamente, que a Administração possa determinar uma solução diferente da estatuição-regra”; por outras palavras, a derrogação sucede sempre que a Administração, autorizada por uma disposição normativa de valor igual ou superior à que consagra a estatuição-regra, opta por uma solução diferente (o que designámos por derrogação, integra o Autor no conceito de «revisão»).

⁵⁴ A distinção entre ab-rogação e derrogação é habitualmente considerada a propósito da revogação de leis, tal como originalmente sucedia na passagem de MODESTINUS (*Libro Septimo Regularum*) que a contemplava (cf. D. 50, 16, 102), nos termos da qual “«Derogatur» legi aut «abrogatur». Derogatur legi, cum pars detrahitur: abrogatur legi, cum prorsus tollitur”. Como nos ensina BISCARDI («Aperçu Historique du Problème de l’Abrogatio Legis», in: *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 3.ª série, tomo XVIII, 1971, pp. 457 e s.), a *abrogatio* começou por consistir na *rogatio* através da qual era proposta ao povo a votação de uma deliberação totalmente diferente da proposta e votada anteriormente (cf. também PUGLIATTI, «Abrogazione», cit., p. 141), enquanto a *derogatio* designava a hipótese em que era proposta ao povo a votação de uma proposição parcialmente diferente de uma outra votada anteriormente. Tal origem não impede, porém, que utilizemos a mesma terminologia a propósito da cessação de outros actos normativos públicos.

V., sobre os conceitos de ab-rogação e derrogação enquanto modalidades de revogação no que respeita à extensão, v. g., Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Noções...*, cit., pp. 115 e s.; Baptista MACHADO, *Introdução...*, cit., pp. 165 e s.; Santos JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 204; Oliveira ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 303.

⁵⁵ Cf. também Paulo OTERO, *Lições...*, vol. I, 2.º tomo, cit., p. 220. Distanciamos-nos do Autor quando inclui como fundamento da revogação, pelo menos no que aos regulamentos administrativos respeita, as situações em que a norma padece de ilegalidade, porquanto lhe reservamos o conceito de declaração de ilegalidade; se, relativamente às leis, o legislador apenas pode proceder, pelos seus próprios meios, à reposição da legalidade através da revogação – mas já não através da anulação (daí que este Professor caracterize a anulação como um acto judicial, *Op. cit.*, p. 225) –, a Administração pode anular o regulamento ilegal; concedemos, porém, que a figura da revogação se perfila em alguns diplomas legislativos na veste de revogação com fundamento em ilegalidade – cf., no que tange aos actos administrativos, artigo 141.º do CPA.

ordenamento jurídico⁵⁶. São sintomáticas, a este propósito, as reflexões de Landais/Lenica⁵⁷, quando apreciam as dificuldades suscitadas pela revogação implícita (tácita): “uma revogação explícita pode criar vazios jurídicos. Mas estes são apreendidos antes que se produzam. A revogação implícita apresenta a característica inversa: não pode ser descoberta senão *a posteriori* pelo juiz, o que cria vazios jurídicos para o passado”.

Em suma, mais do que uma proibição, o n.º 2 do artigo 119.º corresponde à previsão do dever funcional dos órgãos administrativos⁵⁸ de identificarem as normas objecto de revogação, sem que, todavia, a ausência de disposições com este teor contenda com a vigência das normas do novo diploma.

Ao contrário do que sucede nos casos de revogação expressa (nominada⁵⁹) – em que são identificadas as disposições revogadas –, quando, associada à elaboração de um novo regime jurídico sobre determinada matéria, não existe qualquer disposição revogatória (revogação tácita *stricto sensu*) ou exista apenas uma disposição a determinar que se encontram revogadas “todas as disposições que com ela se revelem incompatíveis”⁶⁰, impõe-se ao órgão administrativo uma específica e ineliminável tarefa interpretativa, destinada a descobrir qual a norma em vigor para a solução do caso concreto⁶¹, sem que, todavia, o resultado final desta tarefa se confunda com uma recusa de aplicação. Sem menoscabo do disposto no n.º 2 do artigo 119.º do CPA, importa salientar que a questão ora versada não se afigura despicienda: por um lado, porque o CPA apenas

⁵⁶ Para uma análise das consequências emergentes da incerteza propiciada pela revogação tácita, quer no campo da segurança jurídica, quer no plano político-constitucional, cf. Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., pp. 342 e s..

⁵⁷ LANDAIS/LENICA, «L’Abrogation...», cit., p. 360.

⁵⁸ No mesmo sentido, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código...*, cit., p. 537, comentário VII ao artigo 119.º.

⁵⁹ Apontamos, neste momento, para a classificação de GUASTINI («In Tema...», cit., p. 7) que, no interior da revogação expressa, distingue entre «revogação nominada» e «revogação inominada» (sobre as formas de revogação tácita, tendo em conta o preceituado pelo artigo 15 das disposições introdutórias ao *Codice Civile*, cf. *Op. cit.*, p. 8; v. também PUGLIATTI, «Abrogazione», cit., p. 143; LUZZATI, «Abrogazione...», cit., p. 72; em sentido próximo, v. também o artigo 7.º, n.º 2, do nosso Código Civil). Todavia, na senda de Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., p. 339), entendemos que a revogação expressa é sempre uma revogação nominada, concebendo a revogação inominada (cf. já a seguir em texto) como uma forma de revogação tácita, na medida em que não identifica imediatamente o objecto normativo revogado (as concretas disposições revogadas).

⁶⁰ Como salienta já Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., p. 340), trata-se de uma «cláusula de estilo», “de sentido intrinsecamente redundante e cuja inutilidade operativa mostra ser por demais evidente”; na verdade, e mesmo na ausência de qualquer disposição com aquele texto, já se considerariam (tacitamente) revogadas as normas incompatíveis com a nova disciplina legal, por força do já citado princípio *lex posterior anteriori derogat*. Neste sentido, Oliveira ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 301.

⁶¹ Assim se compreende que GUASTINI («In Tema...», cit., pp. 18 e s.), não obstante incluir, na revogação expressa, a revogação inominada, considera que esta última se aproxima da revogação tácita, em virtude de esta incidir sobre *normas* (já fruto de uma interpretação), enquanto a revogação expressa (nominada) tem por objecto *disposições* (as disposições expressamente identificadas no acto revogatório).

prevê um dever funcional para o órgão com competência regulamentar de identificar as disposições revogadas, não possuindo, contudo, relevância metodológica; por outro lado, na medida em que a doutrina continue a identificar como forma da cessação da vigência de um regulamento a revogação por lei, e não estando o legislador vinculado ao n.º 2 do artigo 119.º do CPA, pode suceder que a lei venha a estabelecer uma disciplina incompatível com normas regulamentares.

O problema da chamada «revogação tácita» acaba, pois, por se identificar, com o problema da sucessão de normas no tempo, reconduzindo-se a um aspecto particular dos *conflitos de normas*⁶². Esta conclusão carece de dois esclarecimentos complementares.

Em primeiro lugar, a revogação tácita de normas regulamentares por lei não se perfila como resolúvel neste quadro: a relação de supra- e infra-ordenação que ocorre entre lei e regulamento (se quisermos adoptar uma esquemática – e, por isso, necessariamente restritiva – visão piramidal das «fontes de direito») lança esta questão para o terreno da distinção entre revogação e invalidade superveniente do regulamento⁶³.

Em segundo lugar, quanto à revogação de normas regulamentares por um regulamento que, estabelecendo embora uma disciplina divergente da constante de

⁶² Considerando a revogação tácita como um instrumento para evitar antinomias, v. Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., p. 342. O *Conseil d'Etat* (através dos *Arrêts* «Boisvert», de 21.11.2005, e «Syndicat national des huissiers de justice», de 16.12. 2005), pondo termo à indeterminação conceitual que caracterizava a sua jurisprudência sobre a matéria, esclareceu que existe uma revogação implícita quando o conteúdo de uma norma é inconciliável com o da norma posterior – cf., para uma análise destes arestos, LANDAIS/LENICA, «L'Abrogation...», cit., p. 358.

⁶³ Não ignoramos que a revogação de um regulamento pode ser efectuada por acto legislativo, o qual, porque dotado de força jurídica superior e desde que não atente contra as autonomias constitucionalmente consagradas, pode influenciar a vigência de uma fonte normativa inferior (cf. também Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 255; este Autor ainda considera estar diante de uma revogação tácita do regulamento quando a lei regulamentada for revogada ou substancialmente alterada, situação a que aludiremos, porém, no âmbito da caducidade – *Op. cit.*, p. 256). Em sentido idêntico se inclina o *Conseil d'Etat* – v. LANDAIS/LENICA, «L'Abrogation Implicite dans la Jurisprudence Récente du Conseil d'Etat», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 7, Fevereiro 2006, p. 357.

Repare-se, porém, que o fenómeno da revogação de regulamentos por actos legislativos não recebe uma resposta uniforme da doutrina, afigurando-se contestável o funcionamento do critério da cronologia (*lex posterior*) em caso de conflito entre um regulamento e uma lei posterior, porquanto tal critério pressupõe que as normas envolvidas sejam qualitativamente equivalentes, quanto ao núcleo produtor e quanto ao valor, não operando nas relações entre normas provenientes de fontes diversas ou com valor diverso – nestes termos, v. Joaquim ROCHA, *Constituição...*, cit., pp. 304, 349 e s..

Além disso, a consideração da hipótese de revogação de uma norma regulamentar por uma norma legal assume, porém, uma ressonância insuspeita no quadro do problema que nos ocupa: como voltaremos a salientar *infra* (cf. Parte III, 3.4.2.2.), quando a superveniência de uma norma legal incompatível com uma norma regulamentar não torna esta última inválida, antes a revoga, não há lugar a qualquer referência a uma recusa de aplicação da norma regulamentar com fundamento da sua invalidade; o decidente não a mobilizará para a resolução do caso concreto, porque já se não encontra formalmente no ordenamento jurídico. Cf., com uma argumentação similar, MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., p. 697, louvando-se na jurisprudência do *Consiglio di Stato*.

regulamentos anteriores, não identifica, como exige (por razões de certeza e segurança jurídica) o n.º 2 do artigo 119.º do CPA, quais as disposições revogadas⁶⁴ –, parece-nos inegável que a descoberta de uma norma de decisão não prescinde de uma actividade interpretativa. E, como resultado desta última, pode o intérprete chegar à conclusão de que a norma emergente da disposição *prima facie* aplicável⁶⁵ à situação decidenda se não encontra já em vigor, porque incompatível com uma disciplina jurídica decorrente de um regulamento posterior. Neste caso, e – para salvaguardar um conteúdo útil ao disposto no n.º 2 do artigo 119.º do CPA – desde que não fique ferido de forma irreversível o princípio da protecção da confiança⁶⁶, o órgão decisor terá de afastar a primeira norma, sem que daí decorra que estejamos diante de uma recusa de aplicação no sentido que lhe pretendemos conferir. Com efeito, na hipótese em análise, a norma apenas é afastada por se não encontrar já *formalmente* em vigor no ordenamento jurídico⁶⁷, ainda que esta conclusão apenas se logre atingir no final de uma actividade interpretativa; aliás, o facto de o regulamento posterior não individualizar as normas revogadas não significa que, por força deste acto, as mesmas não tenham sido retiradas prescritivo-impositivamente da ordem jurídica. A efectiva existência do *animus abrogandi* assume, neste momento, uma relevância capital, enquanto pressuposto necessário da revogação, visto que apenas a respectiva verificação demonstra a presença de uma «vontade do regulamento» no sentido da cessação da vigência da(s) norma(s) anterior(es)⁶⁸.

⁶⁴ E já concluímos também que, não obstante o incumprimento desta exigência, a circunstância de o regulamento não indicar as normas revogadas não impede que, por força do princípio da unidade do sistema jurídico, possam subsistir as disposições anteriores incompatíveis com as que foram emanadas posteriormente.

⁶⁵ Sobre o critério da «norma aplicável», v. Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 274 e s..

⁶⁶ Embora o legislador do CPA pareça ter privilegiado os valores da certeza e da segurança, a preocupação com a unidade do sistema jurídico conduz à vigência das novas normas que prevalecem sobre as primeiras. Assim, em caso de conflito deverá o intérprete seguir o cânone *lex posterior priori derogat* e aplicar ao caso concreto a norma posterior, desde que tal não vulnere a confiança dos cidadãos: com efeito, a conjugação dos imperativos da segurança e da certeza constitutivos da *ratio* do n.º 2 do artigo 119.º determina que a unidade e coerência do sistema jurídico não poderão possuir um alcance tal, que elimine, por completo, a segurança e a certeza (esvaziando praticamente o conteúdo da norma), o que implica a observância do princípio da protecção da confiança dos cidadãos, a postular uma atenção especial à matéria sobre que versam as normas (nomeadamente, se das normas anteriores resultavam direitos ou consequências positivas para a esfera jurídica dos particulares, agora eliminados ou reduzidos à luz dos novos normativos) e às circunstâncias do caso concreto.

⁶⁷ Considerando que uma norma objecto de revogação tácita se não encontra formalmente no ordenamento jurídico, cf. Fernando José BRONZE, *Lições...*, p. 729 e, na mesma p., n. 164.

⁶⁸ Parafraseamos Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., p. 356) que, ao referir-se ao *animus abrogandi* como pressuposto da revogação, assinala que esta última depende de uma «vontade da lei», não podendo o decisor legislativo renunciar ao seu poder (legislativo) primário a favor do intérprete (que corresponde a

Por outras palavras, as normas tacitamente revogadas foram retiradas *formal* embora *não expressamente* da ordem jurídica, na medida em que lhes sobreveio um acto que estabeleceu uma disciplina diversa ou incompatível com a que consagravam – neste sentido, o n.º 2 artigo 7.º do Código Civil determina, como forma de cessação formal da vigência da lei (extensível a outros actos normativos), a revogação resultante da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes, assim como da circunstância de a nova lei (*hoc sensu*, acto normativo) regular toda a matéria da lei anterior. Ora, a noção de recusa de aplicação pressupõe que a norma afastada da resolução do caso concreto se encontre ainda formalmente em vigor, *scilicet*, não tenha constituído objecto (de forma directa, como na revogação expressa, ou de forma indirecta, como na revogação tácita) de um acto destinado a retirá-la do ordenamento jurídico.

β) Em matéria de revogação vigora o *princípio da livre revogabilidade* dos regulamentos que mais não constitui, no fundo, que o reverso do princípio da inderrogabilidade singular. Como acentuámos, a força jurídica vinculativa própria do regulamento apenas opera enquanto este estiver em vigor: se os órgãos administrativos (incluindo o autor do regulamento e os demais órgãos com competência regulamentar) estão, em princípio, adstritos à observância das normas regulamentares, não as podendo afastar na solução de cada caso concreto (no momento da aplicação), já o órgão com competência regulamentar (e, em especial, o seu autor) pode retirar, por via geral e abstracta, todo o regulamento ou algumas das suas normas da ordem jurídica. Sem desmerecer os fundamentos avançados para sustentar a validade do princípio da inderrogabilidade singular (princípios da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica), o problema agora não respeita à aplicação do regulamento, mas corresponde antes ao exercício da competência regulamentar: como afirmámos logo no início deste número, o poder de revogar consubstancia ainda uma forma do exercício do poder regulamentar. Por esse motivo, não existe um direito dos particulares à manutenção de um regulamento (ou de uma norma regulamentar), ainda que lhes seja favorável, não se podendo invocar contra tal revogação o princípio da confiança legítima⁶⁹.

órgãos titulares de poderes subordinados). No plano em que nos movemos, esta observação articula-se com a ideia de que a revogação integra o exercício do poder regulamentar.

⁶⁹ Assim o entende o *Conseil d'Etat* desde o *Arrêt* «Syndicat National de la Meunerie à Seigle», de 25.06.1954, in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1961, p. 74.

Todavia, a estreita cumplicidade decorrente das relações entre regulamento e lei implica que, não obstante a abertura proporcionada pelo princípio da livre revogabilidade, as possibilidades contempladas por estas figuras se encontrem limitadas. Assim, o n.º 1 do artigo 119.º do CPA determina que “os regulamentos necessários à execução das leis em vigor não podem ser objecto de revogação global sem que a matéria seja simultaneamente objecto de nova regulamentação”. Da simples leitura desta norma ressalta de imediato o reconhecimento pelo legislador das diferentes funções desempenhadas pelo regulamento, diferenciando claramente as hipóteses em que estes actos se concebem numa articulação muito estreita com o legislador, das situações em que o regulamento é responsável pela delimitação de uma disciplina jurídica.

A primeira questão suscitada por este preceito prende-se com o tipo de regulamentos impossibilitados de revogação global. Atente-se que, quanto a este aspecto, se afigura de capital importância o confronto com um lugar paralelo – a norma constante do n.º 1 do artigo 77.º do CPTA⁷⁰ –, à qual está inerente uma das *rationes* do preceito em análise: realçando a função de instrumento actuante de um regime jurídico legalmente definido, procura-se evitar que, em ambos os casos⁷¹, o órgão com competência regulamentar se volva num “senhor” da vigência (efectiva) de uma determinada lei ou normas legais. Hão-de estar, por isso, em causa não apenas ou necessariamente os designados regulamentos executivos, mas todos aqueles cuja ausência determine uma impossibilidade de execução (total ou parcial) da lei, independentemente de a respectiva emissão estar ou não expressamente imposta no acto legislativo que regulamentam. O que significa que, quando sobre a Administração impende um dever de regulamentar (um dever de emissão de regulamentos), os regulamentos emanados em cumprimento do mesmo só podem constituir objecto de revogação por substituição. Daí que, quando consideradas as consequências emergentes de uma revogação de um “regulamento necessário à execução da lei” desacompanhada da emissão simultânea de nova norma regulamentar, se

⁷⁰ Cf. o que dissemos a propósito desta mesma norma no Parte I, 3.1..

⁷¹ Embora em momentos diferentes: enquanto o n.º 1 do artigo 77.º do CPTA se reporta a situações em que a Administração ainda não emanou o regulamento, subjacente ao n.º 1 do artigo 119.º encontra-se a hipótese em que o órgão administrativo já emitiu o regulamento (conferindo operatividade à lei), mas agora pretende eliminá-lo do ordenamento jurídico (retirando-lhe, não fora a proibição, a operatividade já alcançada pela lei). A circunstância de as normas agirem relativamente a momentos diversos permite ainda alcançar por que motivo existe ainda uma outra *ratio* (para além da referida no texto, comum ao n.º 1 do artigo 77.º do CPTA) determinante do preceito em análise: a necessidade de evitar a criação de um vazio jurídico onde ele não existe (em sentido idêntico, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/ Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 535, articulando com os imperativos da unidade e coerência do sistema jurídico).

entenda, em vista da *ratio* emergente do n.º 1 do artigo 119.º – evitar um vazio no sistema jurídico –, que o *regulamento revogatório só produz efeitos aquando da emanção das normas destinadas a conferir operatividade à lei*^{72 73}. Assim, o afastamento, na decisão de um caso concreto, de qualquer norma regulamentar cuja vigência seja afectada por aquele regulamento revogatório apresenta-se como uma recusa de aplicação e encontra-se submetida ao respectivo regime jurídico desta última.

II. A revogação surge, em regra, associada à modificação. Sem prejuízo de esta última poder existir autonomamente – correspondendo à emissão de normas regulamentares destinadas a introduzir aditamentos –, a verdade é que, com maior frequência, os regulamentos que introduzem alterações noutros regulamentos fazem mais que acrescentar aditamentos ou complementar, mas revogam igualmente algumas normas incompatíveis com as normas aditadas (revogação por substituição). Neste âmbito vigora, em termos similares ao que sucede com o princípio da livre revogabilidade, um *princípio de livre modificabilidade*, que dá corpo também no exercício do poder regulamentar, ao *ius variandi* da Administração⁷⁴, *rectius*, ao poder-dever da Administração de, dentro do

⁷² Assim, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 536.

Uma aplicação interessante desta posição pode encontrar-se ao nível dos planos urbanísticos exigidos por lei, não se podendo revogar senão por substituição um plano municipal de ordenamento do território, sob pena de a área por ele abrangida ficar, de repente, sem qualquer regulamentação – cf. F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., p. 224, e *Manual...*, vol. I, cit., p. 601; Fernanda Paula OLIVEIRA, «Reflexão sobre Algumas Questões Práticas no Âmbito do Direito do Urbanismo», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. comemorativo, 2003, p. 939.

⁷³ Resta saber se não poderemos ir mais longe, admitindo também a vigência de norma similar quando esteja em causa uma revogação parcial, mas que, por força das normas que elimina, se revela susceptível de afectar da mesma forma a efectiva vigência de uma lei e, nessa medida, o cumprimento do dever de emissão de regulamentos. Neste cenário, parece-nos também de defender a necessidade de uma revogação por substituição, verificando-se no caso presente a mesma *ratio* que presidiu ao n.º 1 do artigo 119.º.

⁷⁴ Identificando já o *ius variandi* com o poder de modificação unilateral da Administração, não apenas aplicável no domínio da contratação pública, mas extensível à restante actividade administrativa, em especial, ao exercício do poder regulamentar, cf. João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., p. 210 (v. n. 517).

A relevância da convocação desta figura para a matéria em análise permite equacionar o problema de saber se a modificação de regulamentos pode importar responsabilidade da Administração, sempre que ofenda expectativas dos interessados. O princípio da livre modificabilidade parece opor-se a esta ideia, salvo nos casos em que o próprio regulamento estava, durante um lapso temporal, resguardado em termos de modificação – eis o que sucede, v. g., com os planos municipais e os planos especiais de ordenamento do território que, nos termos do n.º 1 do artigo 95.º do RJIGT, só podem, em princípio, ser objecto de alteração decorridos três anos após a respectiva entrada em vigor; em sentido idêntico, o n.º 2 do artigo 98.º do RJIGT determina que, em certas hipóteses, a revisão de tais planos também apenas pode ocorrer decorridos três anos sobre a sua entrada em vigor (sublinhando esta vocação de tendencial estabilidade dos planos, referindo-se ainda a um «princípio de duração mínima», cf. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 564); atente-se, porém, que dos n.ºs 3 e 5 do artigo 143.º do RJIGT decorre a indemnizabilidade, durante cinco anos (e não

quadro da legalidade (juridicidade), desenvolver o seu poder normativo de forma a prosseguir os interesses públicos actuais. Assim se compreende que, em França, o *Conseil d'Etat* admita, desde o *Arrêt* «Despujol»⁷⁵, que, nas hipóteses de alteração das circunstâncias de facto subjacentes à emissão do regulamento, podem os interessados solicitar ao órgão emissor a sua modificação (ou revogação). Como salienta a doutrina francesa⁷⁶, trata-se da transposição para o plano dos regulamentos da cláusula *rebus sic stantibus*, a implicar concomitantemente a vigência de um princípio de adaptação dos regulamentos às circunstâncias. Após algumas hesitações, a aplicação da teoria da imprevisão neste âmbito levou o *Conseil d'Etat* a precisar que a alteração das circunstâncias relevante para este efeito teria de importar, sempre que estivesse em causa uma matéria económica, um *bouleversement* da situação de facto não previsível pelo autor da norma e susceptível de retirar o fundamento à mesma^{77 78}. Parece-nos, de qualquer forma, que, da banda da Administração, o princípio da prossecução do interesse público obrigará a uma modificação dos regulamentos sempre que estes, por força de uma

apenas três) dos danos resultantes da confiança depositada na manutenção da vigência das normas constantes do plano (questionando a previsão de um prazo de cinco anos, cf. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 790, n. 62).

⁷⁵ *Arrêt* de 10.01.1930, in: LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLLE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 260 e ss.. De acordo com este *Arrêt*, solicitando os interessados ao órgão competente a modificação ou ab-rogação do regulamento e respondendo a Administração negativamente, poderiam aqueles, através do *recours pour excès de pouvoir*, impugnar judicialmente esta decisão. Cf. ainda o que diremos *infra*, sobre a jurisprudência francesa em matéria de revogação (*ab-rogation*) dos regulamentos com fundamento em invalidade.

⁷⁶ Cf. LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLLE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., p. 263.

⁷⁷ Cf. *Arrêt* «Simonnet», de 10.01.1964 (in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano 70, 1964, pp. 194 e s.). Como nota WALINE («L'Effet du Changement des Circonstances sur la Validité des Actes Administratifs», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano 70, 1964, p. 455), da jurisprudência administrativa nesta matéria decorre que à questão de saber se, embora não havendo atacado um *acte administratif* aquando da sua emanação, por este não padecer de qualquer vício, o particular pode contestar a respectiva validade, em virtude de, entretanto, a lei ter sofrido uma alteração que o torna supervenientemente ilegal, o *Conseil d'Etat* responde: “solicite ao autor do acto (ou ao seu sucessor) que o ab-rogue e, se não obtiver satisfação, ataque esta decisão de recusa. Através deste desvio procedimental, engenhoso e pouco complicado, o prazo de recurso encontrar-se-á praticamente reaberto”; o que, de acordo com o mesmo Autor, o *Arrêt* «Simonnet» traz de novo reside em facultar aos sujeitos económicos a possibilidade de requerer aos poderes públicos a reconsideração das suas decisões em função da evolução do circunstancialismo económico (*Op. cit.*, p. 457).

⁷⁸ Mais tarde, o *Arrêt* «Compagnie Alitalia», de 03.02.1989, vem expressamente entender que a alteração das circunstâncias de facto pode conduzir à ilegalidade do regulamento, impondo à autoridade competente, também nesta hipótese (e não apenas, como se pretendia no caso subjacente à decisão), a ab-rogação do regulamento ilegal, a partir do momento em que requerida pelo(s) interessado(s). Cf. o texto do *Arrêt* em LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLLE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 738 e ss..

alteração superveniente das circunstâncias de facto, se mostrem desadequados à realidade que visam disciplinar⁷⁹.

III. A anulação administrativa, a revogação com fundamento em ilegalidade⁸⁰, ou, como preferimos, por referência ao meio contencioso homólogo, a declaração administrativa da ilegalidade de regulamentos ou normas regulamentares orienta-se menos por um ditame de dinamização da ordem jurídica, que por um imperativo de unidade do sistema jurídico e tutela da legalidade administrativa. Com efeito, o fundamento desta figura radica na ilegalidade de um regulamento ou de uma norma regulamentar, assenta num desvalor do acto – o que está ausente na revogação.

Tendo a invalidade da norma como fundamento e destinando-se a eliminar do ordenamento jurídico todo o diploma ou apenas alguma(s) da(s) sua(s) norma(s), esta declaração de ilegalidade surge identificada como uma forma da cessação da vigência dos regulamentos, o que nos permite distanciá-la da figura da recusa de aplicação que não afecta, por si, a subsistência das normas no sistema jurídico.

Embora assimilada por alguma doutrina à revogação, a autonomização da anulação em face da revogação não constitui uma mera destrinça dogmática, mas possui, em nossa opinião, relevância prática, em sede de regime jurídico aplicável. Alicerçado o fundamento

⁷⁹ Em sentido diverso, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 254. Concordamos, porém, com este Professor quanto ao facto de não ser o requerimento de um interessado no sentido da modificação ou revogação de um regulamento por força da alteração das circunstâncias de facto determinantes da sua emissão que constitui a Administração (como parece estar subjacente à jurisprudência francesa) no dever de modificar ou revogar o regulamento, o qual resulta, como decorre do texto, do princípio da prossecução do interesse público actual pela Administração. Neste sentido, dir-se-á também com aquele Autor que “a modificação, suspensão e revogação dos regulamentos constituem um *direito do órgão competente*” (itálico nosso).

Questão diversa consistirá em saber se um interessado na modificação ou revogação do regulamento poderá recorrer à Justiça Administrativa para obter tal efeito. Atente-se que, em França, o objectivo da jurisprudência «Despujol» vai neste sentido, ao permitir o recurso do indeferimento da pretensão dirigida à modificação ou revogação. A abertura proporcionada pela experiência francesa nesta matéria revela-se mais aparente que real: não só porque amplia àquela possibilidade as situações de alteração das circunstâncias de direito (que implicam uma ilegalidade superveniente do acto), como reconduz muitas das hipóteses de alteração das circunstâncias de facto a uma violação (superveniente) do princípio da proporcionalidade (cf. os exemplos relacionados com regulamentos de polícia restritivos de direitos fundamentais, que, face à alteração das circunstâncias, prevêm medidas que se tornam desnecessárias referidos em LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., p. 264), o que nos encaminha de novo para uma questão de invalidade e, por conseguinte, da figura declaração administrativa de ilegalidade. Ora, tratando-se de um problema de ilegalidade (ainda que superveniente), existem também entre nós mecanismos ao dispor dos particulares para alcançar a eliminação dos regulamentos viciados do ordenamento jurídico, cujo exercício, por não depender de prazo (como sucede com o *recours pour excès de pouvoir*) não implica os problemas assinalados no direito francês. Cf., *infra*, em texto, ponto IV.

⁸⁰ Para aludir à distinção entre a revogação e a anulação de regulamentos refere-se alguma doutrina à revogação por demérito e revogação por ilegalidade – cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 535. V. ainda o que dissemos *supra*, em nota.

da anulação de regulamentos na ilegalidade, não pode, relativamente a este instituto, valer o princípio da livre revogabilidade: obviamente, o órgão competente só poderá anular o regulamento se este for ilegal.

Todavia, as consequências vão para além desta constatação mais ou menos óbvia e respeitam, desde logo, à projecção da respectiva eficácia: enquanto a revogação possui efeitos prospectivos, a anulação opera *ex tunc*⁸¹, produzindo efeitos desde a entrada em vigor do regulamento (ou, nos casos de invalidade superveniente⁸², desde o momento em que o regulamento se tornou inválido). Apenas esta solução se revela consonante com o fundamento da anulação de regulamentos (a invalidade), viabilizando uma autêntica autonomização da figura face à da revogação. Resta saber se esta eficácia retroactiva é total, implicando a destruição dos efeitos dos actos administrativos consolidados praticados à sua sombra. Se se afiguram evidentes as conexões que esta questão apresenta com o princípio da segurança jurídica (em especial, da óptica da estabilidade do acto administrativo), o problema emerge, sobretudo, quando se atentam nos efeitos da declaração com força obrigatória geral, enquanto decisão judicial destinada a eliminar do ordenamento jurídico norma(s) administrativa(s), com fundamento na respectiva invalidade: nos termos do n.º 3 do artigo 76.º do CPTA, a retroactividade da declaração de ilegalidade não afecta os actos administrativos que, entretanto, se tenham tornado inimpugnáveis⁸³. Sem prejuízo das críticas desferíveis quanto a esta opção do legislador

⁸¹ Neste sentido, já se havia pronunciado Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 254, reportando-se à anulação de regulamentos “com eficácia *ab initio*”.

Não tem sido, porém, este o entendimento da jurisprudência: cf., v. g., Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03.11.2004, P. 678/04, de acordo com o qual a revogação, ainda quando fundada em ilegalidade (e consagrando o regulamento revogatório um regime mais favorável aos particulares), não produz, em princípio, efeitos retroactivos – conclusão que estribava na regra da eficácia *ex nunc* da declaração de ilegalidade de normas, prevista no artigo 11.º da LPTA, ficando, todavia, na discricionariedade da Administração a possibilidade de, ponderados os interesses em presença, atribuir efeitos retroactivos, de forma a afectar (ou não) situações jurídicas consolidadas na ordem jurídica como casos decididos. Actualmente, os efeitos retroactivos conferidos à declaração de ilegalidade pelo artigo 76.º do CPTA já apontarão para a solução inversa.

Não se verificam, no nosso ordenamento, problemas similares aos que se formularam na jurisprudência francesa. Tendo em conta que os regulamentos constituem objecto de impugnação contenciosa através do *recours pour excès de pouvoir*, cuja interposição se encontra sujeita a prazo, entendia-se que, quando o mesmo ainda não houvesse decorrido, estava em causa uma verdadeira anulação (administrativa) do regulamento que, como tal, importava um efeito retroactivo; diversamente, se o regulamento fosse inopugnável, a Administração podia revogá-lo com fundamento em invalidade, mas a eficácia deste acto assumia natureza meramente prospectiva. Cf. CHAPUS, *Droit...*, cit., pp. 689 e s..

⁸² Sobre as potenciais dificuldades da determinação dos casos de invalidade superveniente de normas regulamentares, cf., *infra*, Parte III, 2.4..

⁸³ Este preceito salvaguarda ainda os casos julgados. Trata-se, porém, de questão que, da perspectiva da anulação administrativa de regulamentos, nem se coloca, pois que, sob pena de violação do princípio da

ordinário, entendemos que, enquanto o regime da declaração jurisdicional de ilegalidade impuser a salvaguarda dos casos decididos, não se admitirá que a declaração administrativa de ilegalidade possua efeitos mais extensos, pelo menos como regra. Questão diversa consiste em determinar se, à semelhança do que sucede com os tribunais (cf. artigo 76.º, n.º 2, do CPTA), pode o órgão com competência anulatória restringir a eficácia da anulação administrativa, em termos, *v. g.*, de prever efeitos meramente prospectivos. Não nos parece existir qualquer obstáculo, de princípio, a esta possibilidade; de qualquer modo, tratar-se-á sempre de uma decisão (autónoma), totalmente vinculada e, como tal, susceptível de reexame pelos tribunais administrativos⁸⁴.

A distinção entre as figuras determina que não vigore para a anulação de regulamentos o n.º 1 do artigo 119.º do CPA⁸⁵. À necessidade de não deixar a operatividade da lei na dependência da Administração opõe-se agora a consideração de que um regulamento inválido (por se encontrar ferido de inconstitucionalidade ou ilegalidade) não realiza verdadeiramente a sua função de instrumento actuante de uma disciplina legal, com a qual se pode mesmo revelar incompatível; por outro lado, numa ponderação entre a existência de um vazio regulamentar e a manutenção de um regulamento ou norma regulamentar inválidos (sobretudo quando ofensiva de direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos), o valor da juridicidade da acção administrativa aponta no último sentido; por fim, encontram-se os regulamentos inválidos sempre sujeitos à possibilidade de contra eles se intentar uma acção de declaração judicial de ilegalidade (ou inconstitucionalidade) com força obrigatória geral, entre cujos pressupostos não se inclui (nem se poderia incluir) a simultaneidade entre esta declaração e a emissão de novo regulamento. Todavia, o entendimento segundo o qual não é de estender à anulação o disposto no n.º 1 do artigo 119.º não preclui o dever que a Administração tem de emitir novo regulamento, sempre que tal se revele necessário à operatividade de determinada lei; por outras palavras, com a anulação do regulamento renasce o dever de regulamentar (*ab*

separação de poderes, à Administração não se consente que, através de qualquer actuação, afecte as decisões judiciais transitadas em julgado.

⁸⁴ Não obstante a restrição de efeitos envolver também a ponderação de razões de interesse público (como decorre, aliás, da letra do n.º 2 do artigo 76.º), a ausência de discricionariedade neste domínio decorre do facto de o legislador expressamente atribuir aos tribunais idênticos poderes (para uma densificação das “razões de interesse público de excepcional relevo”, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 454, anotação VII ao artigo 76.º). Não olvidemos que, no fundo, estamos a propugnar uma extensão, relativamente à Administração, de poderes pensados, *ab origine*, para os órgãos judiciais.

⁸⁵ Em sentido diverso, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 535.

initio emergente da lei), cujo incumprimento pode, no limite, conduzir a uma declaração de ilegalidade por omissão⁸⁶.

O problema a colocar assume justamente os contornos opostos, impondo-se aquilatar em que medida existe um dever de a Administração declarar a ilegalidade de um regulamento. Eis-nos diante de uma temática que já constituiu objecto de abordagem pelo legislador em sistemas jurídicos paralelos ao nosso: assim, *v. g.*, em França, na senda de posição já adoptada pelo *Conseil d'Etat*, o artigo 16-A da *Loi* n.º 2000-321, de 12 de Abril de 2000, relativa aos direitos dos cidadãos, nas suas relações com as administrações (introduzido pela *Loi* n.º 2007-1787, de 20 de Dezembro de 2007) determina que “a autoridade administrativa deve, oficiosamente ou a pedido de uma pessoa interessada, revogar (*abroger*) expressamente todo o regulamentos ilegal ou sem objecto, quer esta situação exista desde a publicação do regulamento, quer resulte de circunstâncias de direito ou de facto posteriores a esta data”⁸⁷. Também em Espanha, a partir do prescrito no n.º 2 do artigo 102 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, retira-se um dever de a Administração declarar a nulidade das *disposiciones administrativas*, a partir do momento em que os órgãos competentes tenham conhecimento do vício⁸⁸. Embora se encontrem ausentes do nosso sistema jurídico disposições das quais decorra, explícita ou implicitamente, uma obrigação de eliminar as normas regulamentares inválidas, poder-se-á defender solução idêntica, alicerçando-a no

⁸⁶ Além disso, não nos parece totalmente indefensável uma solução que aproxime a disciplina da anulação com o regime jurídico das consequências da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (artigo 76.º do CPTA) no que tange à repristinação. Aliás, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 536), em princípio contrários à repristinação, admitem, *v. g.*, que se repristina um regulamento (R1) anteriormente anulado (R2), quando este último tenha sido objecto de anulação (R3) com fundamento na legalidade do primeiro (R1).

⁸⁷ Trata-se de uma questão que já vinha sendo tematizada pela jurisprudência francesa, desde o citado *Arrêt «Compagnie Alitalia»*, de 03.02.1989. Neste aresto, o *Conseil d'Etat* entendeu que, recebendo um requerimento, formulado por um interessado, para a ab-rogação de um regulamento ilegal, a autoridade competente deve deferi-lo, quer o regulamento seja ilegal desde a sua emissão, quer a ilegalidade resulte de circunstâncias de direito ou de facto posteriores. Decisões ulteriores especificaram que, depois de ter conhecimento da invalidade, a Administração, caso se abstenha de ab-rogar o regulamento, responde perante os interessados prejudicados pela invalidade, ainda quando estes não tenham solicitado a ab-rogação. Sobre esta matéria, cf. CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, pp. 690 e ss..

⁸⁸ Sistemáticamente integrado no capítulo dedicado à “Revisão de ofício”, o n.º 2 do artigo 102 prescreve: “em qualquer momento, as Administrações públicas oficiosamente, com prévio parecer favorável do *Consejo de Estado* ou de órgão consultivo equivalente da Comunidade Autónoma, se existir, poderão declarar a nulidade das disposições administrativas, nos termos previstos no artigo 62.2”, *i.e.*, quando violarem a Constituição, a lei ou outras disposições administrativas hierarquicamente superiores, bem com nos casos em que incidam sobre matéria reservada à lei ou estabeleçam a retroactividade de normas sancionatórias desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais. Sobre o dever de declaração oficiosa da nulidade (não obstante a letra da lei utilizar o vocábulo «poderão»), cf. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 231; MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 412 e ss..

princípio da juridicidade e no correspectivo dever de auto-controlo da acção administrativa; defender uma posição contrária – colocando na discricionariedade dos órgãos competentes o poder de declarar ou não a ilegalidade de um regulamento inválido – implicaria um atentado ao princípio do Estado de direito⁸⁹.

Apesar da destrinça efectuada em termos mais ou menos nítidos entre a declaração administrativa da ilegalidade e a recusa de aplicação, não ignoramos, porém, que, tendo em conta o fundamento de ambas, elas apresentam em termos problemáticos, grandes paralelismos. Por um lado, suscita-se a questão de saber se o reconhecimento do poder administrativo de declarar a ilegalidade de um regulamento encerra igualmente o poder de apreciar a inconstitucionalidade, implicando, também neste plano, embora noutros termos, a formulação do problema do acesso directo à Constituição por parte da Administração.

⁸⁹ Neste sentido, também Paulo OTERO (*Direito Administrativo...*, cit., p. 408) já identifica esta hipótese (revogação de regulamento ilegal) como um caso de «revogação obrigatória».

Trata-se de problema análogo ao da existência de um dever de anulação/declaração de nulidade de actos administrativos ilegais.

O reconhecimento do dever de revogação de actos ilegais foi inicialmente votado a alguma controvérsia. Recusando a existência de um dever de revogação de actos ilegais, afirmando constituir a revogação de um acto praticado no exercício de poderes discricionários, cf. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 456 e ss. (princiando por sublinhar a diferença entre julgar e administrar, o Autor defende a necessidade da existência de um certo interesse público na anulação, interesse esse idêntico ao do acto anulando, mas que cuja dimensão pode não corresponder àquela que existia no momento da prática desse acto, a pressupor a sua avaliação pelo órgão com poder de revogação); Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., vol. I, pp. 544 e s. (partindo do pressuposto que o decurso do prazo de recurso contencioso sana o vício, para concluir pela inexistência de um dever de revogação e pela conseqüente não afectação do princípio da legalidade).

Contudo, a tendência actual da doutrina portuguesa vai no sentido do reconhecimento deste dever, entendendo que apenas ele assegura a integral subordinação da Administração à juridicidade, admitindo-se a emergência de tal obrigação, temperada, nalguns casos, pelo princípio da proporcionalidade; quer dizer, a anulação/declaração de nulidade de actos administrativos inválidos só constitui um dever quando o vício que os afecta não se revelar susceptível de eliminação mediante a respectiva sanção, substituição ou modificação – assim, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 191; v. também Carla Amado GOMES, «O “Caso Decidido”...», cit., pp. 22 e 24, advogando a imprescindibilidade do reconhecimento desse dever para além das hipóteses de contrariedade com o direito comunitário e, como tal, abrangendo todas as situações de actos administrativos anuláveis, defendendo o carácter irrenunciável de tal competência (nos termos do artigo 29.º do CPA), afinando o dever de revogação com a necessária ponderação dos interesses de terceiros de boa fé e estabelecendo como limites adicionais a inexistência de caso julgado e o respeito pelos prazos de prescrição substantiva dos direitos em jogo. Todavia, mais do que um dever de revogar, está aqui implicado um dever de eliminar a ilegalidade, o qual, perante actos anuláveis, não impõe a anulação do acto, satisfazendo-se com a prática de qualquer acto de sanção (ratificação, reforma ou conversão, nos termos do artigo 137.º do CPA): decisivo é, pois, que a Administração, *ex officio*, não deixe consolidar o acto pelo decurso do prazo (aspecto já resultante da posição perfilhada por Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., vol. II, p. 583).

Sobre esta questão, cf. ainda também, v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 266; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 464 e s.; Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 582 e s.; J. Robin de ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 251 e ss. (esp.º pp. 255 e s.); Maria da Glória GARCIA, *Considerações sobre a Reclamação Prévia ao Recurso Contencioso*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1983, pp. 13 e s.; M. Esteves de OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 613 e s..

Por outro lado, poder-se-á questionar se a competência para a declaração administrativa de ilegalidade de um regulamento não traz ínsito o poder para recusar a sua aplicação, com fundamento em invalidade⁹⁰.

IV. A suspensão dos regulamentos não contende com a respectiva subsistência no ordenamento jurídico – não constituindo, por isso, uma forma da cessação da vigência (o que a distingue quer da revogação, quer da declaração de ilegalidade) – antes determina, de forma geral e abstracta, a paralisação temporária dos efeitos do regulamento a que se reporta⁹¹. Os fundamentos da suspensão podem assumir alguma diversidade, admitindo-se, eventualmente, a utilização desta figura perante situações de alteração do equilíbrio de interesses que torna as normas regulamentares totalmente inadequadas ou de dúvidas quanto à respectiva validade.

Dados os contornos da suspensão, compreende-se que a mesma revista carácter excepcional e residual: em princípio, uma alteração dos pressupostos de facto originará a modificação ou revogação do regulamento e uma invalidade implicará a respectiva declaração de ilegalidade. Embora, em regra, à suspensão venham sendo colocadas as mesmas exigências formais e, sobretudo, procedimentais dos demais actos do exercício do poder regulamentar⁹², julgamos que a mais-valia da figura na teoria geral⁹³ dos regulamentos poderá passar pela sua compreensão como uma *medida provisória* (numa acepção similar à prevista no artigo 84.º do CPA) a adoptar durante os procedimentos dirigidos à modificação/revogação ou à declaração de ilegalidade, consoante os casos: quando a Administração entenda que o regulamento se revela totalmente inadequado para a

⁹⁰ Sobre esta questão, cf., *infra*, Parte IV, 2.2.1..

⁹¹ V. Paulo OTERO, *Lições...*, vol. I, 2.º tomo, cit., p. 223; Santos JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 205. Uma vez mais, estamos a referir-nos à suspensão efectuada pela Administração (suspensão administrativa), e não, por exemplo, ao que este último Autor se refere quando alude aos casos de suspensão originária, onde inclui a *vacatio legis* ou a falta de publicação de um regulamento externo: para utilizarmos a terminologia do Autor, reportamo-nos aqui apenas à suspensão superveniente expressa decorrente de uma actuação administrativa (v. também PUGLIATTI, «Abrogazione», cit., p. 145, que caracteriza esta hipótese como uma limitação à eficácia da norma).

⁹² Em regra, considera-se que vale também quanto à suspensão o princípio do paralelismo das formas, sendo precedida de procedimento idêntico; por sua vez, quanto a esta figura também se defende a aplicação do n.º 1 do artigo 119.º CPA, entendendo-se que, quando o regulamento seja necessário à execução de uma lei, a Administração apenas o poderá suspender se, concomitantemente, editar uma disciplina jurídica que permita garantir a unidade do sistema jurídico e a efectiva operatividade da lei durante o tempo em que durar a suspensão, à semelhança do que vimos suceder com a revogação. Cf. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 197.

⁹³ E, por conseguinte, sem prejuízo do reconhecimento das especificidades (supra-enunciadas) da suspensão dos planos de ordenamento do território.

disciplina de uma determinada situação da vida ou que o mesmo padece de invalidez, poderá o órgão competente para modificar, revogar ou declarar a ilegalidade do regulamento suspender a eficácia deste até ao *terminus* deste procedimento⁹⁴.

Se nos interrogarmos sobre as diferenças que apartam a suspensão da recusa de aplicação, a primeira observação a assinalar prende-se com o facto de, estando a eficácia de um regulamento paralisada temporariamente, a resolução do caso concreto não passará pela convocação da norma regulamentar afectada: tal não sucede, porém, em resultado de um juízo do decisor, mas como corolário dos efeitos da suspensão. Por outro lado, e como constataremos mais adiante (cf., *infra*, Parte IV, 3.1.), a recusa de aplicação não equivale a uma privação da eficácia do regulamento (o que, a suceder, a aproximaria da suspensão): a não valoração do caso concreto à luz da norma regulamentar decorre antes da invalidez que a afecta, constituindo uma das suas consequências jurídicas.

2.2.1.2. Recusa de aplicação e caducidade

A polissemia jurídica do vocábulo «caducidade» conduz-nos em direcções distintas, quando se trata de confrontar aquela com a figura da recusa de aplicação.

Em primeiro lugar, e na lição de Castanheira Neves⁹⁵, a caducidade, tal como a obsolescência (cf. *infra*, 2.2.3.1., II, α), consubstancia um instituto relacionado com a influência do decurso do tempo sobre o direito, em especial sobre as normas jurídicas. Nesta acepção, a caducidade e a obsolescência surgem-nos como dando corpo aos limites normativos temporais das leis (extensíveis aos demais critérios jurídicos): caracterizando-se pela sua generalidade e abstracção e dotadas de uma tendencial pretensão de intemporalidade (absolutizada pelo pensamento positivista), as normas jurídicas não são alheias à historicidade do sistema jurídico em que se inscrevem. Nesta perspectiva, uma norma considera-se caduca quando se encontrar irremediavelmente⁹⁶ ultrapassada ou superada pelos fundamentos em que assentava ou, por outras palavras, quando perdeu a

⁹⁴ Ainda que com um alcance e um regime necessariamente diversos, constitui uma proposta que representa uma transposição da suspensão da eficácia de normas, contemplada no artigo 130.º do CPTA, para o âmbito do procedimento regulamentar (*lato sensu*).

⁹⁵ V. Castanheira NEVES, «Fontes...», cit., pp. 77 e s.. Sobre esta temática, cf. também Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 729 e ss..

⁹⁶ Não se revelando possível o recurso a expedientes interpretativos como a interpretação ou a correcção em conformidade com os princípios. Sobre estes expedientes, cf. Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 188 e ss..

vigência por lhe falecer a validade⁹⁷. Esta noção de caducidade torna-a cúmplice da questão (que nos ocupa) da recusa de aplicação com fundamento em invalidade: com efeito, a percepção dos limites normativos temporais das normas regulamentares pressupõe o desenvolvimento de uma tarefa interpretativa dirigida à intelecção dos fundamentos das mesmas normas, tal como o exige a eventual recusa de aplicação com fundamento em invalidade, *maxime*, quando esta decorre da ofensa a princípios normativos. Nesta medida, os dois conceitos aproximam-se: deparando-se com uma norma caduca (*i.e.*, uma norma não suportada pelos fundamentos normativos em que se louva), deverá o órgão administrativo afastá-la da decisão do caso concreto, não solucionando o caso pela sua mediação.

Todavia, não é este o sentido tradicionalmente conferido à caducidade no contexto da teoria dos regulamentos. Na noção genérica de Paulo Otero⁹⁸, a caducidade identifica-se com uma forma de extinção de um acto jurídico, na medida em que “consubstancia um mero efeito da superveniência de um facto que acarreta, sem uma específica manifestação de intencionalidade, o termo de vigência de um acto anterior”, com a particularidade de a ocorrência de tal efeito extintivo operar apenas prospectivamente e não depender da prática de um acto jurídico com esse propósito, mas, pelo contrário, constituir um efeito automático da verificação de determinado facto. Aplicando esta posição à teoria dos regulamentos, dir-se-á que a caducidade emerge da superveniência de qualquer facto do qual dependa a vigência (formal) do regulamento, facto esse independente da vontade do titular do poder regulamentar e cujo efeito extintivo decorre *ope legis (rectius, ope iuris)*⁹⁹.

⁹⁷ Cf. Castanheira NEVES, «Fontes...», cit., p. 77, e Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 730 e 732, Autores que seguimos de perto no texto. Assim, e retomando o exemplo avançado por este último Autor (*Op. cit.*, p. 733, n. 171), sucedeu com o regime dotal regulado no Código Civil (antes da revogação das disposições que o consagravam pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), atentatório do princípio da igualdade dos cônjuges, que se assumiu, em momento posterior ao da entrada em vigor daquelas normas, como princípio estruturante do direito matrimonial.

⁹⁸ Paulo OTERO, *Lições...*, vol. I, 2.º tomo, cit., p. 231. Daí que, tanto no âmbito do direito privado, como também no plano do Direito Administrativo, este instituto surja, em regra, associado à subsistência e/ou ao exercício de direitos subjectivos. Sobre a caducidade no Direito Administrativo, *v.*, entre nós, Maria Fernanda MAÇÃS, «A Caducidade no Direito Administrativo: Breves Considerações», in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121 e ss.; *v.* também quanto à caducidade como causa extintiva do procedimento, Margarida CORTEZ, «A Inactividade Formal da Administração como Causa Extintiva do Procedimento e as suas Consequências», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 367 e ss.; Carla Amado GOMES, «Repensar o Código do Procedimento Administrativo – A Decisão do Procedimento», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, pp. 39 e ss..

⁹⁹ Cf. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 260; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 200.

Trata-se de um conceito que já permite destringir a caducidade da noção de recusa de aplicação: uma vez mais, a caducidade (como sucedia já antes com a revogação) identifica uma causa de cessação *formal* de vigência da norma no ordenamento jurídico, a implicar que a sua não mobilização no caso concreto decorre de a mesma se não encontrar *formalmente* vigente, e não da formulação de um qualquer juízo sobre a validade de uma norma que se encontra ainda em vigor, pelo menos em termos *formais*. Numa palavra, o facto de o órgão administrativo não convocar a norma em causa para a resolução do caso concreto decorre apenas da verificação da ocorrência de um facto ao qual a ordem jurídica atribui um efeito extintivo.

A doutrina identifica três formas de cessação da vigência de regulamentos por caducidade: o decurso do prazo pré-estabelecido (termo) ou a verificação de condição resolutive a ele aposta; a revogação da lei habilitante (sem substituição por outra)¹⁰⁰; e a transferência das atribuições da pessoa colectiva pública para outra entidade ou cessação da competência do órgão.

A primeira das formas de cessação da vigência das normas regulamentares por caducidade reside, pois, nos (impropriamente) designados casos de «autoderrogação»¹⁰¹ de regulamentos, entre os quais se identificam a verificação do termo final (quando se trata de regulamentos temporários) ou de condição resolutive. Comprovadas estas hipóteses, as normas deixam, independentemente de qualquer actuação administrativa nesse sentido, de vigorar no ordenamento jurídico, não sendo elegíveis para a resolução de casos concretos pela sua mediação.

Já no que tange à revogação da lei habilitante¹⁰², oscilam os Autores entre a respectiva qualificação como caducidade (na maioria das posições)¹⁰³ ou como revogação tácita operada por lei¹⁰⁴. Eis-nos, porém, diante de uma conclusão que pressupõe algumas

¹⁰⁰ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 200.

¹⁰¹ Nestes termos, cf. Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 9/96, in: *Diário da República*, II Série, n.º 277, 29.11.1996, pp. 16731 e ss., ponto II, 4.2. (assumindo posição idêntica, cf. Parecer n.º 38/96, in: <http://www.dgsi.pt>).

¹⁰² Questão diversa é a da emissão de um regulamento ao abrigo de uma lei já revogada – problema que já constituiu objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional. Cf. Acórdão n.º 144/2009, de 24 de Março, in: *Diário da República*, II Série, n.º 95, 18.05.2009, pp. 19376 e ss., que julgou inconstitucional, por violação do princípio da precedência de lei, a Portaria n.º 884/94, de 1 de Outubro, cujo fundamento residia num diploma (o Decreto-Lei n.º 8/82, de 18 de Janeiro) que se encontrava expressamente revogado por outro (o Decreto-Lei n.º 328/93, de 25 de Setembro).

¹⁰³ Cf. Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 111; Freitas do AMARAL, *Curso...*, cit., p. 200; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 260; CAUPERS, *Introdução...*, cit., p. 71; Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., p. 113.

¹⁰⁴ V. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 256.

indagações complementares, tendo em conta as dúvidas suscitadas acerca da tipologia dos regulamentos caducáveis por revogação da lei habilitante e da subsistência daqueles quando a revogação da lei habilitante seja acompanhada da respectiva substituição por uma lei nova.

A caducidade dos regulamentos em virtude da revogação da lei habilitante fundamenta-se não apenas numa adequada compreensão do sentido do princípio da legalidade – a supor que, uma vez eliminado o fundamento do exercício do poder regulamentar, o regulamento não pode subsistir –, mas ainda na circunstância de a revogação (ou a modificação substancial¹⁰⁵) da lei importar uma alteração no ordenamento jurídico que não consente a vigência de normas de segundo grau contraditórias ou, pelo menos, incompatíveis com as novas disposições.

A articulação destes dois motivos permite igualmente compreender que se não possa argumentar que a caducidade por força da revogação da lei se circunscreva apenas aos regulamentos de execução ou aos regulamentos complementares, mas já não se estenda, da mesma forma, a todos os tipos de regulamentos¹⁰⁶. Não ignoramos que o grau de subordinação à lei seja mais elevado no caso dos regulamentos de execução ou dos regulamentos complementares – a justificar que, caindo a lei exequenda, desapareça de imediato o respectivo regulamento –, do que nos regulamentos independentes, cuja lei habilitante se limita a definir a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão – o que permitiria, em abstracto, concluir que, uma vez revogada a lei habilitante, o regulamento subsistiria enquanto não constituísse objecto de modificação ou revogação¹⁰⁷. Contudo, a conclusão no sentido da subsistência ou da caducidade dos regulamentos (enquanto diplomas) em consequência da revogação da lei habilitante, independentemente da relação que mantenham com esta última, não se compadece com juízos formulados em abstracto¹⁰⁸ – conclusão que se afigura de toda a importância nos casos em que se não

¹⁰⁵ Assim, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 256.

¹⁰⁶ Como se poderia concluir das palavras de AFONSO QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 256; cf. também Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 483.

¹⁰⁷ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 536 e s., comentário V ao artigo 119.º, quando entendem que, ao contrário do que sucede com os regulamentos de execução ou complementares – que caducam com a revogação da lei habilitante –, o mesmo não acontece com os regulamentos independentes e autónomos.

¹⁰⁸ Cf., v. g., a argumentação do STA que, embora partindo da posição doutrinal no sentido de que os regulamentos independentes não caducam por força da revogação da lei habilitante, só concluiu pela vigência de um regulamento independente, após a análise das especificidades materiais do regulamento e da lei nova, em termos destinados a aferir da necessidade e da compatibilidade do primeiro relativamente à segunda – Acórdão do STA, de 19.01.2005, P. 1086/04.

procedeu apenas à revogação da lei anterior, mas emitiu-se legislação substitutiva desta última. Nesta altura, não se pode inferir, sem mais, que os regulamentos independentes e os regulamentos autónomos não tenham caducado, mas, pelo contrário, e como sucederá também com os regulamentos de execução ou complementares, impor-se-á sempre uma apreciação casuística, dirigida a avaliar a conformidade entre os regulamentos emitidos ao abrigo da lei anterior e a nova legislação.

Em suma, e após a revogação da lei habilitante, a subsistência ou a caducidade dos respectivos regulamentos pressupõe sempre uma consideração concreta do conteúdo regulamentar e da sua compatibilidade com o novo conteúdo legal substitutivo. Se a lei habilitante for pura e simplesmente revogada, o princípio é o de que os respectivos regulamentos caducam por lhes faltar o fundamento (uma “justificação plausível”, como considera o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República¹⁰⁹); quando a lei habilitante é revogada e substituída por outra, os regulamentos caducam se se manifestar uma contrariedade normativa-material entre estes e a lei nova¹¹⁰.

Trata-se agora de uma homenagem ao princípio da eficiência administrativa¹¹¹ e ao princípio do aproveitamento dos actos (*hoc sensu*), assim como uma forma de evitar um vazio no sistema jurídico, susceptível de entrar a aplicação da nova legislação. A manutenção em vigor de regulamentos emitidos ao abrigo da lei habilitante revogada mas compatíveis com as disposições da lei que a substitui pode revelar-se determinante quando estejamos perante os casos (a que se reporta o n.º 1 do artigo 77.º do CPTA) em que as

¹⁰⁹ Cf. Parecer n.º 9/96-B/Complementar, in: *Diário da República*, II Série, n.º 24, 29.01.2000, p. 1962 (enquanto síntese da posição do Conselho Consultivo sobre esta matéria explicitada nos Pareceres n.ºs 9/96 e 9/96-A/Complementar).

¹¹⁰ Cf. Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 483, e «Teoria...», cit., p. 256; Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 111; Freitas do AMARAL, *Curso...*, cit., p. 200; Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., p. 113. A solução deverá ser a mesma, ainda quando a nova lei preveja a obrigação de emitir regulamentos dentro de um determinado prazo e a Administração o não faça (cf. Cruz VILAÇA, «Regulamentação...», cit., p. 315) – sem prejuízo, obviamente, de estar em causa uma omissão ilegal de regulamentos, para efeitos do artigo 77.º do CPTA. V. ainda Acórdão do STA, de 03.03.1994, P. 30 906, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 435, 1994, p. 564; Pareceres do Conselho Consultivo da PGR n.ºs 38/96, e 9/96-B/Complementar, cit., p. 1962. Posição similar surge defendida no direito alemão – cf. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 350 (quanto às *Verordnungen*).

Em sentido diverso parece inclinar-se Blanco de MORAIS («A Invalidez...», cit., p. 108), ao admitir que, ainda quando contrarie a nova lei, a norma regulamentar continuará a produzir os seus efeitos até à emissão de nova regulamentação, para que os cidadãos não fiquem privados de uma necessária prestação de serviços. Sem prejuízo da mais-valia que esta posição poderá encerrar para evitar casos de omissão regulamentar, julgamos difícil a sua aplicação prática, por colocar o órgão decisor na alternativa entre adoptar um comportamento contrário à lei actual ou optar pela conduta contrária ao regulamento emitido ao abrigo da lei anterior; uma solução intermédia poderia apontar para a interpretação das normas do regulamento à luz do disposto na nova lei ainda não regulamentada, com o propósito de evitar vazios jurídicos.

¹¹¹ Assim também Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 200.

normas administrativas sejam necessárias para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação: admitir que os regulamentos emanados ao abrigo da legislação revogada permaneçam em vigor pode representar, em frequentes hipóteses, uma forma de obviar aos efeitos perniciosos da omissão ilegal da emissão de normas regulamentares, sobretudo em matérias que toquem direitos fundamentais¹¹².

Embora autonomizada por alguma doutrina¹¹³, a caducidade dos regulamentos em consequência da transferência de atribuições da entidade emissora para outras pessoas colectivas públicas ou da cessação da competência do órgão constitui uma forma da cessação de vigência dos regulamentos assimilável à acabada de considerar, apresentando-se, na verdade, como um seu subtipo; com efeito, uma alteração quanto à entidade ou ao órgão competente para a emissão do regulamento exprime uma revogação (pelo menos) da norma que previa a atribuição e/ou a competência para o exercício do poder regulamentar. Daí que o respectivo tratamento dogmático possua similitudes com a situação anteriormente abordada.

Desde logo, importa sublinhar que os casos de alteração legislativa que se reconduzam a uma modificação na titularidade do poder regulamentar (ainda que não transportem, pelo menos aparentemente, mutações ao nível do conteúdo) impõem sempre uma análise da teleologia conducente à alteração. Neste caso, e mesmo quando as disposições regulamentares se não revelem incompatíveis com a nova legislação, deverá o intérprete averiguar se a alteração subjectiva não decorre de uma vontade legislativa em cessar a vigência dos regulamentos já emitidos, visto que a manutenção em vigor dos regulamentos emanados com fundamento em lei anterior revogada pressupõe que o contrário não resulte da lei¹¹⁴. Trata-se, a nosso ver, de um problema que não prescinde, uma vez mais, de uma consideração em concreto: tudo dependerá de saber se a alteração ao nível subjectivo resultou de uma ponderação do legislador no sentido de, ao confiar a poder regulamentar a outra entidade, em consequência da especificidade dos fins servidos por esta última e com o objectivo de garantir, através da emissão de normas, a protecção

¹¹² Sem que tal signifique, necessariamente, que o funcionamento das regras relativas à subsistência de regulamentos apesar da violação da lei habilitante impeça a formação de uma situação de incumprimento da lei nova por omissão do dever de regulamentar: pense-se, *v. g.*, na hipótese de a nova lei prever (impor) a emissão de um regulamento administrativo dentro de determinado prazo.

¹¹³ Cf., *v. g.*, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 200.

¹¹⁴ Assim, Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 256. Defendendo a cessação da vigência do regulamento apenas quando o órgão se vir despojado da sua competência em termos absolutos, *v.* Blanco de MORAIS, «A Invalidez...», cit., p. 108.

desses interesses, ou, *mutatis mutandis*, a outro órgão, enquanto suporte de uma certa classe de interesses públicos diferenciados dentro dos vários prosseguidos pela pessoa colectiva pública em que se integra, se procurou privilegiar a prossecução precípua de outros interesses¹¹⁵ – caso em que se deverá defender a cessação de vigência das normas regulamentares –, ou se, pelo contrário, tal modificação não significou mais que um simples arranjo com repercussões meramente formais, como sucede, *v. g.*, quando a extinção de uma pessoa colectiva pública resulta da sua substituição por outra¹¹⁶ – hipótese que permitirá sustentar a subsistência do regulamento¹¹⁷.

2.2.1.3. Recusa de aplicação e cumprimento de sentenças declarativas da inconstitucionalidade e da ilegalidade com força obrigatória geral

O confronto entre a figura da recusa de aplicação e o cumprimento das sentenças judiciais que declaram a invalidade de normas com força obrigatória geral permite salientar, em geral, dois aspectos diferenciadores: por um lado, a circunstância de não pertencer ao órgão administrativo a formulação de um qualquer juízo de validade sobre a norma, não sendo a apreciação *administrativa* da validade dessa mesma norma que

¹¹⁵ Perfilhamos a concepção quanto aos órgãos e à respectiva subjectividade defendida, entre nós, por Pedro GONÇALVES, «A Justiçabilidade dos Litígios entre Órgãos da Mesma Pessoa Colectiva Pública», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 11 e s.. Daí que nos afastemos de Freitas do AMARAL (*Curso...*, vol. II, cit., p. 200), quando defende a manutenção da vigência do regulamento quando a competência é transferida para um órgão da mesma pessoa colectiva (decorrendo, *a contrario*, que a caducidade apenas se verifica quando se opera a transferência da competência para um órgão de outra entidade pública).

¹¹⁶ Neste sentido, Freitas do AMARAL, *últ. loc. cit.*. Pense-se, *v. g.*, nos frequentíssimos casos (emergentes no contexto actual de reforma da Administração Pública) em que se verifica uma fusão entre serviços ou institutos públicos que passam a constituir uma outra pessoa colectiva pública – por exemplo, *Autoridade Nacional de Protecção Civil*, entidade que surgiu em consequência da reestruturação do *Serviço Nacional de Bombeiros e Protecção Civil (SNBPC)* operada pelo Decreto-Lei n.º 203/2006, de 27 de Outubro, substituindo-o (cf. Decreto-Lei n.º 75/2007, de 29 de Março, artigo 3.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho; artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 134/2006, de 25 de Julho), que, por sua vez, havia resultado da fusão dos anteriores *Serviço Nacional de Bombeiros* e *Serviço Nacional de Protecção Civil*, tendo sido criado pelo Decreto-Lei n.º 49/2003, de 25 de Março – ou da transformação noutro tipo de entidades públicas – como sucedeu com alguns institutos públicos transformados em entidades públicas empresariais (*v. g.*, o *Instituto de Estradas de Portugal*, transformado, por força do Decreto-Lei n.º 239/2004, de 21 de Dezembro, em *EP – Estradas de Portugal, E. P. E*) ou até em «entidades administrativas privadas» (retomando o exemplo anterior, pense-se na *EP – Estradas de Portugal, E. P. E.*, subsequentemente transformada, *ex vi* Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a designar-se por *EP – Estradas de Portugal, S. A.*).

¹¹⁷ Propugnando que, em face da revogação da lei habilitante e da superveniência de outra que confira a outro órgão a competência nela prevista, o regulamento caduca, *v. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, Código...*, cit., p. 537, anotação V ao artigo 119.º. Para uma apreciação diferenciada das situações consoante o alcance da alterações legislativas em matéria de transferência de competências, cf. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 9/96-B/Complementar, pp. 1962 e s..

justifica a sua não mobilização para a decisão do caso concreto; por outro lado, e na sequência da observação anterior, o facto de a norma não ser utilizada pelo órgão administrativo para resolver o caso resulta, nesta hipótese e em especial, de aquela, por força da sentença judicial, haver cessado a sua vigência – ora, como temos visto ao longo destes números, o instituto da recusa de aplicação exige como pressuposto para a sua autonomia que a norma sobre que incide se encontre em vigor no ordenamento jurídico. Não ignoramos que a não aplicação, pela Administração, da norma cuja invalidade o tribunal declarou se apresenta como uma manifestação da subordinação administrativa às sentenças dos tribunais: todavia, e como veremos já a seguir, tal constitui um efeito genérico das decisões jurisdicionais que apreciam a validade de regulamentos; o objectivo deste ponto não se cifra em assinalar a obrigatoriedade das sentenças e as consequências daí advenientes em matéria de convocação de normas por elas sublinhadas (cf., *infra*, 2.2.2.1.), mas antes em sublinhar que algumas decisões jurisdicionais determinam a expurgação da norma do ordenamento jurídico e, por conseguinte, implicam a cessação *formal* da respectiva vigência.

A referência ao cumprimento de sentenças declarativas da invalidade de normas regulamentares com força obrigatória geral transporta-nos para o universo dos processos de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade reforçada (consagrados nos artigos 281.º e seguinte da CRP) e da acção administrativa especial de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (prevista nos artigos 73.º, n.º 1, e 76.º do CPTA).

No que respeita à declaração de inconstitucionalidade (e de ilegalidade reforçada) pelo Tribunal Constitucional, a vinculação dos órgãos administrativos resulta, em especial, da «força obrigatória geral» própria daquela, nos termos do n.º 1 do artigo 282.º da Constituição. A densificação deste conceito é efectuada por referência às noções de *vinculação geral e força de lei*¹¹⁸, a salientar que a declaração de inconstitucionalidade obriga não apenas os poderes públicos, mas, em virtude da índole de generalidade que a caracteriza, assume, como afirmava Kelsen¹¹⁹, uma função legislativa de sentido negativo,

¹¹⁸ Cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1009 e s.. Diversamente, Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., pp. 152 e ss., esp.^{te} 155 e s. (aludindo à força obrigatória geral no contexto de actos com «força equiparada à da lei» ou «força afim da de lei»), e *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 189 e ss..

¹¹⁹ KELSEN, «La Garantie Juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tomo XLV, 1928, pp. 224 e s. – sem com esta referência (invocada apenas pela sua expressividade) pretendermos confundir os acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional com o exercício da função legislativa (neste sentido, já Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p.

obrigando também todas as pessoas privadas. A «força equiparada à lei» ou «força afim da lei» possui uma potência tal que torna a norma inoperante, na medida em que invalida todos os seus efeitos¹²⁰, determinando, concomitante e conseqüentemente, a impossibilidade de as normas afectadas pela declaração de inconstitucionalidade constituírem objecto de mobilização para a resolução de casos concretos pelos órgãos administrativos, na medida em que as mesmas são expurgadas da ordem jurídica.

A este tipo de decisões é assimilável a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral proferida pelos tribunais administrativos. Como assinalámos já em momento anterior (cf., *supra*, Parte I, 3.4.3.2.), constitui este meio processual uma forma de controlo principal e abstracto da legalidade simples de normas administrativas, com o objectivo de as eliminar da ordem jurídica (artigos 72.º e seguintes do CPTA). Uma consideração atenta dos efeitos das sentenças proferidas no quadro deste meio processual (artigo 76.º do CPTA) revela uma ineliminável aproximação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (e ilegalidade reforçada) delineados pelo artigo 282.º da Constituição, valendo para ela, *mutatis mutandis*, o que acabámos de sublinhar quanto às decisões positivas de inconstitucionalidade prolatadas pelo Tribunal Constitucional no processo de fiscalização abstracta sucessiva.

Em ambos os casos, a «força obrigatória geral» inerente à declaração de inconstitucionalidade (ou ilegalidade reforçada) pelo Tribunal Constitucional ou à declaração de ilegalidade pelos tribunais administrativos importa uma «vinculatividade *sui generis*»¹²¹, que determina uma vinculação de todos os órgãos administrativos, simultaneamente (I.) inibidos de aplicarem a referida norma e (II.) impedidos de reeditarem uma norma de conteúdo similar (proibição de renovação da norma).

1010; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 190 e s.; Oliveira ASCENSÃO, «Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como Fontes do Direito», in: *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lousã, 1987, p. 262). Da mesma forma que não se afiguraria legítimo, no caso que analisamos – declaração de inconstitucionalidade de *normas regulamentares* –, afirmarmos que as decisões do Tribunal Constitucional assumiriam força idêntica à dos actos normativos controlados, *i. e.*, «força de regulamento». Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não variam consoante o acto atingido (expressamente, Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., p. 156), motivo por que a utilização da expressão «força de lei» surge utilizada com uma conotação metafórica, com o objectivo de exprimir a específica natureza imperativa ou obrigatória das decisões positivas proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva. Neste sentido, Oliveira ASCENSÃO (*Op. cit.*, *loc. cit.*) defende que a força obrigatória geral própria da declaração de inconstitucionalidade não pode ser degradada em epifenómeno, na medida em que intrinsecamente relacionada com a norma objecto de apreciação.

¹²⁰ Cf. Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., p. 153, que alude à potência superior que reveste a declaração de inconstitucionalidade face à força inerente à lei.

¹²¹ Vitalino CANAS, *Introdução às Decisões de Provisão do Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 1994, p. 178.

I. Urge agora compreender o alcance prático da vinculação dos órgãos administrativos às decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral, na parte em que impedem os órgãos administrativos de aplicarem as normas regulamentares declaradas inconstitucionais ou ilegais; concretamente, impõe-se averiguar quais as consequências jurídicas resultantes da prática de um acto administrativo que aplique uma dessas normas¹²². Uma vez mais, as reflexões empreendidas sobre a matéria surgem-nos a propósito da aplicação de normas legais declaradas inconstitucionais, tendo o STA já apreciado a questão da validade de actos administrativos aplicadores de leis declaradas inconstitucionais, concluindo que padece de nulidade a decisão da Administração que aplica uma medida constante de uma norma já declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, encontrando-se inquinada do vício de usurpação de poder¹²³.

Não nos parece, porém, constituir esta a solução mais adequada. Recorde-se que o vício de usurpação de poder [determinante, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA, da nulidade do acto administrativo] caracteriza-se por corresponder à prática, por órgão administrativo, de um acto que, materialmente, pertence a outro poder estadual (legislativo, judicial ou político), implicando uma «falta de atribuições qualificada» e uma «ilegalidade duplamente grave»¹²⁴. Em suma, um acto enfermará deste vício quando, praticado por um órgão administrativo (nessa qualidade), não se incluir no desempenho da função administrativa. Trata-se de vício tão grave que a doutrina o equipara à falta de autor, porquanto um órgão administrativo constitui um sujeito impossível de uma decisão

¹²² Nas hipóteses em que a norma regulamentar tenha sido declarada inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral, o órgão decisor, além de mobilizar uma norma inconstitucional ou ilegal para a decisão da situação prática, pretende aplicar uma “não-norma” ou uma “ex-norma” (cf. Paulo OTERO, *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex, Lisboa, 1993, p. 70, *mutatis mutandis*, sobre a aplicação de norma declarada inconstitucional por uma decisão judicial).

¹²³ Cf. Acórdão de 28.01.1988, P. 022758 (in: *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, n.º 325, ano XXVIII, 1989, pp. 24 e ss., esp.^{te} p. 34): em causa estava a apreciação do acto administrativo que infligiu a sanção de inibição de conduzir ao condutor que cometeu uma transgressão estradal, mas pagou voluntariamente a multa – encontrando-se tal sanção prevista no n.º 4 do artigo 61.º do Código da Estrada, declarado inconstitucional pelo Acórdão n.º 337/86, de 9 de Dezembro (in: *Diário da República*, I Série, n.º 299, 30.12.1986, pp. 3855 e ss.), na parte em que comete à DGV competência para aplicar a medida de inibição da faculdade de conduzir ao condutor que, tendo cometido uma transgressão estradal, paga voluntariamente a multa.

¹²⁴ Costa MESQUITA, «Invalidade do Acto Administrativo», in: *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, p. 131, para quem, neste caso, “a ilegalidade é duas vezes mais grave: primeiro, porque o órgão da Administração age fora das suas atribuições; depois, porque actua na esfera de atribuições de outro poder do Estado”.

em matéria política, judicial ou legislativa, dado estar a actuar fora do campo da função administrativa¹²⁵.

Salvo melhor, não nos parece configurar a situação em análise uma hipótese de usurpação de poder, uma vez que, em rigor, não se verifica a intromissão da Administração em actividades pertencentes, em termos materiais, a outras funções do Estado: o acto corresponde materialmente ao exercício da função administrativa, mas faz aplicação de uma norma inconstitucional (ou ilegal) assim já declarada, com força obrigatória geral, pelo tribunal competente. Tal acto baseia-se, por isso, numa norma que já se encontra formalmente retirada do ordenamento jurídico – o que, sob este ponto de vista estrito, não afastará muito esta situação daquela em que o acto faz aplicação de um regulamento revogado. Assim, baseando-se numa norma que atentava contra um parâmetro de vinculação a que se encontrava adstrita não apenas ela própria, mas também o respectivo acto de aplicação, este último (que lhe devia observância – e não ao regulamento cuja vigência cessou em consequência da decisão judicial) já padeceria de invalidade com tal fundamento¹²⁶. A esta causa de invalidade acrescerá sempre o facto de o acto, ao mobilizar uma norma que, por decisão jurisdicional, se encontra extirpada do ordenamento, implica sempre, em simultâneo, a violação do princípio da obrigatoriedade das decisões judiciais para todas as entidades públicas¹²⁷ e, por conseguinte, a ofensa de um caso julgado, para efeitos da alínea *h*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA – tal como veremos suceder, em geral, relativamente a todas as decisões jurisdicionais que considerem inválida uma norma regulamentar, a título principal ou incidental, com eficácia *erga omnes*, restrita ao caso concreto ou *inter partes* (cf., *infra*, 2.2.2.1.).

¹²⁵ Assim, Vieira de ANDRADE, «Validade», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, s.n., Coimbra, 1996, p. 587. Por esta razão, a nulidade resultante de um vício de usurpação de poder pode ser considerada uma nulidade por natureza, uma vez que um acto viciado deste modo é um acto desprovido de um elemento essencial: a prática de um acto administrativo implica que estejamos no exercício da função administrativa.

Sobre a usurpação de poder, cf., entre nós, Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 498; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 385 e s.; SÉRVULO CORREIA, *Noções...*, cit., pp. 380 e s.; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 154 e s.; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit. pp. 643 e s., comentários VI e VII ao artigo 133.º.

¹²⁶ Assim, *e. g.*, se o regulamento dispensava, em qualquer circunstância, a audiência em determinado procedimento sancionatório e o acto de aplicação da sanção foi praticado com preterição dessa formalidade, então, estará inquinado de nulidade por atentar contra um direito fundamental, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA.

¹²⁷ Também Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo VI, cit., p. 72) acaba por concluir, após uma análise da decisão de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta, que a força obrigatória geral se reconduz ao princípio da obrigatoriedade das decisões dos tribunais para todas as entidades públicas (e privadas) e da respectiva prevalência sobre as de quaisquer autoridades, contemplado pelo n.º 2 do artigo 205.º da Constituição.

II. A este efeito – expurgação da norma da ordem jurídica – adiciona-se um outro: o da proibição da reedição da norma declarada inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral¹²⁸. Esta consequência possui ainda algum impacto na temática do nosso trabalho: para este efeito, importará perceber se, caso a Administração renove a norma, deverá a mesma considerar-se ferida de invalidade, e, como tal, passível de submissão ao regime da recusa de aplicação com esse fundamento.

No cenário em que nos movemos, aparecem de forma mais esbatida as controvérsias propiciadas pelo intenso debate doutrinal sobre a questão da vinculação dos operadores normativos às decisões jurisdicionais que declaram a ilegalidade de normas com efeitos *erga omnes* (em especial, a vinculação do legislador à declaração de inconstitucionalidade)¹²⁹. Os óbices colocados à enunciada proibição da reedição da norma inconstitucional do ponto de vista da liberdade de conformação legislativa e do “acesso directo” do legislador à Constituição¹³⁰ não se verificarão na situação em apreço, onde estão em causa regulamentos que, *ex definitione*, se concebem como normas de segundo grau. Sem menoscabo da consideração de que os órgãos administrativos têm o poder-dever de prossecução do interesse público (consideração que, em abstracto e sem articulação com a ideia de juridicidade da conduta da Administração, se revelaria susceptível de apontar para caminho diverso) e sem prejuízo das dificuldades que comporta a aferição do alcance da proibição de repetição (num domínio – como o regulamentar – onde se avolumam os frequentemente acentuados problemas de instabilidade e mutabilidade dos parâmetros de

¹²⁸ A impossibilidade de reedição de normas com o mesmo conteúdo apenas se verifica quando as mesmas enfermavam de vícios materiais. Tendo a norma sido declarada inconstitucional ou ilegal com fundamento em vícios formais, a proibição da reedição das normas cifrar-se-á numa interdição da reincidência nos vícios formais, sem prejuízo da manutenção do respectivo conteúdo. Cf. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 983, anotação XIV ao artigo 282.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 71 e s.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., p. 210. Sobre a proibição de renovação do conteúdo de norma declarada ilegal com força obrigatória geral pelos tribunais administrativos, M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 452, anotação V ao artigo 76.º.

¹²⁹ Relativamente à questão em apreço e para uma exposição crítica do debate argumentativo, v., em especial, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 819 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 210 e ss.. No sentido da proibição de renovação (ainda que com algumas limitações), cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit. pp. 1010 e s.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 983, anotação XIV ao artigo 282.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 71 e s.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 217 e ss.; Paulo OTERO, *Ensaio...*, cit., p. 145; VITALINO CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 172 e s.. Defendendo a inexistência de uma qualquer proibição de reprodução da norma declarada inconstitucional, cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 824 e ss..

¹³⁰ Cf., v. g., Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 832, defendendo que a proibição de reprodução colocaria em causa o equilíbrio entre o Tribunal Constitucional e o legislador, subalternizando este último; Paulo OTERO, *Ensaio...*, cit., p. 144.

controlo¹³¹), deverá entender-se que a declaração de inconstitucionalidade ou a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de normas administrativas implica para os órgãos titulares do poder regulamentar a obrigação de não reeditarem as normas objecto daquelas decisões. Trata-se, porém, de uma conclusão que conhece dois limites: a proibição manter-se-á apenas enquanto não ocorrer qualquer alteração do parâmetro (uma alteração constitucional ou legislativa, ou ao nível de qualquer outro dos parâmetros de vinculação) eliminará a proibição emergente da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, permitindo a emissão de normas de conteúdo idêntico) e encontra-se sob reserva de uma modificação das circunstâncias, resultante de uma evolução da axiologia subjacente à «consciência jurídica geral»¹³² (ficando, nessa medida, a proibição de reedição da norma sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*)¹³³.

Quid iuris, se, violando esta proibição, a Administração vier renovar o conteúdo da norma declarada inconstitucional ou ilegal? Duas teorias se perfilam de imediato. A primeira defenderá a invalidade da norma regulamentar com fundamento na violação de

¹³¹ RUGGERI, *Le Attività «Conseguenziali» nei Rapporti fra la Corte Costituzionale e il Legislatore*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 49.

¹³² Nestes termos, relativamente à vinculação do legislador à declaração de inconstitucionalidade, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1011; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., 218. A defesa dos limites temporais das decisões do Tribunal Constitucional surge também na Alemanha (cf., v. g., DETTERBECK, «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 48.º, 1996, p. 429 e s.) ou em Itália (RUGGERI, *Le Attività...*, cit., pp. 52 e ss.). Expressamente no sentido da proibição de renovação de normas como efeito de uma decisão dos tribunais superiores no sentido da sua ilegalidade no contexto do processo de controlo de normas administrativas previsto no §47 da *Verwaltungsgerichtsordnung*, v., por todos, DETTERBECK, «Normwiederholungsverbot aufgrund Normverwendender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 116, 1991, pp. 402 e s. (com amplas citações jurisprudenciais).

¹³³ Maior delicadeza revestirá a questão concernente à proibição de reedição de norma regulamentar semelhante à declarada inconstitucional ou ilegal, mas por um órgão de outra pessoa colectiva pública, diferente da que tinha emitido a norma inicial. Mais uma vez, atendendo unicamente aos problemas resultantes de uma inconstitucionalidade material, constitui esta uma questão dotada de suprema relevância no contexto do exercício do poder regulamentar local. Aliás, a nossa doutrina já tem respondido afirmativamente a esta questão: por exemplo, para VITALINO CANAS (*Introdução...*, cit., p. 173), nas hipóteses de inconstitucionalidade material, a obrigação de irrepetibilidade da norma inconstitucional vincula todo e qualquer órgão com competência normativa.

Como logo se compreende, o problema emerge por força das especificidades que revestem as sentenças proferidas no âmbito dos processos de controlo de normas. O recurso à ideia de «situação normativa» desenvolvida por RUGGERI (*Le Attività...*, cit., pp. 58 e ss.) com o intuito de desenhar os limites do caso julgado constitucional permite, de alguma forma, apreender os contornos da questão. De acordo com esta teoria, a «situação normativa» constitui o objecto do juízo de constitucionalidade, identificando a norma na sua relação com o sistema, *i. e.*, “a síntese ideal dos factos e efeitos complexos sobre os quais se alicerça a valoração do tribunal”. A ser assim, o âmbito das sentenças que declaram a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma alcança todas as hipóteses em que se verifique uma «situação normativa» idêntica ou em que se repita a substância da disciplina jurisdicionalmente já sindicada – e isso, independentemente da norma em causa ou do órgão que a aprovou.

uma decisão judicial (ofensa do caso julgado)¹³⁴. A segunda apontará no sentido da invalidade da norma apenas se e quando a mesma ofender efectivamente algum dos seus parâmetros de vinculação¹³⁵. Sem prejuízo de, em qualquer das hipóteses, se poder chegar aos mesmos resultados em muitas (mas não em todas) situações (embora com fundamentos diversos), inclinamo-nos para esta última visão mais aberta. Não se pense, porém, que, ao fazê-lo, nos limitamos a repetir o que afirmámos quanto aos limites à proibição de renovação das normas: raciocinando no pressuposto de que não ocorreram alterações constitucionais ou legislativas e que se não modificaram, de igual modo, os pressupostos da consciência jurídica geral, a norma renovadora poderá não padecer de invalidade quando a norma renovada, não obstante a decisão judicial em contrário, não se revelava ofensiva da Constituição ou da lei¹³⁶. Quando se conclua que a norma é inválida, ficará a Administração submetida ao regime da recusa de aplicação com esse fundamentto, facilitando-se o reconhecimento do poder para a afastar no caso concreto, por estar em causa a desaplicação de norma idêntica a outra já declarada inconstitucional ou ilegal pelos tribunais competentes.

¹³⁴ Assim, no quadro da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 452, anotação V ao artigo 76.º (interpretando extensivamente o n.º 2 do artigo 158.º do CPTA).

¹³⁵ Cf. Rui MEDEIROS, «Artigo 282.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 860, anotação XI, c).

¹³⁶ No contexto dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas legais, alguma doutrina acrescenta aos limites da proibição da reedição as hipóteses em que se renovam normas legais declaradas inconstitucionais mas conformes à Constituição, caso em que possui o legislador a faculdade de renovar o acto (assim, Paulo OTERO, *Ensaio...*, cit., pp. 144 e s.; cf. também pp. 95 e ss., sobre o problema da inconstitucionalidade dos acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional). A diferente posição em que se encontra a Administração face ao legislador e aos tribunais afasta, da nossa perspectiva, esse limite quando em causa estão normas regulamentares – e isto, mesmo no quadro de uma posição (como a que defendemos) marcada por uma abertura da amplitude do poder regulamentar.

Preocupam-nos, contudo, as observações que salientam a circunstância de, desta forma, se estar a convolar o Tribunal Constitucional (no caso da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade reforçada) ou os tribunais administrativos (na hipótese de declaração de ilegalidade simples com força obrigatória geral) em instâncias de interpretação autêntica da Constituição ou da lei, respectivamente (sublinhando este aspecto, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 830 e s.). Daí entendermos que, nas hipóteses de normas declaradas inconstitucionais ou ilegais, mas conformes à Constituição ou à lei, a proibição de reedição existe, mas a sua infracção não produzirá consequências jurídicas. A esta argumentação objectar-se-á a falta de transparência (relativamente à que defende a existência de mais um limite à proibição) ou a existência de uma proibição sem sanção. Repare-se, porém, que a posição oposta facultaria à Administração um poder de reapreciação de decisões judiciais: o princípio seria, pois, o de que o titular do poder regulamentar estaria legitimado para renovar a norma se concluísse que, não obstante a decisão judicial em contrário, ela se revelava em conformidade com a Constituição ou a lei – o que, parece-nos, subverteria por completo a articulação entre função administrativa e função judicial.

2.2.2. A recusa de aplicação como decisão da Administração no contexto da realização administrativa do direito

Para a definição do problema que nos ocupa importa enfatizar uma outra coordenada: a recusa da aplicação constitui uma *decisão da Administração no contexto da realização administrativa do direito*. Trata-se de uma proposição com um duplo alcance: por um lado, acentua que o juízo sobre a validade da norma é efectuado pelos órgãos administrativos; por outro lado, a decisão de afastar, com fundamento nesse juízo, a norma pertence à Administração, no âmbito da decisão de um caso concreto.

A referência à aplicação de normas (regulamentares) por órgãos administrativos no momento da decisão do caso concreto sugere uma inegável aproximação da função administrativa à função judicial. E não é por acaso que tal sucede. Como acentuava já Afonso Queiró¹³⁷, verifica-se uma relação de proximidade entre as funções administrativa e judicial, visto que ambas pressupõem a existência de uma «questão de direito» e, nessa medida, em qualquer dos casos, se impõe a realização de tarefas interpretativas e de realização do direito no caso concreto; a diferença entre estas funções encontra-se, pois, no plano teleológico-objectivo (*scilicet*, na finalidade visada pelo exercício de determinada competência: paz jurídica e a realização da justiça decorrente da resolução de uma «questão de direito» ou satisfação do interesse público que ao ente público cumpre prosseguir¹³⁸) e não necessariamente através da apreciação do tipo de tarefas exercido, sobretudo quando, em ambas as hipóteses, estão em causa situações individuais e concretas. No fundo, tanto a função administrativa como a função judicial são funções de *realização do direito*¹³⁹: a «aplicação» do direito pressuposta pela primeira corresponde afinal à prossecução das tarefas administrativas, heteronomamente definidas pelo legislador, mediante actuações jurídicas ou materiais.

¹³⁷ Afonso QUEIRÓ, «A Função...», cit., pp. 109 e s.. Na linha deste Autor, cf. também Joaquim Pedro Cardoso da COSTA, *O Princípio da Reserva do Juiz face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, polic., Coimbra, 1994, pp. 22 e 90, perspectivando a função administrativa como pressupondo a resolução de conflitos entre pretensões jurídicas, *i. e.*, não só entre a Administração e os cidadãos, mas também entre os próprios particulares.

¹³⁸ Cf. Vieira de ANDRADE, «A Classificação Administrativa do Domínio Público Municipal», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, Novembro/Dezembro 2009, p. 72.

¹³⁹ Neste sentido, já Castanheira NEVES, «O Problema...», cit., p. 551.

2.2.2.1. Recusa de aplicação e obrigatoriedade das decisões judiciais

A afirmação de que a recusa de aplicação constitui uma decisão da Administração permite apartá-la das hipóteses em que o afastamento da norma decorre do cumprimento de actos de outra função, designadamente, da função judicial. O confronto entre a recusa de aplicação e a obrigatoriedade pelas decisões judiciais transporta-nos para as decisões dos tribunais que, a título principal ou incidental, com eficácia *erga omnes*, restrita ao caso concreto ou *inter partes*, apreciam a validade (a constitucionalidade ou a legalidade, *lato sensu*) de um regulamento administrativo, considerando-o ferido de vício determinante da invalidade. Afiguram-se perceptíveis os pontos de proximidade desta questão com a referida no ponto anterior, relativo ao cumprimento de sentenças declarativas de inconstitucionalidade e da ilegalidade dos regulamentos com força obrigatória geral: todavia, se, quanto a este problema, perspectivámos a questão sob a óptica da (falta de) vigência formal da norma no ordenamento jurídico (proporcionada pela eficácia *erga omnes* daquelas decisões), que, por esse motivo, deixa de ser mobilizada pelos órgãos administrativos para a decisão de casos concretos, trata-se agora de enfatizar que, independentemente desta situação, quando um tribunal se pronuncie pela invalidade de uma norma regulamentar, o respeito devido às decisões judiciais também permite concluir que a não aplicação daquela ao caso concreto pelo órgão decisor não constitui uma recusa de aplicação no sentido que perfilhamos¹⁴⁰. Nesta hipótese, o órgão administrativo limita-se a observar um juízo de invalidade formulado pelo tribunal, em estreita consonância com a consideração de que a subordinação da Administração às decisões judiciais consubstancia ainda uma decorrência do princípio da juridicidade da actuação administrativa¹⁴¹.

Compreende-se que a autonomia da hipótese que agora analisamos ganha expressão quando estão em causa sentenças que possuem eficácia *inter partes* (como sucede nos processos de fiscalização concreta da constitucionalidade e em qualquer processo de apreciação incidental da invalidade do regulamento) ou efeitos restritos ao caso concreto

¹⁴⁰ Sublinhando, com clareza, a distinção entre desaplicação de norma inválida pela Administração, em consequência de um juízo próprio, e não aplicação de uma norma declarada inválida pelos tribunais, cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive», in: *Verfassungsstaatlichkeit – Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1997, p. 760.

¹⁴¹ Neste sentido, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, tomo I, cit., p. 440, fazendo decorrer a subordinação às decisões dos tribunais, designadamente às do Tribunal Constitucional, do artigo 20, n.º 3, da *Grundgesetz*.

(como acontece na declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto)¹⁴². Nestas situações, o afastamento da norma regulamentar pelo órgão decisor apresenta-se como uma consequência do princípio da obrigatoriedade ou vinculatividade das decisões judiciais (consagrado no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição), e não de uma decisão do órgão administrativo que, por formular sobre a norma um juízo autónomo de invalidade, afasta-a na decisão do caso concreto.

Quid iuris, se, apesar de obrigado a respeitar o sentido da sentença, quanto à invalidade de um determinado regulamento, o órgão decisor convoca-o para a decisão da situação concreta subjacente ao processo em que aquela foi proferida?

Estamos agora diante da violação de uma decisão judicial, para a qual o CPA reserva uma disposição específica. Com efeito, a alínea *h*) do n.º 2 do artigo 133.º prescreve a sanção da nulidade para os actos que ofendam os casos julgados. Em regra, a invocação desta disposição surge associada às hipóteses em que o órgão administrativo reproduz incólume um anterior acto já considerado inválido pelo tribunal¹⁴³. Em causa está a acentuação do efeito preclusivo das sentenças anulatórias (que impede que a Administração renove o acto anulado, contendo o novo acto os mesmos vícios que levaram

¹⁴² Já esclarecemos noutro local (onde caracterizámos a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto como um processo de controlo principal e abstracto da validade dos regulamentos), não se confunde esta declaração com a mera desaplicação, geradora de efeitos *inter partes* (cf. o nosso «O Controlo...», cit., pp. 450 e ss., esp.¹⁶ n. 81). Cf. também, *infra*, 2.4.3..

A referência à declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto neste contexto exige duas observações complementares. Por um lado, o facto de esta acção, tal como surge configurada pelo n.º 2 do artigo 63.º do CPTA, apenas incidir sobre normas imediatamente operativas poderia suscitar algumas perplexidades perante a alusão a actos administrativos sobre ela baseados. Todavia, não parece de excluir que o efeito de caso julgado da sentença relativa a normas imediatamente operativas (que – sublinhe-se – se restringe ao caso concreto e não ao processo) atinja actuações administrativas subsequentes que têm como pressuposto aquela norma. Pense-se no caso de regulamento que contém uma norma proibitiva de um comportamento dos particulares (e, enquanto tal, imediatamente operativa) e normas que estabelecem a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aquando do incumprimento da primeira (normas imediatamente operativas); um acto de aplicação da sanção a um particular por violação da norma proibitiva (em relação à qual este havia, com sucesso, solicitado a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto) corresponderia à violação de uma decisão judicial.

Por outro lado, a restrição dos efeitos da sentença ao caso concreto implica uma igual circunscrição dos efeitos do respectivo caso julgado. Assim, padecerão apenas de nulidade os actos administrativos praticados no âmbito do caso concreto que suportou a acção, e não todo e qualquer acto baseado na norma regulamentar declarada ilegal – sem prejuízo de, nos termos gerais, a decisão de outro caso pela mediação da norma invalidade implicar, no mínimo, um dever acrescido de fundamentação, devendo considerar-se (embora escape ao teor literal da norma) como uma decisão que decide de modo diferente de prática habitualmente seguida na interpretação e aplicação das mesmas normas jurídicas, para efeitos da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA.

¹⁴³ Em plena consonância com o que resultava do n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, que vinha prever a nulidade dos actos praticados em desconformidade com a sentença emitida em sede de contencioso administrativo.

à anulação do anterior – proibição da reincidência dos vícios)¹⁴⁴, assim como o reconhecimento de um «efeito preclusivo complementar»¹⁴⁵, os quais implicam a impossibilidade de a Administração tentar defraudar o resultado material decorrente do caso julgado, por exemplo, renovando o acto, ainda que com base em diferente fundamentação, se não puder provar que os motivos agora considerados não o foram anteriormente e qual a razão que determinou, nessa altura, a ausência da ponderação¹⁴⁶. Todavia, deverá entender-se que o alcance do preceito não se restringe à hipótese configurada, reportando-se à ofensa de *qualquer caso julgado vinculativo da Administração*, independentemente do processo ou do tribunal em que é proferida a sentença¹⁴⁷ – o que permite, de igual modo, abranger a ofensa das decisões relativas à inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas regulamentares, nos casos em que os órgãos administrativos tenham de decidir um caso concreto através da mobilização da norma considerada inconstitucional ou ilegal.

Em sentido análogo, mas com uma formulação mais abrangente¹⁴⁸, opera, aliás, o disposto no n.º 2 do artigo 158.º do CPTA que, incidindo sobre a obrigatoriedade das decisões judiciais relativamente às entidades administrativas, sanciona com a nulidade o acto administrativo que desrespeite uma decisão judicial. Destarte, e abstraindo do vício que inquinaria o acto administrativo por se basear numa norma regulamentar inválida, aquele padecerá sempre de nulidade quando fizer aplicação de uma norma já objecto de uma qualquer decisão judicial que se pronunciar pela respectiva invalidade¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Sobre os efeitos das sentenças de anulação de actos administrativos, cf. Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 384 e ss.. V. também Freitas do AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 41 e s., 51 e ss..

¹⁴⁵ M. Aroso de ALMEIDA, *Sobre a Autoridade do Caso Julgado nas Sentenças de Anulação de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 146 e ss..

¹⁴⁶ Cf. Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., p. 589; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 649 e s., comentário XV ao artigo 133.º.

¹⁴⁷ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 649, comentário XV ao artigo 133.º.

¹⁴⁸ Como enfatizam M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS (*Direito...*, tomo III, cit., p. 166), o n.º 2 do artigo 158.º do CPTA possui um âmbito mais alargado que a alínea *h*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA, porquanto comina com a nulidade qualquer acto administrativo que desrespeite uma decisão judicial, independentemente de esta ter ou não transitado em julgado. V., ainda, M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 1039 e ss., comentário 3 ao artigo 158.º.

¹⁴⁹ De qualquer forma, a invalidade do acto pressupõe uma relação especial entre a norma regulamentar considerada inconstitucional ou ilegal e o acto administrativo (a norma regulamentar não pode apenas ser mencionada no acto, mas tem de constituir a razão da prática do acto administrativo em determinado sentido; a invalidade não existirá se, v. g., a solução dada ao caso concreto já resultasse da própria lei ou de outra norma regulamentar).

Poder-se-á questionar se se manterá a sanção da nulidade nos casos em que a norma regulamentar declarada inconstitucional ou ilegal não padece efectivamente de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade. Como assinalámos, *a latere*, no ponto anterior, não nos parece, contudo, legítimo transformar a Administração em órgão fiscalizador do poder judicial: no máximo, admitir-se-á o não acatamento da decisão judicial em causa, ao abrigo do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição, quando a mesma se revele claramente ofensiva de direitos, liberdades e garantias (por não padecer nitidamente do vício apontado e, em simultâneo, por a decisão no sentido da invalidade impedir o exercício de um direito, liberdade e garantia)¹⁵⁰.

2.2.2.2. Recusa de aplicação, dispensa e isenção

A problemática da recusa de aplicação não prescinde de um confronto com os institutos da dispensa e da isenção, porquanto também estes levam à exclusão da aplicação de uma determinada norma. Contudo, e diversamente do que sucede no nosso horizonte temático, tal exclusão decorre já do próprio regulamento que, verificados determinados pressupostos nele previstos, impõe ou consente na não convocação da norma para a decisão do caso; quer dizer, o juízo sobre a possibilidade ou o dever de o órgão decisor não mobilizar as normas para a resolução de um certo tipo de casos concretos foi formulado, *ex ante* e em abstracto (através de uma prescrição normativa), pelo titular do poder regulamentar, impondo-se agora a convocação desse juízo (impositivo-prescritivamente vertido numa disposição normativa) para a decisão de um problema determinado.

Em regra, o estudo das dispensas e das isenções é efectuado pela doutrina jus-administrativa da perspectiva da lei, aludindo, por conseguinte, à dispensa ou à isenção da observância de uma norma *legal*. Neste âmbito, a distinção entre dispensa e isenção passa

¹⁵⁰ Assim também Paulo OTERO (*Ensaio...*, cit., pp. 152 e ss.) defende que, perante uma decisão judicial ofensiva dos direitos, liberdades e garantias não tem a Administração o dever de a executar, por força do disposto nos artigos 17.º e 18.º, n.º 1, da CRP; por outro lado, embora os actos inconstitucionais (onde se incluem aquelas decisões judiciais) não possam importar uma vinculação para a Administração ou qualquer outra estrutura decisória do poder público, como consequência da invalidade agravada de que padecem, também daqui não decorre a atribuição aos órgãos administrativos de uma competência genérica de desaplicação dos casos julgados inconstitucionais (ressalvadas justamente as hipóteses de violação de direitos, liberdades e garantias, altura em que não seguirá a decisão judicial, mas praticará os actos em conformidade com os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias).

Todavia, prossegue Paulo OTERO, se, apesar da vinculação ao respeito pelos casos julgados (e, portanto, fora dos casos de atentado contra direitos, liberdades e garantias), o órgão administrativo desaplicar o caso julgado inconstitucional, o acto administrativo praticado não padecerá de invalidade, porque, de qualquer modo, constitui um acto conforme com a Constituição (*Op. cit.*, p. 155); em consonância, um acto administrativo que aplique devidamente um caso julgado inconstitucional pode constituir objecto de impugnação jurisdiccional, ainda que o Autor não afirme a respectiva invalidade em todas as circunstâncias.

pela concessão (ou não) de liberdade à Administração para, preenchidos os pressupostos legalmente definidos, adotar (ou não) uma determinada conduta prevista numa norma legal. Atente-se, a título exemplificativo, no artigo 103.º do CPA: se o n.º 1 contempla as hipóteses em que *não há lugar* à audiência dos interessados (pelo que, verificadas as situações aí prescritas, o órgão instrutor está vinculado a passar à fase procedimental subsequente), o n.º 2 consagra a *possibilidade* de, preenchidos os pressupostos das suas várias alíneas, o órgão instrutor *dispensar* a audiência dos interessados, cabendo-lhe, pois, a decisão de, *in concreto*, determinar o cumprimento (ou não) deste trâmite¹⁵¹. Neste sentido, enquanto a isenção não dá lugar a qualquer ponderação do órgão decisor, uma vez que, tendo-se por verificados os pressupostos normativamente previstos, sobre aquele impende o dever de não aplicar a norma ao caso concreto¹⁵², a dispensa, enquanto modalidade da derrogação administrativa¹⁵³, concebe-se como uma forma de conferir discricionariedade (de decisão) à Administração, na medida em que permite ao órgão administrativo desviar-se da concretização de certos efeitos legalmente fixados, em casos atípicos cuja configuração se encontra delineada pelo próprio legislador¹⁵⁴.

¹⁵¹ Sobre o sentido do artigo 103.º do CPA, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 462 e ss., esp.^{te} pp. 463 e 465, comentários II e VIII ao artigo 103.º, respectivamente.

¹⁵² Não se repudia que a previsão de uma isenção comporte a atribuição de poderes discricionários no que tange à apreciação do preenchimento dos seus pressupostos, como, aliás, sucede no referido n.º 1 do artigo 103.º do CPA; em qualquer hipótese, inexistente, contudo, discricionariedade quanto à não aplicação da norma ao caso concreto, após se haver concluído que se encontram verificados tais pressupostos. Na perspectiva (mais ampla) que seguimos, típica da isenção não é a operatividade *ex lege*, que implicasse sempre uma mera verificação pura por parte do órgão decisor, mas antes a vinculação (obrigação) do afastamento da norma no caso concreto (independente da formulação de qualquer juízo de oportunidade), a partir do momento em que se conclua pela verificação dos pressupostos legalmente delineados.

¹⁵³ Enquanto instrumento flexibilizador da legalidade, a derrogação implica a atribuição legislativa do poder de o órgão se desviar da solução-regra prevista pelo legislador (a qual assume, por consequência, uma natureza supletiva) e criar uma solução para o caso concreto. Sobre a derrogação administrativa, cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 904 e ss. (que a compreende como uma manifestação da «flexibilização da legalidade» e da «erosão da legalidade heterovinculativa da actuação administrativa»); no que tange à relação entre derrogação administrativa e discricionariedade, v. p. 905, n. 514), e *Direito...*, cit., pp. 341 e s.; David DUARTE, *A Norma...*, cit., pp. 516 e ss. (enquadrando a derrogação administrativa no cenário das normas de conduta impositivas atributivas de discricionariedade, na medida em que estabelece várias alternativas; cf. também pp. 517 e s., n. 18).

¹⁵⁴ Cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 456 e s.. Neste sentido, a doutrina alemã alude a uma «discricionariedade de dispensa» (*Dispensermessen*): assim, v. g., OSSENBÜHL («Rechtsquellen...», cit., p. 210), quando ensaia uma definição do poder discricionário da Administração, caracteriza a *Dispensermessen* como uma forma através da qual a Administração fica autorizada a estabelecer uma excepção a uma determinada norma jurídica. Dentro desta *Dispensermessen* distinguem-se as hipóteses em que a lei autoriza a dispensa da norma perante casos atípicos quando das circunstâncias concretas resulte que a respectiva aplicação se revele contrária aos fins legais e as situações em que a cláusula de dispensa permite à Administração não aplicar uma lei em casos especiais (cf. BULLINGER, «Das Ermessen der Öffentlichen Verwaltung», in: *Juristen Zeitung*, 39.º ano, Novembro 1994, pp. 1007 e s.). V. ainda BROHM, «Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich», in: *Juristen Zeitung*, ano 50.º, Abril 1995,

Considerações análogas valem, *mutatis mutandis*, para a temática dos regulamentos administrativos, os quais podem prever também a isenção ou a dispensa da aplicação de alguma ou algumas das suas normas.

Também agora, a isenção não abre espaço para a ponderação do órgão decisor quanto à não aplicação da norma regulamentar ao caso concreto: preenchendo-se os pressupostos previstos, em abstracto, pelo regulamento, fica afastada a possibilidade de mobilização da norma regulamentar para a resolução do caso. Em rigor, a isenção configura um modo de delimitação negativa do âmbito de determinada(s) norma(s), destinando-se, por conseguinte, a excluir daquele âmbito um conjunto de situações que, *prima facie*, estariam adstritas à respectiva observância. A distância que separa a isenção e a recusa de aplicação não decorre apenas do facto de a não aplicação da norma em consequência da isenção constituir o resultado de uma decisão do titular do poder regulamentar (nem que seja apenas em parte, como sucederá se a norma que prevê a isenção deixa uma abertura quanto à apreciação da verificação dos pressupostos), efectuada em abstracto e independentemente da iminência da resolução de um caso concreto, mas emerge ainda da circunstância de a isenção, enquanto delimitação do âmbito de uma norma regulamentar, consubstanciar – ela própria – uma norma regulamentar e, enquanto tal, se revelar susceptível de recusa de aplicação (desde logo, com fundamento em invalidade)¹⁵⁵.

A dispensa¹⁵⁶ ocorre, quando cumpridos na situação concreta certos pressupostos previstos abstractamente pelo regulamento, este último permite que o órgão decisor

pp. 371 e s., 373 e ss.; KAFFENBERGER, *Das Intendierte Verwaltungsermessen*, Herbert Utz Verlag, München, 2002, p. 119, destringindo também as circunstâncias em que o legislador estabelece excepções à aplicação de determinada norma (que assimilamos às de isenção) daquelas em que prevê um espaço de liberdade, para ter em conta as especificidades do caso concreto e a constelação de interesses em jogo (que aproximamos das situações de dispensa), espaço esse reconducente à categoria – devida à elaboração jurisprudencial do *Bundesverwaltungsgericht* – da «discricionariedade orientada» (*intendiertes Ermessen*). Sobre esta última noção, além da citada obra de KAFFENBERGER, cf., v. g., para uma sinopse crítica, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 137 e s..

Posição similar no sentido de que o controlo da legalidade da dispensa se reconduz à verificação da ocorrência da situação de facto pressuposta e à fundamentação, v. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 465, comentário VIII ao artigo 103.º (a propósito da dispensa administrativa de audiência dos interessados).

¹⁵⁵ Pense-se, v. g., na isenção que atentasse contra o princípio da igualdade; admitindo que se encontravam cumpridos os condicionalismos da admissibilidade da recusa de aplicação com fundamento em invalidade, o órgão decisor poderia afastar, por esse motivo, na decisão do caso concreto, a norma de isenção, solucionando-o pela mediação da norma de cujo âmbito se encontrava excluído em consequência daquela.

¹⁵⁶ A dispensa (da aplicação de uma norma ao caso concreto) sobre que versamos neste ponto não se confunde com a dispensa enquanto acto administrativo de conteúdo favorável (que elimina ou reduz encargos), através do qual a Administração remove um dever especial ou permite o não cumprimento de uma

pondere o afastamento de uma regra por aquela estatuída, regra essa que, dentro daquele circunstancialismo, não assume carácter imperativo, mas dispositivo¹⁵⁷. Se, na isenção, o sentido da decisão sobre a não aplicação da regra, quanto a um caso que reúne os pressupostos previstos no regulamento, foi fixado (antecipado) pelo órgão emissor, na dispensa, exige-se uma decisão do órgão competente para a resolução do caso concreto, que consiste em, ponderado o circunstancialismo regulamentarmente previsto, determinar o afastamento (dispensar, *proprio sensu*) da aplicação da norma em causa ou, pelo contrário, em (legitimamente) aplicá-la, ainda quando se encontrem verificados os pressupostos de que dependia a dispensa.

Esta noção evidencia alguns pontos de aproximação entre a recusa de aplicação e a dispensa. Por um lado, e à semelhança da recusa de aplicação, a dispensa pressupõe uma decisão de aplicar ou não aplicar a norma no momento da realização administrativa do direito, decisão essa destinada a averiguar, no plano do mérito, se se revela conveniente para o interesse público que determinada(s) norma(s) regulamentar(es) não seja(m) mobilizada para a decisão do caso concreto. Efectivamente, e tal como se afirma que a dispensa constante de uma lei implica a atribuição de um poder discricionário à Administração, a previsão da possibilidade de dispensa num regulamento representa, quando perspectivada sob a óptica do regulamento como forma de autovinculação administrativa, uma limitação da autovinculação regulamentar ao nível da actividade administrativa concreta; quer dizer, quando um regulamento admite que, por decisão do órgão administrativo decisor, alguma(s) da(s) sua(s) normas seja(m) afastada(s) no caso

obrigação geral, num determinado caso concreto. V., sobre a dispensa como acto administrativo, Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 112; Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 150; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, p. 261 (não seguimos, porém, o pensamento do Autor, na parte em que concebe a isenção como uma modalidade de dispensa, concedida pela Administração a particulares para a prossecução de um interesse público relevante, por oposição à escusa, concedida a um órgão da Administração, como forma de garantia da imparcialidade). Cf. ainda SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. 1, 15.^a ed., Jovene Editore, Napoli, 1989, p. 624; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 222.

¹⁵⁷ Cf., v. g., artigo 31.º do Decreto Regulamentar n.º 33/97, de 17 de Setembro (alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 14/2002, de 12 de Março), que regula os parques de campismo públicos – que, a requerimento do interessado, permite que seja dispensada a realização de obras destinadas a cumprir os requisitos previstos no regulamento; artigo 6.º do *Regulamento de Navegação em Albufeiras* (Portaria n.º 783/98, de 19 de Setembro, alterada pela Portaria 127/2006, de 13 de Fevereiro) – que admite que as embarcações sejam dispensadas pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional do cumprimento do regulamento, em caso de competições desportivas, sob proposta fundamentada da entidade organizadora da prova.

concreto, está concomitantemente a permitir uma atenuação¹⁵⁸ da natureza autovinculativa da(s) mesma(s)¹⁵⁹.

Por outro lado, a recusa de aplicação pressupõe a existência de uma inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso concreto, inadequação essa conhecida pelo órgão decisor e cujo circunstancialismo não foi antecipado pelo titular do poder regulamentar. Esta diferença não eclipsa o facto de a dispensa, constituindo uma forma de incrementar a flexibilidade característica do regulamento, se destinar justamente a propiciar uma maior adequação da norma regulamentar às situações concretas¹⁶⁰, na medida em que permite tomar em consideração as específicas circunstâncias do caso, por força de uma imposição constante do próprio regulamento. Se, na recusa de aplicação, a consideração da inadequação da norma regulamentar ao caso concreto passa pelo cumprimento de uma tarefa interpretativa pelo órgão decisor, na dispensa verifica-se uma antecipação, realizada pelo órgão com competência regulamentar, de um conjunto de circunstâncias que podem levar à não resolução do caso pela mediação da norma – sem que tal signifique uma exclusão do momento interpretativo, que existirá sempre, quer porque a norma que efectua a dispensa carece também de interpretação, quer porque podem existir outras circunstâncias não previstas na dispensa que conduzam à não decisão do caso pela mediação da norma.

Todavia, a circunstância de a dispensa constituir uma possibilidade de eliminação da *eficácia* vinculativa de determinada norma regulamentar (*in casu*) relativamente a determinado(s) destinatário(s) ou a determinada(s) situação(ões) jurídicas, com base numa ponderação em função dos interesses coenvolvidos¹⁶¹, aparta-a decididamente da figura da

¹⁵⁸ Mas não uma eliminação: por um lado, enunciando o regulamento os pressupostos sob os quais a dispensa pode ser outorgada, tem o órgão decisor de observar o seu preenchimento *in concreto*; por outro lado, ainda quando a dispensa possa pressupor uma decisão que releve essencialmente da apreciação do mérito, a exclusão da aplicação de uma determinada prescrição normativa (ainda que susceptível de ser dispensada) exige do órgão decisor uma fundamentação acrescida, destinada a justificar o afastamento (a dispensa) das normas regulamentares.

¹⁵⁹ Este ponto de confluência surge concretizado por GARCIA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (*Curso...*, cit., p. 212), quando unificam, sob a «dispensa», as hipóteses de “derrogabilidade singular” e de dispensa no sentido que perfilhamos, cuja diferença reside no facto de a segunda estar prevista no regulamento, revelando-se, por isso, admissível (ao contrário da primeira).

¹⁶⁰ V. SAURER, *Die Funktionen...*, cit., p. 453. Como sublinha o Autor, a previsão de dispensas constitui um dos instrumentos potenciadoras da flexibilidade característica dos regulamentos, à qual se alia a consagração de cláusulas de dinamização (*Dynamisierungsklauseln*) que tenham em conta os desenvolvimentos ulteriores da técnica, de reenvios para o estado da técnica e das designadas *sunset clauses* (*i. e.*, disposições que determinam a cessação da vigência do regulamento após um determinado período de tempo, especialmente relevantes em matéria ambiental).

¹⁶¹ Cf. a noção similar de «dispensa» em Gomes CANOTILHO, «Direito à Emanação...», cit., pp. 291 e s. (ainda que formulada a propósito da explicitação do conceito de lei individual).

recusa de aplicação *com fundamento em invalidade*, porquanto, nesta última hipótese, a inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso não decorre das específicas circunstâncias deste último (*hoc sensu*, da divergência entre os âmbitos de relevância da norma e do caso), mas do confronto entre a norma mobilizada e os respectivos parâmetros de vinculação¹⁶². Além disso, e como apreciaremos *infra* (cf. Parte IV), a recusa de aplicação de regulamentos inválidos constitui uma decisão vinculada e, como tal, susceptível de reexame; por sua vez, a dispensa, justamente por abrir espaço para a consideração da conveniência no afastamento da norma, implica o exercício de poderes discricionários.

2.2.3. A inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso concreto

O facto de uma norma se encontrar formalmente em vigor no ordenamento jurídico não obsta a que a mesma se revele inadequada para solucionar um problema concreto¹⁶³. Encontramo-nos, neste momento, no ponto charneira da dilucidação do conceito de «recusa de aplicação», identificado justamente com as hipóteses em que uma determinada norma, seleccionada para resolver um caso, acaba por se demonstrar prático-normativamente adequada para o assimilar. Vejamos em que se traduz e quais os modos que assume essa inadequação.

2.2.3.1. Recusa de aplicação e interpretação

Quando operada pela mediação de um regulamento, a realização do direito por um órgão administrativo, ainda que assumindo natureza diversa (por causa da diversidade da função – administrativa – à qual se encontra associada) da realização judicial do direito, implica necessariamente a interpretação de uma disposição, vertida num texto, para daí retirar a norma de decisão do caso concreto – em perfeita consonância com este objectivo de «encontrar o direito» (*Rechtsfindung*) ou mesmo de «criar o direito» (*Rechtsschöpfung*)

¹⁶² Poder-se-á questionar se, nas hipóteses em que o regulamento admite a postergação de certas normas em função das circunstâncias do caso concreto (mediante a previsão de uma dispensa), existe, de alguma forma, uma maior abertura para o afastamento dessas mesmas normas, devendo admitir-se, com mais facilidade, o seu afastamento, quando as mesmas padeçam de invalidade, ainda que não estejam verificados os pressupostos da dispensa.

¹⁶³ Como sublinha Castanheira NEVES (*Metodologia...*, cit., p. 175), uma norma apenas será aplicável se “levando pressuposto e dando solução ao mesmo tipo de problema jurídico do caso concreto, for susceptível de atender ou de servir intencional-problematicamente de base para a ponderação ou o juízo normativo de todo o âmbito e modo de relevância que corresponde a esse problema jurídico concreto”.

para a resolução de um conflito de interesses¹⁶⁴ que caracteriza a tarefa metodológica. Uma referência à relação entre interpretação e regulamentos atrai a atenção para o problema da interpretação das próprias normas regulamentares.

Neste horizonte, o regulamento surge-nos como um elemento perturbador, porquanto a função administrativa é prosseguida tanto por via geral e abstracta, como por via individual e concreta: a Administração, ao mesmo tempo que emite critérios que integram do sistema jurídico e aos quais, por força do princípio da juridicidade, fica igualmente adstrita na sua actuação concreta, estando-lhe, por isso, cometida uma tarefa interpretativa desses mesmos critérios, sempre que se pretenda solucionar os casos pela sua mediação. Ora, é justamente neste cenário que surge o problema da recusa de aplicação de regulamentos pelos órgãos administrativos.

Superados que estão os aforismos segundo os quais *in claris non fit interpretatio* ou *interpretatio cessat in claris*¹⁶⁵, não se afigurará estranho sublinhar que a solução dos casos concretos através de normas regulamentares exige o desenvolvimento de uma tarefa interpretativa pelos órgãos administrativos. Nas palavras de Castanheira Neves¹⁶⁶, a interpretação consiste no “acto metodológico de determinação do sentido jurídico normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo *de direito*) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento normativo-metodológico dessa mesma realização”. Contudo, encontramos agora diante de uma das modalidades daquilo que Afonso Queiró¹⁶⁷ designou como «interpretação administrativa», *i. e.*, a interpretação efectuada por todos aqueles que intervêm na actividade administrativa, em especial, os órgãos da Administração activa, consultiva, de controlo e de tutela – tantas vezes negligenciada e desconhecida da análise doutrinal¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Assim, *v. g.*, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 402, no âmbito do capítulo dedicado à interpretação das normas pela Administração. Cf. também OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 287, onde acentua a incontornabilidade da tarefa interpretativa dos órgãos administrativos (embora a propósito da interpretação das leis). *V.* ainda SEILER, *Auslegung...*, cit., p. 53, que aproxima a Administração dos tribunais na tarefa de concretização das normas jurídicas.

¹⁶⁵ Sobre as origens medievais, repercussão na Lei da Boa Razão e refutação dos referidos aforismos, *v.*, por todos, Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 14 e ss..

¹⁶⁶ Castanheira NEVES, «Interpretação...», cit., p. 338. Cf. também as noções propostas por Castanheira NEVES, *O Actual Problema...*, cit., p. 12 e s..

¹⁶⁷ Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 557. *V.* ainda Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 187.

¹⁶⁸ Assim já COMBEAU, «Réflexions...», cit., p. 1069.

Tal como sucede relativamente às demais normas jurídicas, a interpretação dos regulamentos possui uma feição constitutiva,volvendo-se numa «concretização normativa» (*Normkonkretisierung*)¹⁶⁹, e, por conseguinte, numa actividade de pensamento jurídico, apoiada em determinado enunciado normativo previamente imposto, que visa a decisão de casos concretos e culmina na obtenção da *máxima de decisão* mediante a elaboração individualizante (a concretização) da norma em causa¹⁷⁰. Assim, e louvando-nos ainda no ensino de Castanheira Neves¹⁷¹, só através da interpretação descobrimos a norma do caso concreto e nesse momento concluímos, após uma tarefa metodológica, pela adequação ou inadequação da mesma, por vários motivos, para a assimilar o caso. É neste sentido que também Sérvulo Correia¹⁷² se refere aos órgãos competentes para a prática de actos concretos como «agentes de interpretação».

Esta ideia não pretende (nem poderia) escamotear as diferenças que intercedem entre a interpretação jurisdicional e a interpretação administrativa. Tais diferenças decorrem, desde logo, das finalidades prosseguidas pelos órgãos administrativos, porquanto a realização do direito por estes empreendida partilha do objectivo, mais geral e inerente ao exercício da função administrativa, que se reconduz à prossecução do interesse público – finalidade ausente do exercício da função judicial. Diferença esta que aparece espelhada no estatuto dos órgãos administrativos, que não gozam de independência: eis-nos diante de um aspecto que se manifesta na particular configuração assumida pelo princípio da imparcialidade (indelevelmente marcada pela prossecução do interesse público) e nas relações inter-orgânicas e intersubjectivas (onde a autonomia interpretativa varia no mesmo sentido da autonomia decisória do órgão). Não se estranhará, por isso, que o reconhecimento da interpretação administrativa não oblitere que, em última instância, o intérprete por excelência seja o juiz, visto que a este último assiste sempre a possibilidade de, em sede de controlo, sindicar a interpretação efectuada pelos órgãos administrativos e substituí-la¹⁷³.

¹⁶⁹ Sobre a interpretação como concretização normativa, cf. SEILER, *Auslegung...*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 38 e ss. (o Autor refere-se precisamente à interpretação enquanto «acto criador de concretização normativa» – *schöpferischer Akt der Normkonkretisierung*).

¹⁷⁰ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 262, n. 16, louvando-se em Betti.

¹⁷¹ Cf., v. g., Castanheira NEVES, «Interpretação...», cit., p. 338; v. também *O Actual Problema...*, cit., pp. 67 e ss., e *Metodologia...*, cit., pp. 125 e ss..

¹⁷² Sérvulo CORREIA, «Interpretação...», cit., p. 335.

¹⁷³ Cf. COMBEAU, «Réflexions...», cit., p. 1073, embora apelando a uma distinção entre intérpretes legítimos e intérpretes não legítimos, da qual nos distanciamos.

É certo que a tarefa metodológica se não esgota no problema da interpretação e que o momento interpretativo apenas dogmático-explicativamente se revela cindível do momento da «aplicação» da norma ao caso concreto: daí a afirmação de Bobbio¹⁷⁴ segundo a qual “interpretar significa conhecer um acto espiritual através da sua expressão, mas conhecê-lo para o realizar”, realização essa que não se destina a uma disquisição cognoscitiva mas possui uma intenção prática. Recuperando, da mesma forma, a lição de Castanheira Neves¹⁷⁵, poderemos caracterizar a interpretação mediante o recurso à figura do “círculo metodológico, análogo ao «círculo hermenêutico» em geral”, a salientar que a norma só é interpretativamente descoberta através da sua mobilização para a resolução dos casos concretos que a invoquem como critério (e que, em simultâneo, a enriquecem e reconstituem) e, por conseguinte, a existência de um *continuum* da realização do direito, em que a interpretação surge como momento dessa realização, integrando assim o *actus* (complexo, acrescentaríamos) da realização do direito.

A referência à tarefa interpretativa no horizonte de uma tentativa de delineação de uma noção de recusa de aplicação compreende-se se atendermos às consequências a que a primeira pode conduzir. Efectivamente, o confronto entre a figura da desaplicação e a interpretação de normas regulamentares assume especial relevância nas hipóteses em que, perante um caso concreto, se pretende excluir a aplicação de uma norma regulamentar por se entender que a mesma não fornece solução para o problema colocado pelo caso. Sem prejuízo da consideração de que a competência para a interpretação não envolve necessariamente o exercício do poder de recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento em invalidade¹⁷⁶, é indubitável que esta questão se encontra muito próxima da que analisamos.

¹⁷⁴ BOBBIO, *L'Analogia nella Logica del Diritto*, Presso L'Istituto Giuridico della R. Università, Torino, 1938 p. 136. Neste sentido, o Autor identifica sistematicamente dois momentos na interpretação (momentos esses incidíveis, atenta a unidade do processo interpretativo): o momento do conhecimento (*presa di conoscenza*) e o momento da sua realização ou actuação concreta (*messa in atto*).

¹⁷⁵ Castanheira NEVES, *O Actual Problema...*, cit., p. 11 e ss. (citação da pp. 13 e s.), «Interpretação...», cit., pp. 338, 370 e ss., «A Unidade do Sistema Jurídico: O Seu Problema e o Seu Sentido», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 128 e ss., e. V. também Menezes CORDEIRO, «Introdução» à tradução portuguesa de CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. CIV; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 931 e s..

A própria jurisprudência o vai também já reconhecendo – cf., v. g., Acórdão do STJ, de 28.11.2000, P. 3189/2000, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 501, 2000, p. 296, para quem “a hermenêutica é agora um normativo encontrar do direito em concreto”.

¹⁷⁶ Assim, já PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 391.

I. A primeira observação a sublinhar, neste horizonte, relaciona-se com o particular juízo subjacente à interpretação jurídica, enquanto parte integrante da tarefa de resolução de casos concretos pela mediação de normas jurídicas (regulamentares, *in casu*). A interpretação pressupõe um juízo analógico de problemas, *i. e.*, um raciocínio de particular a particular¹⁷⁷, um confronto entre o problema do caso concreto e o problema (ou a «série de casos») que está (estão) na base do critério (a norma regulamentar) por mediação do qual se pretende solucionar o caso decidendo¹⁷⁸. Ora, pode resultar que o âmbito problemático da segunda não assimile o (não seja semelhante ao) âmbito problemático do primeiro. Uma conclusão de que a norma hipoteticamente adequada para a resolução do caso não se revela susceptível de assimilar as especificidades deste último (porque do confronto entre o âmbito de relevância da norma e o âmbito de relevância do caso resulta uma impossibilidade de assimilação¹⁷⁹) levará ao afastamento da norma – mas tal não implica que a mesma haja sido objecto de recusa de aplicação no sentido aqui visado¹⁸⁰. Importa, desde logo, sublinhar que, na hipótese avançada, não solucionar o caso concreto pela mediação daquela norma é ainda uma forma de a aplicar. Uma concepção metodologicamente adequada da realização do direito pela mediação de regulamentos não pode abstrair da consideração das diversas circunstâncias do caso concreto, sobretudo num cenário – como o da realização administrativa (e não judicial) do direito – cujo *quid specificum* reside justamente na necessidade de aquilatar os vários interesses em presença na busca da melhor satisfação do interesse público.

Aliás, é também por esta via que podemos articular a nota da autovinculação proporcionada pelo regulamento com a flexibilidade de que a Administração Pública deverá ser dotada em vista de uma adequada prossecução dos interesses públicos em

¹⁷⁷ Relativamente à estrutura do raciocínio analógico, cf. CAIANI, «Analogia (Teoria Generale)», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 362 e ss.. Cf. também BOBBIO, *L'Analogia...*, cit., pp. 87 e ss..

¹⁷⁸ Sobre a racionalidade analógica própria do pensamento metodológico, cf. lapidariamente Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 80, e «O Princípio...», cit., pp. 448 e ss. (esp.^{te} pp. 454 e ss.), cuja perspectiva surge sintetizada em quatro proposições: o juízo normativo-jurídico metodológico “α) é epistemologicamente também interpretação, β) cumpre normativo-teleologicamente a função prática da norma, γ) participa da interpretação como meio e é-lhe imputável como resultado, δ) e (...) é a própria essência intencional e metodológica da interpretação jurídica”.

Cf. ainda Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 940 e ss. (v. também *A Metodologia...*, cit., pp. 169 e ss., sobre a «série de casos»); CAIANI, «Analogia...», cit., pp. 357 e s. (para quem a analogia se concebe como o instrumento ou meio decisivo da aplicação do direito “que consente colher na diferença a identidade, na fragmentaridade a coerência”, representando ainda, pelas suas propriedades constitutivas, o “momento propulsivo e dinâmico de qualquer processo cognoscitivo ou de investigação”).

¹⁷⁹ Assim, Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 176 e ss.

¹⁸⁰ Cf. também HILL, «Normsetzung...», cit., p. 994.

presença¹⁸¹. Por outro lado, o próprio princípio da igualdade – já recrutado para sustentar a regra da inderrogabilidade singular dos regulamentos e ao qual se encontra constitucionalmente adstrita a Administração – impõe um tratamento desigual de casos desiguais, a justificar que uma norma seja afastada da resolução de um caso concreto quando não exista uma analogia entre o caso concreto e a «norma-problema»¹⁸². Nesta medida, quando a norma seleccionada não se revela apta a assimilar o caso concreto (porque não se verifica uma analogia entre os âmbitos problemáticos da norma e do caso) e é, por isso, afastada da decisão do caso, não nos encontramos diante da figura da recusa de aplicação¹⁸³.

II. Casos há, porém, em que, não obstante uma analogia entre os âmbitos problemáticos da norma e do caso, a interpretação conduz ao afastamento da norma para a resolução do caso concreto, em resultado da interferência de dois elementos que, respectivamente, a transcendem no plano social (fáctico) e no plano da validade: a realidade jurídico-social e a axiologia (ou, se quisermos concretizar, reduzindo, os parâmetros de vinculação). Trata-se de uma consideração que não surpreende quando atentamos que a vigência (ou a positividade) predicativa do direito (ou que traduz o específico «modo-de-ser» do direito) possui uma dupla face de eficácia e validade que a sustentam nos planos sociológico e axiológico¹⁸⁴. Além disso, se examinarmos os estratos que formam o sistema jurídico, logo verificamos que as normas prescritas (acompanhadas da elaboração da dogmática doutrinal) ocupam justamente uma posição intermédia entre os princípios (a intenção axiológico-normativa) e a realidade histórico-social¹⁸⁵.

¹⁸¹ Colocando já a tónica no antagonismo autovinculação/flexibilidade, ao analisar o alcance da autovinculação administrativa, cf. SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., p. 182.

¹⁸² Sobre o objecto da interpretação («norma-texto» ou «norma-problema»?) e o sentido da interpretação (interpretação normativa ou interpretação hermenêutica?), cf. Castanheira NEVES, «Interpretação...», cit., pp. 341 e ss., *O Actual Problema...*, cit., pp. 45 e ss., e *Metodologia...*, cit.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 892 (utilizando explicitamente a referência à contraposição «norma-texto»/«norma-problema»)

¹⁸³ Neste sentido, louvando-se na experiência inglesa, JOUANJAN, *Le Principe...*, cit., p. 366.

¹⁸⁴ Sobre o «modo-de-ser» (modalidades de existência) do direito, cf. Castanheira NEVES, *Curso...*, cit., pp. 147 e ss.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 581 e ss..

¹⁸⁵ Cf. Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., pp. 172 e s., estratos esses que, como salienta o nosso Professor, se distinguem mas que só podem compreender-se nas suas cumplidades, porquanto relacionados numa dialéctica de espiral constitutiva de dois sentidos (dos princípios para a realidade e desta para aqueles, para voltar a percorrer o sentido inverso).

α) Atendamos, em primeiro lugar, às situações em que a realidade histórico-jurídica interfere com a vigência (a positividade) da norma regulamentar convocada pelo órgão administrativo para a solução do caso em análise. A circunstância de as normas jurídicas irem referidas a um problema concreto (ou, como vimos *supra*, se destinarem a solucionar um *tipo* de casos) leva a que a realidade se consubstancie como uma das suas dimensões constitutivas (ainda que perspectivada sob a lupa da norma jurídica em causa). Estamos, pois, diante daquilo a que o conceito de «domínio da norma» (*Normbereich*), devido à elaboração dogmática de Friedrich Müller, pretende reportar-se: a porção de realidade social considerada pela norma para a qual se obtém, mediante interpretação da mesma norma, um «programa normativo» (*Normprogramm*), permite encontrar a «norma-decisão»; o «domínio da norma» identifica-se com o “encadeamento de elementos da estrutura [da norma] que são retirados da realidade social segundo a perspectiva avaliadora do programa normativo, elementos que são, em geral, pelo menos parcialmente formados pelo direito” e cuja análise representa uma parcela do processo de concretização da norma jurídica¹⁸⁶.

A circunstância de encarmos este problema da perspectiva da realização *administrativa* do direito faz ressaltar a importância de uma correcta valoração dos factos (das «circunstâncias da vida»), em virtude da tarefa de prossecução do interesse público inerente ao exercício da função administrativa. Basta atentarmos no significado revestido pela realidade jurídica quer como *pressuposto* da actuação administrativa (o que encontra lastro na própria teoria do acto administrativo, onde a doutrina reconhece como momento estrutural a estatuição, que compreende, *inter alia*, o fim, onde se incluem os pressupostos reais ou de facto, *i. e.*, as situações concretas da vida invocadas para a intervenção administrativa¹⁸⁷), quer como *resultado* da actividade da Administração (onde nos deparamos com a realização em concreto dos interesses públicos intencionados como parâmetro do juízo de mérito da actuação administrativa)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Sobre o conceito de *Normbereich*, cf., v. g., F. MÜLLER, *Discours de la Méthode Juridique*, PUF, Paris, 1996, pp. 191, 195 e ss., 354 e ss..

¹⁸⁷ V. Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, cit., p. 274: a Administração só pode actuar quando se encontrarem reunidos os pressupostos hipotéticos e os pressupostos reais ou de facto, não bastando, por isso, invocar a existência de uma situação de facto pressuposta pelo legislador, mas exigindo-se igualmente a verificação concreta da mesma.

¹⁸⁸ Sobre o significado das «circunstâncias da vida» (*Lebenssachverhalte*) no Direito Administrativo, cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 548 e s. (sublinhando tal relevância em âmbitos tão distintos como a anulação de actos administrativos, o procedimento ou a responsabilidade civil).

Ora, assumindo-se a realidade como uma dimensão constitutiva da normatividade da norma, poderá acontecer que o problema pressuposto pela norma deixe de ter refração na ordem social: se as normas, em virtude da generalidade e abstracção que as caracterizam, possuem uma intenção de imutabilidade, já a realidade, porque exposta à corrupção (*proprio sensu*) do tempo e dotada de uma dinâmica própria, pode deixar de as solicitar¹⁸⁹. Neste momento, deparamo-nos com uma situação de obsolescência normativa, podendo afirmar-se que a norma perde o seu «valor empírico» (*faktische Rechtsgeltung*)¹⁹⁰.

A obsolescência normativa – enquanto perda da eficácia das normas – assume duas configurações: ou a norma deixa de ser aplicada porque não existem casos a que ela, mesmo abstractamente, seja aplicável, ou o órgão não aplica a norma porque esta deixou de se adequar à forma como os casos actualmente se apresentam (ou, nas palavras de Castanheira Neves¹⁹¹, verificou-se uma “alteração das circunstâncias histórico-sociais a que a norma vai referida”). Tal como Oliveira Ascensão¹⁹² sublinhava relativamente ao negócio jurídico, também o regulamento “é uma realidade histórica, logo está necessariamente situado”; um órgão administrativo emite uma norma regulamentar “por ser aquela a realidade envolvente”, motivo por que a realidade histórica constitutiva do regulamento acabará por condicionar a respectiva vinculatividade.

Eis a situação que, da nossa perspectiva interessada, importa considerar: embora a norma seja, *prima facie*, aplicável, o órgão conclui, quando a interpreta, que ela pressupunha uma realidade que já não existe e que, portanto, não está subjacente ao caso decidendo – questão que, de algum modo, exige um confronto com o conceito de recusa de aplicação¹⁹³.

A circunstância de a caracterização do conceito de obsolescência mobilizar a realidade que constitui o substrato *de facto* da norma aproxima este problema de um outro – sobre o qual versaremos *infra* (cf. 2.2.3.3.) – da relevância do resultado da decisão como

¹⁸⁹ Cf., a propósito dos limites temporais das normas, Castanheira NEVES, *Curso...*, cit. pp. 116 e s., e «Fontes...», cit., pp. 77 e s.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit. pp. 729 e s.. Cf. ainda Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 182 e ss., aludindo justamente aos casos de não assimilação pela norma da relevância do caso, em consequência da superação normativa por obsolescência.

¹⁹⁰ Sobre esta noção, cf., v. g., IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeiten von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980, pp. 154 e ss..

¹⁹¹ Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 182.

¹⁹² Oliveira ASCENSÃO, «Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 65, Dezembro 2005, p. 625.

¹⁹³ Atente-se que, dada a relação de proximidade que intercede entre certos tipos de regulamento e a lei, pode suceder que um regulamento se revele obsoleto porque a lei que constitui o seu fundamento também é obsoleto, sem que um ou outra tenham constituído objecto de um acto formal que os retire do ordenamento jurídico.

cânone interpretativo da norma regulamentar. Repare-se, porém, que estamos diante de situações diferenciadas, fundamentadas em perspectivas igualmente diversas: se, na obsolescência normativa, o intérprete não aplica a norma porque a mesma se revela imprestável para apreender a realidade ou os interesses públicos subjacentes ao caso, mercê de uma alteração ocorrida no seio destes últimos, a convocação do cânone do resultado da decisão como fundamento para afastar a norma no caso concreto destina-se, pelo contrário, a garantir que os interesses públicos (actuais) subjacentes à mesma norma ficam respeitados na situação decidenda.

Da mesma forma, também a obsolescência normativa se não confunde com uma qualquer manifestação de tolerância administrativa. Como é sabido, a tolerância corresponde, em geral, a uma prática (à qual pode corresponder uma atitude interna – a tolerância como virtude) que se traduz na renúncia ao exercício de um poder negativo relativo a comportamentos desaprovados pelo sujeito que tolera; como tal, a tolerância pressupõe uma conjugação entre *scientia* e *patientia*¹⁹⁴. Ou, por outras palavras, a tolerância exige que o sujeito detenha a possibilidade de exercer o seu poder (não se encontrando, por isso, numa situação de sujeição), assim como uma discordância (e não uma mera indiferença) perante o comportamento em causa¹⁹⁵. Assim, enquanto a tolerância pressupõe que a Administração se abstenha de exercer um poder que detém – ou, melhor, implica que a autoridade administrativa não exerça uma competência que lhe é conferida por um regulamento (com base na lei) –, a não mobilização de uma norma regulamentar para a decisão do caso concreto com fundamento em obsolescência radica no facto de os pressupostos subjacentes à norma convocada terem perdido actualidade, falecendo-lhe, por conseguinte, a eficácia¹⁹⁶. Da distinção efectuada não decorre, porém, um total divórcio entre tolerância e obsolescência normativa, porquanto um dos motivos pelo qual a norma se revela susceptível de ser ultrapassada pela realidade pode residir precisamente na sua não convocação pelo órgão administrativo: o desinteresse pela aplicação da norma por

¹⁹⁴ Assim, PATTI, «Tolleranza (Atti di)», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 702.

¹⁹⁵ Sobre a noção de tolerância, v., por todos, entre nós, Paulo Mota PINTO, «Nota sobre o “Imperativo de Tolerância” e Seus Limites», in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 748 e s., que, no conceito de tolerância mencionado no texto, seguimos de perto. V. ainda o que diremos *infra*, em nota, 2.2.3.3., a propósito do confronto entre tolerância administrativa e relevância do resultado da decisão.

¹⁹⁶ Em sentido próximo, VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 299.

parte da Administração, acompanhado por uma resistência do seu cumprimento pelos respectivos destinatários, podem determinar que a norma caia em desuso¹⁹⁷.

β) Debrucemo-nos agora sobre as hipóteses em que a norma regulamentar não respeita os padrões de validade a cuja observância se encontra adstrita; em suma, a norma viola os seus parâmetros de vinculação¹⁹⁸. Não ignoramos que constitui este um ponto nevrálgico que exigirá, no desenrolar deste trabalho, outras disquisições: a sua referência neste momento visa tão-só alertar para a circunstância de ser a apreciação da validade das normas um dever do órgão administrativo, porque exigido pela tarefa interpretativa a que este, na decisão dos casos concretos pela mediação da norma, se não pode furtar, sem prejuízo de a vinculação administrativa à juridicidade pressupor igualmente uma actuação do órgão administrativo em conformidade com o direito. É, então, no momento (como vimos, apenas abstractamente identificável) da interpretação que o órgão pode concluir pela inadequação práctico-normativa da norma para assimilar o caso concreto, inadequação essa resultante da sua desconformidade com os parâmetros de validade que a vinculam; por outras palavras, é em sede de interpretação que o órgão vai aferir da validade da norma regulamentar e, concluindo pela sua invalidade, decidir se soluciona o caso concreto pela mediação da mesma.

Assim, e independentemente de uma análise detida da tensão entre o dever de apreciar se a norma se compatibiliza com os respectivos parâmetros de vinculação e o exercício da competência para a rejeitar, estamos já em condições de concluir que, pressupondo a interpretação (e, em geral, a decisão dos casos concretos pela mediação das normas) a convocação de todo o sistema jurídico, afirmar-se-á na esfera jurídica dos órgãos aos quais se encontra cometida uma tarefa de resolução de casos concretos (agora, em especial, aos órgãos administrativos) um «dever de autocontrolo da juridicidade da actuação administrativa»¹⁹⁹ – dever esse que decorre logo do n.º 1 do artigo 271.º da

¹⁹⁷ Como avisadamente advertem VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA (*Principios...*, tomo I, cit., p. 302), o reconhecimento da obsolescência de uma norma – que permite o respectivo afastamento na decisão do caso concreto – constitui tarefa delicada, já que nem sempre o facto de uma norma ser constantemente violada pelos seus destinatários ou não ser regularmente mobilizada pela Administração significa que a mesma perdeu a eficácia, tornando-a obsoleta: pense-se, na perspectiva do destinatário, no que sucede com as normas fiscais, ou, do ponto de vista da Administração, na não aplicação ilegal de uma determinada norma.

¹⁹⁸ Sobre os parâmetros de vinculação dos regulamentos, cf., desenvolvidamente, *infra*, Parte III, 2.

¹⁹⁹ Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 204. Trata-se do «controlo de normas no interior da Administração» (*Verwaltungsinterne Normenkontrolle*) a que se referem WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 388.

Constituição, quando estabelece a responsabilidade (civil, criminal e disciplinar) dos funcionários e agentes de entidades públicas pelas actuações ou omissões ilegais, *scilicet*, lesivas dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos²⁰⁰. Daí que, se atendêssemos apenas a esta face do problema e ignorássemos a sua contextualização no âmbito dos demais princípios da actuação administrativa, afirmaríamos que, diante uma norma inválida, o órgão, ao invés de adoptar uma conduta (ilegal) consonante com essa norma, afastá-la-ia na decisão do caso concreto.

Importa, porém, sublinhar que o referido dever de autocontrolo da juridicidade não conduz necessariamente a um afastamento da aplicação da norma; pelo contrário, impor-se-á privilegiar, no decurso da tarefa interpretativa, o sentido da norma que permita salvaguardar a respectiva validade e, nesta medida, a sua integração no sistema jurídico a que pertence (ou, se quiséssemos aludir aos elementos tradicionais da interpretação, impõe-se aos órgãos administrativos a consideração do elemento sistemático²⁰¹).

Um exemplo paradigmático desta situação encontramos no cânone da «interpretação conforme com a Constituição» ou na «conformidade com a Constituição» como critério de interpretação ou regra de prioridade interpretativa²⁰² das normas infraconstitucionais. Decantado precipuamente para atender às especificidades do controlo judicial concreto da constitucionalidade²⁰³, a importância deste cânone interpretativo estende-se hoje a todos os processos de fiscalização e assenta não só no princípio da unidade da ordem jurídica²⁰⁴, como em princípios que relevam, em especial, da teoria da

²⁰⁰ Neste sentido, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 238.

²⁰¹ Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 187 e s..

²⁰² Cf., em geral, sobre este critério, por exemplo, LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 480; F. MÜLLER, *Discours...*, cit., pp. 60 e 121; HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 70 e ss. (como sublinha este Autor, o cânone da interpretação em conformidade com a Constituição contende tanto com a interpretação das normas infraconstitucionais, como com a interpretação da Constituição, dada a interpenetração entre ambas que a mobilização em concreto daquele critério pressupõe, em consonância com uma ideia de unidade da ordem jurídica a ele subjacente – *Op. cit.*, p. 75); HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, Tübingen, 2008, pp. 171 e ss. V. também SCHILLING, *Rang...*, cit., pp. 542 e ss.; HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 1, ano 111.º, Janeiro 1996, p. 16, enquanto uma das dimensões (a par da teoria da invalidez parcial) do princípio da conservação das normas (*Prinzip der Rechtserhaltung* ou *normerhaltende Prinzip*).

Entre nós, cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1310 e ss.; Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 195 e s.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo II, cit., pp. 311 e ss.; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 186 e ss., 290 e ss., 319; Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 677 e ss..

²⁰³ Daí que, em termos dogmático-doutrinários, seja objecto de tratamento nesta sede – para o que contribui decisivamente o n.º 3 do artigo 80.º da LTC. V., v. g., Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 81 e ss.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1312 e ss. (perspectivando o problema da óptica do princípio da conformidade funcional na delimitação entre as funções do Tribunal Constitucional e o tribunal *a quo*).

²⁰⁴ HESSE, *Elementos...*, cit., p. 72.

inconstitucionalidade, como é o caso do princípio do aproveitamento dos actos jurídico-públicos ou da conservação das normas e do princípio da proporcionalidade – a impor que a sanção da inconstitucionalidade (e a declaração de nulidade da norma a ela inerente) funcionem como expedientes de *ultima ratio*, incidindo apenas sobre actos (jurídico-públicos) cuja constitucionalidade falhada se revele impossível de salvar –, ou em princípios especificamente hermenêuticos, como sucede com o princípio da unidade da interpretação do sistema jurídico – a pressupor a procura e a escolha do sentido que não se revele incompatível com a Constituição²⁰⁵. Acima de tudo, porém, o critério em estudo transmuda-se num «*princípio de interpretação crítica da concretização constitucional*», tendo em conta que “interpretar, aplicar e concretizar conforme a lei fundamental é considerar as normas hierarquicamente superiores da constituição como elemento fundamental na determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais”,volvendo-se num autêntico «princípio de prevalência normativo-vertical e de integração hierárquico-normativa»²⁰⁶.

Tal significa que os tribunais (em especial, o Tribunal Constitucional) deverão²⁰⁷ proferir uma sentença de não inconstitucionalidade sempre que a norma comporte um sentido compatível com Constituição (a norma não é inconstitucional enquanto

²⁰⁵ Em sentido próximo, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., 885 e s. V. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1226; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 406. Sobre os vários tipos de decisões interpretativas, F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 99 e s., n. 132.

²⁰⁶ Gomes CANOTILHO, *Constituição...*, cit., p. 406.

²⁰⁷ Entendendo que se está diante de um dever, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 370/91, de 25 de Setembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 20.º, 1991, pp. 334 e ss.: “comportando a norma (...) um espaço de decisão ou de interpretação, no qual são admissíveis duas propostas interpretativas, uma em desconformidade com a Constituição e outra em conformidade com ela (...), *forçoso é* que o Tribunal Constitucional opte por esta última” (itálico nosso). V. ainda, neste sentido, Acórdãos n.ºs 63/91, de 19 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 18.º vol., 1991, p. 200; 351/91, de 4 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., 1991, p. 546 (acrescentando que, *in casu*, a interpretação em conformidade com a Constituição é a mais próxima do sentido natural do preceito); 266/92, de 14 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22.º vol., 1992, pp. 792 e ss..

Em Espanha, em homenagem à supremacia da Constituição e à aplicabilidade directa das normas constitucionais tal dever encontra-se positivado no n.º 1 artigo 5 da *Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de Julho; cf. ponto IV do preâmbulo), nos termos do qual “a Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico e vincula todos os Juízes e Tribunais, que interpretarão e aplicarão as leis e os regulamentos segundo os preceitos e os princípios constitucionais” – motivo por que só existirá um problema de constitucionalidade quando, por via interpretativa, não se torne possível a compatibilização (a “acomodação”) da norma com o ordenamento constitucional (cf. artigo 5, n.º 3). Por outro lado, com o objectivo de assegurar a uniformidade na interpretação das normas constitucionais e de sublinhar a posição do Tribunal Constitucional como «intérprete supremo da Constituição», prevê a parte final do referido n.º 1 do artigo 5 que a interpretação e a aplicação das leis e regulamentos se efectuarão em conformidade com a resultante das decisões do Tribunal Constitucional, independentemente do tipo de processo. Sobre esta matéria, v. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 111 e ss..

interpretada naquele sentido)²⁰⁸. Neste caso, ao invés de o tribunal recusar a aplicação da norma, interpreta-a justamente de molde a poder solucionar o caso concreto pela sua mediação²⁰⁹. A interpretação em conformidade com a Constituição apresenta, contudo,

²⁰⁸ Estamos aqui diante das designadas «sentenças interpretativas» proferidas pelo Tribunal Constitucional, categoria onde incluímos quer as situações em que a decisão daquele Tribunal syndica directamente uma determinada interpretação já partilhada pelo recorrente ou pelo tribunal *a quo* (porquanto este último já poderá ter efectuado uma interpretação em conformidade com a Constituição), quer as situações em que o Tribunal Constitucional não julga uma determinada norma como inconstitucional porque a interpreta em conformidade com a Constituição. Autonomizando, porém, face a estas duas hipóteses, as «sentenças interpretativas» das «sentenças que contêm uma interpretação conforme com a Constituição», cf. Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 883 e s..

Estas sentenças interpretativas assumem uma relevância determinante, quando se atenta no disposto no n.º 3 do artigo 80.º da LTC, que, em sede de fiscalização concreta, estabelece a obrigatoriedade da interpretação efectuada pelo Tribunal Constitucional para os tribunais intervenientes no processo (sobre este preceito e os problemas de constitucionalidade que comporta, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1312 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 82 e ss.; F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., p. 98; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 363 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 890 e ss.; Paulo OTERO, *Ensaio...*, cit., pp. 115 e ss.). Fazendo apelo a esta disposição, cf. Acórdão n.º 351/91, de 4 de Julho, cit., p. 546 (no qual o Tribunal Constitucional entende ter competência para interpretar a norma *sub iudicio* e para ordenar que ela seja aplicada no processo com a interpretação que é conforme às exigências constitucionais), e Acórdão n.º 163/95, de 29 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 30.º vol., 1995, p. 856 (onde o Tribunal assume a competência de proferir sentenças interpretativas determinando aos tribunais recorridos que a norma seja interpretada e aplicada no sentido por ele definido como conforme à Constituição); v. ainda Acórdão n.º 278/2003, de 28 de Maio, in: www.tribunalconstitucional.pt, ponto III, em que o Tribunal explicitamente afirma que as normas sindicadas devem ser interpretadas no sentido por ele indicado [“no caso vertente, as normas constantes do n.º 8 do artigo 334.º e do n.º 7 do artigo 113.º, ambos do Código de Processo Penal (...) *devem ser interpretadas no sentido de* que consagram a necessidade de a decisão condenatória ser pessoalmente notificada ao arguido ausente, não podendo, enquanto essa notificação não ocorrer, contar o prazo para ser interposto recurso ou requerido novo julgamento”]. Claro está que, além desta obrigatoriedade imposta pela LTC, às decisões interpretativas do Tribunal Constitucional atribuir-se-á sempre o valor de precedente judicial que, nessa medida, influenciará de forma incontornável as decisões de casos futuros (neste sentido, também Blanco de MORAIS, *Justiça...*, cit., p. 888).

No interior da categoria das «sentenças interpretativas», torna-se possível distinguir entre «decisões interpretativas restritivas ou neutralizantes» – que reduzem o conteúdo normativo da norma de forma a compatibilizá-lo com a Constituição –, «decisões interpretativas construtivas» – que enriquecem o conteúdo normativo da norma, estendendo-o –, e «decisões interpretativas directivas» – destinadas a orientar quer a determinação do conteúdo normativo da norma pelos intérpretes (em especial, os tribunais), quer a acção futura do legislador. Sobre estas categorias, cf. DI MANNO, *Le Juge Constitutionnel et la Technique des Décisions «Interprétatives» en France et en Italie*, Economica, Paris, 1997, pp. 131 e ss.; FAVOREU, «La Décision de Constitutionnalité», in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, ano 38, Abril/Junho 1986, pp. 622 e ss. (reflectindo sobre o problema no quadro das «decisões de conformidade sob reserva»).

²⁰⁹ Distanciamo-nos, pois, do conceito de «desaplicação» elaborado pelo Tribunal Constitucional. Funcionalmente orientado para permitir o recurso das decisões dos tribunais ordinários que apreciem questões de inconstitucionalidade, tal conceito de «desaplicação» abrange as hipóteses em que, por interpretação restritiva (uma «cirurgia interpretativa», nas palavras expressivas do Tribunal Constitucional), se opta por um sentido (menos amplo) não coincidente com o resultado que adviria de uma interpretação literal (por outras palavras, estão em causa situações em que a interpretação restritiva apenas foi efectuada justamente porque era a única compatível com a Constituição, não obstante o teor literal e a *mens legis* admitirem outros sentidos igualmente razoáveis); neste caso, de acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, o tribunal *a quo*, ao recusar um determinado sentido, recusou implícita e concomitantemente a aplicação de um outro sentido de uma determinada norma (e, por conseguinte, desaplicou a norma na sua significação inconstitucional, com fundamento na inconstitucionalidade), o que se revela suficiente para abrir o recurso de constitucionalidade. Cf. Acórdãos n.ºs 266/92, de 14 de Julho, cit., p. 793; 636/94, de 29 de Novembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 29.º vol., 1994, p. 273 (acentuando que a recusa de

limites: nos casos em que se verifica uma contradição insanável entre a norma legal e a Constituição, em termos de o conteúdo àquela conferido, por força da interpretação, se transformar num *aliud*, diverso do conteúdo normativo²¹⁰, ultrapassámos os limites da tarefa interpretativa.

Trata-se, porém, de um cânone cuja validade se não restringe à interpretação das normas efectuada pelos tribunais, estendendo-se igualmente à Administração, cujos actos se encontram também vinculados ao princípio da constitucionalidade, enquanto segmento do princípio da juridicidade. A consideração de que a Administração deve executar as leis «no espírito da Constituição» (*im Geist der Verfassung*)²¹¹ implica uma dupla vinculação, positiva e negativa: por um lado, cada órgão possui uma competência interpretativa do direito ordinário (no caso, dos regulamentos) no sentido compatível com a Constituição; por outro lado, encontra-se proibido de efectuar uma interpretação que se revele incompatível com a Lei Fundamental²¹².

À «interpretação em conformidade com a Constituição» cedo se aliou a referência à «interpretação do direito nacional em conformidade com o direito comunitário» (quer com o direito comunitário originário, quer com o direito comunitário derivado) e, actualmente, a «interpretação em conformidade com o direito da União Europeia»²¹³. Intimamente

aplicação fundada na inconstitucionalidade de determinados sentidos do preceito, susceptível de abertura do recurso para o Tribunal Constitucional, tem de constituir a *ratio decidendi* do acórdão recorrido).

Sobre a dificuldade sentida pelo Tribunal Constitucional na distinção entre as situações de desaplicação implícita e os casos de interpretação em conformidade com a Constituição, v. Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., p. 73, n. 93.

No sentido que perfilhamos, a recusa de aplicação envolve uma inadequação prático-normativa da norma que impossibilita a resolução do caso concreto pela sua mediação; nesta hipótese, a solução do caso decidendo há-de ser encontrada através de outro critério pré-disponibilizado no ordenamento jurídico ou inclusive por apelo directo aos fundamentos (se não estivermos perante uma situação de «autónoma constituição normativa») – o que não sucede no âmbito da desaplicação talqualmente a concebe o Tribunal Constitucional, onde o caso concreto ainda é decidido mediante a convocação da mesma norma, embora com preferência por um sentido compatível com a Lei Fundamental (e, portanto, desprezando um sentido que se revele contrário à Constituição).

²¹⁰ Assim, HESSE, *Elementos...*, cit., p. 73.

²¹¹ OSSENBÜHL, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», in: *Die Verwaltung*, n.º 2, 1969, 396.

²¹² Assim, Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 567. Em sentido algo diverso, Blanco de MORAIS (*Justiça...*, tomo II, cit., pp. 338 e s.) alude apenas a uma “preferência meramente indicativa da interpretação conforme, sobre uma qualquer solução de inconstitucionalidade”.

Cf. também Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 411/99, de 29 de Junho (in: *Diário da República*, II Série, n.º 59, 10.03.2000, p. 4754), onde expressamente se reconhece a imposição à Administração (*in casu*, a Caixa Geral de Aposentações) do dever de interpretar uma norma em conformidade com as exigências constitucionais.

²¹³ Aludindo a este princípio no horizonte da interpretação em Direito Administrativo enquanto «direito comunitário concretizado», cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht...*, vol. I, cit., p. 405; referindo-se ao «imperativo da interpretação conforme com o direito comunitário», EHLERS, «Verwaltungs...», cit., pp. 101 e s.; Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 444 e s..

relacionado com o princípio da efectividade (de que constitui uma das dimensões concretizadoras²¹⁴), tal princípio surge impulsionado de forma decisiva graças à jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual os intérpretes (*hoc sensu*, as autoridades públicas, aí compreendendo os próprios tribunais) têm, na medida do possível, o dever de interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade da norma europeia em causa²¹⁵. Repare-se, porém, que esta orientação metodológica não se identifica exactamente com o cânone da interpretação em conformidade com a Constituição. Com efeito, ao contrário do que sucede com este último – em que o problema gira em torno da relação entre fontes normativas diferentes (situadas em planos igualmente diversos) mas integradas no mesmo ordenamento jurídico –, já o direito europeu é concebido como um ordenamento jurídico distinto do direito interno dos Estados (cf., *infra*, 2.2.3.2.). Mais do

Rigorosamente, o princípio da interpretação conforme o direito da União Europeia volve-se em “várias interpretações”: interpretação do direito secundário em conformidade com o direito primário e interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União. Cf. HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, cit., pp. 220 e ss., e 230 e ss., respectivamente (embora o Autor autonomize ainda a interpretação do direito nacional em conformidade com as directivas – *Op. cit.*, pp. 249 e ss.; v. também SCHILLING, *Rang...*, cit., p. 548; RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., p. 1151); entre nós, cf. Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 183. V. ainda Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 522, anotação X ao artigo 204.º.

²¹⁴ Cf., v. g., M. GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, cit., pp. 397 e ss., esp.^{te} pp. 417 e ss.. O princípio da efectividade conhecia o seu fundamento no anterior artigo 10.º do Tratado de Roma, nos termos do qual os Estados-membros têm o dever de adoptar todas as medidas necessárias ao cumprimento das obrigações emergentes do Tratado e dos actos emanados pelas instituições da Comunidade, assim como abster-se de tomar quaisquer medidas que ponham em perigo os objectivos comunitários. Após a reforma introduzida pelo Tratado de Lisboa (que revogou o artigo 10.º), esta mesma ideia resulta agora do artigo 249.º-C, de acordo com o qual “os Estados-membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União” (n.º 1).

²¹⁵ Acórdão «Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentación SA», de 13.11.1990, P. C-106/89 (in: *Colectânea da Jurisprudência*, pp. I-4135 e ss., ponto 8), na senda do Acórdão «Sabine von Colson e Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen», de 10.04.1984, P. 14/83 (in: *Recueil de la Jurisprudence*, 1984, pp. 1891 e ss., ponto 26). Atente-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria incide sobretudo sobre a interpretação do direito nacional em conformidade com directivas. Assim, “cabe ao juiz de reenvio, chamado a decidir um litígio abrangido pelo domínio de aplicação da directiva e resultante de factos posteriores ao termo do prazo de transposição desta última, quando aplica as disposições de direito nacional em vigor à data dos factos (...) interpretá-las, na medida do possível, de acordo com a directiva, de uma forma tal que possam ser aplicadas oficiosamente” (Acórdão «Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA», de 27.06.2000, Ps. C-240/98 a C-244/98, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-4941 e ss., ponto 31).

Também o STJ (Acórdão n.º 3/2004, de 25 de Março, P. 3515/2003, in: *Diário da República*, I Série, n.º 112, 13.04.2004, pp. 3024 e ss.) já se referiu ao princípio da interpretação em conformidade com o Direito Comunitário como “princípio estruturante do direito comunitário de interpretação, conforme definido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, órgão máximo da interpretação do direito comunitário, princípio que deriva do primado do direito comunitário sobre a ordem jurídica estatal, que significa, para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a obrigação de os juizes nacionais interpretarem o seu direito nacional de modo a harmonizá-lo com o direito originário e derivado de origem comunitária, na medida do possível” (p. 3029), assinalando que “uma interpretação que seja efectuada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias cria para os tribunais nacionais uma obrigação implícita de interpretação das suas disposições internas conforme ao direito comunitário” (p. 3028).

que a coerência prático-normativa do sistema jurídico, este princípio destina-se a salvaguardar a primazia do Direito da União sobre o direito nacional afirmada pelo Tribunal de Justiça, com todo o significado jurídico-político que tal asserção acarreta – primazia essa que constitui um dos veículos fundamentais para garantir a eficácia do direito da União Europeia e a sua aplicação efectiva nos Estados-membros^{216 217}.

Actualmente, a doutrina refere ainda o cânone da «interpretação das normas conforme os princípios»²¹⁸. Atentando na dimensão fundante dos princípios normativos, este cânone postula a determinação da normatividade da norma em atenção aos seus fundamentos axiológicos, implicando a preferência do sentido da norma que melhor se harmonize com o(s) princípio(s) a ela subjacentes e eliminando potenciais conflitos entre o *ius* e a *lex* (*lato sensu*). A afirmação deste cânone eleva para um outro nível os problemas que vimos abordando, uma vez que subentende uma referência directa das normas (*in casu*, das normas regulamentares) ao pano de fundo da normatividade jurídica. Quando perspectivado este cânone sob a óptica da interpretação administrativa, assomam aqui, com uma nitidez fulgurante, as exigências de sentido pressupostas pela juridicidade da actuação dos órgãos administrativos, impondo que a tarefa de resolução dos casos concretos pela mediação de normas (também de natureza regulamentar) cometida a estes últimos seja

²¹⁶ Eficácia que passa, sobretudo, por colocar à disposição dos cidadãos um conjunto de meios jurisdicionais destinados a proteger os direitos conferidos pelas normas europeias – sobre o sentido deste incentivo ao cumprimento do direito comunitário nos Estados e a perplexidade que suscita, cf. BÖRZEL, «Participation Through Law Enforcement – The Case of the European Union», in: *Comparative Political Studies*, n.º 1, vol. 39, Fevereiro 2006, pp. 128 e ss..

²¹⁷ À interpretação em conformidade com a Constituição ou em conformidade com o Direito da União – que, como vimos, possuem intenções normativas diferenciadas – alia-se ainda a interpretação em conformidade com os direitos fundamentais, *rectius*, com instrumentos internacionais de protecção de direitos fundamentais. Eis o que decorre, entre nós, do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição, nos termos do qual “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

No mesmo sentido, o britânico *Human Rights Act* de 1998 (secção 3, §1) veio, de acordo com a doutrina, criar uma nova regra da *statutory interpretation*, ao estabelecer que “quando possível, a legislação primária e a legislação subordinada devem ser lidas e aplicadas de forma compatível com os direitos da Convenção [Convenção Europeia dos Direitos do Homem]”. Como logo se compreende, as maiores dificuldades (não sentidas entre nós) suscitadas por esta disposição prendem-se com o significado a atribuir à locução “quando possível” (“so far as it is possible to do so”, no original), perfilando-se duas orientações opostas quanto ao problema: de um lado, a defesa de que o cânone da interpretação em conformidade com os direitos humanos é sempre mobilizável, ainda quando a letra da lei não ofereça qualquer ambiguidade; de outro lado, a posição segundo a qual aquele cânone não prejudica a soberania do Parlamento, impondo-se um especial cuidado em distinguir até onde vai a interpretação e começa a alteração (*amendment*). Sobre esta matéria, cf. ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., pp. 184 e ss.; BENNION, *What interpretation is “possible” under section 3(1) of the Human Rights Act 1998?*, in: <http://www.francisbennion.com/pdfs/fb/2000/2000-011-sect-3-1-hr-act-1998.pdf>.

²¹⁸ Cf. Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 188 e s.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 644 e s., Autores que acompanhamos de perto.

sempre co-determinada pelo direito (por todos os estratos do sistema jurídico), e não apenas pela lei.

Assim, e partindo da intencionalidade subjacente aos cânones enunciados, em especial ao da «interpretação em conformidade com a Constituição» ou ao da «interpretação em conformidade com os princípios», afigura-se possível erigir, no quadro da interpretação de normas regulamentares, um cânone genérico que leve a preferir uma compreensão e determinação hermenêutico-normativas das normas, de molde a integrá-las hierárquico-sistematicamente no todo normativo do sistema jurídico²¹⁹ – o que está implicado na necessária “referência do sentido de cada norma ao ordenamento jurídico global” também defendida por Engisch, a propósito do cânone da interpretação conforme com a Constituição²²⁰. Afinal, o cânone da interpretação conforme acaba por se volver num conjunto de cânones interpretativos, a mobilizar, de forma concertada, pelo decisor²²¹. Trata-se de uma preferência que não releva de uma qualquer liberdade conferida ao órgão decisor e que ele poderá exercer (ou não), não se admitindo a opção por um sentido que conduza à invalidade da norma²²². E não se julgue que esta posição redunde numa defesa

²¹⁹ Estamos a parafrasear Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 195. Cf. também SCHMIDT-ASSMANN, «El Método de la Ciencia del Derecho Administrativo», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 165. V. ainda VOGEL, *Juristische Methodik*, cit., p. 122, defendendo precisamente que os estratos normativos inferiores do ordenamento jurídico devem ser interpretados à luz dos princípios e das normas dos estratos normativos superiores, dando como exemplos deste princípio mais geral a interpretação em conformidade com a Constituição e a interpretação em conformidade com o direito internacional ou o direito europeu. Cf. ainda, a propósito da interpretação dos regulamentos administrativos, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 649.

²²⁰ ENGISCH, *Introdução...*, cit., pp. 114 e 120; embora movendo-se, em certa medida, no cenário dos métodos interpretativos tradicionais, o Autor alia neste momento a «interpretação sistemática», chamada à colação por força da citada referência ao sistema jurídico global, a considerações não puramente lógicas, mas de carácter teleológico, tendo em conta que “as regras jurídicas têm em grande parte por função preencher certos fins em combinação com outras normas, completar finalisticamente estas outras normas” – conclusão que se revela certa num plano, como o dos regulamentos administrativos, cujas funções passam, como vimos, pela execução da lei, pela dinamização legislativa e pela dinamização da ordem jurídica, e que, nessa qualidade, não prescindem, pela sua própria natureza de forma de actuação administrativa, de uma referência necessária aos restantes estratos normativos, que os sustentam: mesmo nos momentos de maior independência ou autonomia, está em causa a prossecução de fins heteronomamente definidos, pois que ainda nos movemos no horizonte do exercício da função administrativa.

²²¹ Cf. também HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, cit., p. 378 (eis-nos diante de um aspecto que, como sublinha o Autor, se revela susceptível de suscitar dificuldades, visto que, em concreto, pode importar uma articulação tortuosa entre cânones diversos).

²²² É neste sentido que compartilhamos da opinião de LARENZ (*Metodologia...*, cit., p. 480) que, embora referindo-se à interpretação judicial, afirma “ser caso raro em que o tribunal pudesse escolher entre duas interpretações igualmente bem fundamentadas”, já que uma interpretação que conduza à invalidade da norma interpretada não pode considerar-se uma interpretação prático-normativamente alicerçada.

A propósito de um caso concreto, Pedro GONÇALVES («Imputação ao Gil Vicente FC de Infracção Disciplinar Muito Grave Consistente na Violação do Disposto no Artigo 63.º do Regulamento da Liga

da plenitude lógica de um sistema sem contradições, fechado e sem lacunas, como resultava do paradigma normativístico e se encontrava pressuposta numa impositação tradicional do elemento sistemático da interpretação, uma vez que a unidade do sistema jurídico (da *ordem* jurídica) aqui postulada – e que, não obstante a perspectiva sob a qual a encaramos neste momento, se não re(con)duz ao problema das antinomias normativas, mas se reporta igualmente às opções axiológicas, aos postulados normativos e aos princípios jurídicos constituintes do sistema²²³ – é a inerente ao direito como ordem prática e não como ordem lógico-sistemática; como logo se compreende, esta unidade encontra um arrimo fundamental no princípio da igualdade enquanto decorrência do princípio da justiça²²⁴. Fica, por isso, superada a dicotomia avançada por Friedrich Müller²²⁵ (a propósito do cânone da interpretação em conformidade com a Constituição, mas que também aqui surge plena de sentido) entre «norma de controlo» e «norma de fundo»: as normas que representam os parâmetros de vinculação dos regulamentos administrativos assumem-se simultaneamente como «normas de controlo» (a impor que em função delas seja aferida a validade da norma aplicanda) e «normas de fundo» (a determinar que o sentido das normas regulamentares seja em função delas afinado). Aliás, o «princípio geral da penetração vertical das normas» (*allgemeines Prinzip vertikaler Normendurchdringung*), a que o Autor também alude, permite traduzir, quando prático-normativamente concebido, a capacidade de concatenação entre os diversos estratos normativos, sem que tal signifique a exigência de uma coerência lógico-formal entre todos eles.

Nesta ordem de ideias, uma correcta compreensão do princípio da unidade do sistema jurídico exige ao intérprete (*in casu*, o órgão decisor) que privilegie os sentidos das normas regulamentares que mantenham a coerência entre estas últimas e os respectivos parâmetros de vinculação (*i. e.*, o próprio sistema em que se integram, de forma a evitar antagonismos no seio deste): a par do cânone da interpretação em conformidade com os princípios ou com a Constituição, surgem agora os cânones da interpretação em

Portuguesa de Futebol Profissional», in: *Desporto & Direito*, n.º 13, ano V, Setembro/Dezembro 2007, pp. 95, 96 e 113) defende justamente a necessidade de interpretação de uma norma regulamentar em conformidade com a lei, sem prejuízo da atmosfera de ilegalidade que rodeou a emissão (e vem rodeando a aplicação) daquela.

²²³ Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., p. 166.

²²⁴ Assim, Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., pp. 111 e 120 e s.. Sobre este problema, cf., especificamente quanto à «interpretação administrativa», Sérvulo CORREIA, «Interpretação...», cit., pp. 340 e s..

²²⁵ F. MÜLLER, *Discours...*, cit., p. 124.

conformidade com o direito internacional, com a lei ou até com normas regulamentares hierarquicamente superiores. A consideração de que a realização do direito por mediação da norma constitui, no fundo, a realização do direito pela mediação do sistema global da juridicidade²²⁶ implica que, de entre as várias possibilidades cobertas pelo âmbito de relevância da norma e pela sua intencionalidade normativa, se escolha aquela que melhor se adequar aos (diversos) parâmetros de vinculação dos regulamentos; só quando tal se não revelar possível, será equacionável o afastamento da norma para a resolução do caso concreto (recusa de aplicação) com fundamento na sua invalidade.

Conclusão que se revela plenamente consonante quer com a força jurídica autovinculativa própria dos regulamentos, quer com o princípio da juridicidade: por um lado, porque está de acordo com a consideração de que, existindo uma norma regulamentar para decidir o caso concreto, a mesma deve ser mobilizada até aos limites dos sentidos que se revela susceptível de interpretativamente comportar, no sentido em que opera o princípio do aproveitamento dos actos jurídico-públicos e do aforismo – que o fundamenta – segundo o qual *ut res magis valeat quam pereat*²²⁷; por outro lado, porque todo o sistema jurídico – a que a Administração, por força do princípio da juridicidade, se encontra adstrita – surge como pano de fundo²²⁸ da interpretação das normas regulamentares.

Se aliarmos aos princípios avançados o princípio da segurança jurídica, poderemos ainda equacionar, à luz (ainda e sobretudo) do desenvolvimento da experiência da Justiça Constitucional em sede de «interpretação conforme com a Constituição», se, consentindo a norma vários sentidos compatíveis com a Constituição (ou, na nossa perspectiva, com os parâmetros de vinculação), se deverá adoptar aquele que corresponde à orientação comumente seguida – o que, sem dúvida, fará recordar a teoria do *diritto vivente*, de inspiração italiana (já de si influenciada pela categoria do *lebendes Recht* de Ehrlich), a postular a “existência de uma consistente orientação prevalecente” (*consistente*

²²⁶ Cf. também, v. g., Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., p. 127 (e bibliografia aí citada).

²²⁷ Cf. IULIANUS (D. 34, 5, 12): “Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat”; ULPIANUS (D. 45, 1, 80): “Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit”.

Trata-se, aliás, de um princípio que, no campo da interpretação dos actos normativos (para lá do seu âmbito de aplicação original que se dirigia à interpretação do negócio jurídico) possui justamente a virtualidade de evitar vazios normativos (cf., em sentido próximo, DI MANNO, *Le Juge...*, cit., p. 94).

²²⁸ Nesta acepção, F. MÜLLER (*Discours...*, cit., p. 60) já se referia à Constituição como a «norma de fundo» (*Sachnorm*) que permite descobrir o conteúdo das disposições da legislação ordinária (no âmbito do cânone da interpretação em conformidade com a Constituição).

orientamento prevalecente) relativamente a determinadas normas jurídicas²²⁹. É certo que esta concepção, pelo menos na formulação em que alguma doutrina a enuncia, ainda parece revelar-se tributária de uma teoria tradicional da interpretação. Todavia, e sem prejuízo da liberdade interpretativa, reconhecida, em maior ou menor grau aos órgãos administrativos intérpretes, torna-se possível sublinhar que, quando entendido de forma prático-normativamente adequada, o cânone em análise prossegue o *objectivo* da unidade do sistema jurídico²³⁰ que temos vindo a pressupor, no interior da dinâmica proporcionada pelos diferentes problemas concretos: a solução destes últimos repercute-se na própria (intelecção da) norma, reconstituindo-a, pelo que, quando essa mesma norma é convocada para a solução de outros casos concretos, ela surge já redensificada pela mediação da

²²⁹ ZAGREBELSKY, «La Dottrina del Diritto Vigente», in: *Strumenti e Tecniche di Giudizio della Corte Costituzionale: Atti del Convegno – Trieste 26-28 maggio 1986*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 104.

De acordo com a *dottrina del diritto vivente*, a *Corte Costituzionale*, numa tentativa de redefinir as relações com a *Corte di Cassazione*, privilegia, na sua tarefa de apreciação da constitucionalidade das normas, uma interpretação em conformidade com a Constituição que não contrarie o «direito vivente», *i. e.*, a orientação consolidada dos tribunais (sobretudo dos tribunais superiores) em determinado sentido, com o objectivo de prevenir a existência de decisões interpretativas de acolhimento (*i. e.*, que sejam consideradas desconformes com a Constituição normas cuja interpretação não é perfilhada pelos demais operadores jurídicos). Aliás, como salienta ZAGREBELSKY («La Dottrina...», *cit.*, pp. 97 e ss.), desde 1956 que a *Corte Costituzionale* afirmava que, sem prejuízo da sua autonomia interpretativa, “a constante interpretação jurisprudencial confere ao preceito legislativo o seu efectivo valor na vida jurídica”; mais tarde, e agora já nos anos 60, a jurisprudência constitucional vai mais longe, considerando-se vinculada à interpretação dominante dos tribunais ordinários, e, nessa medida, passando o recurso ao *diritto vivente* a ser imediato, independentemente do carácter bem ou mal fundamentado da interpretação ou do grau de convencimento (argumentativo) que a mesma possui.

A *dottrina del diritto vivente* possui, pois, duas vertentes: por um lado, quando esteja em causa um *diritto vivente* inconstitucional, a *Corte Costituzionale* tem de apreciar a constitucionalidade da norma em função dos termos em que a mesma constitui objecto de interpretação consolidada pelos operadores jurídicos (exercendo, por conseguinte, uma função de controlo da constitucionalidade do *diritto vivente*, momento em que se manifesta a distinção entre a função da *Corte Costituzionale*, face ao *ius dicere* típico dos tribunais ordinários, em especial da *Corte di Cassazione* – assim, ZAGREBELSKY, «La Dottrina...», *cit.*, p. 110); por outro lado, quando exista um *diritto vivente* em conformidade com a Constituição, a *Corte Costituzionale* adere a esse entendimento maioritário e profere uma decisão negativa de inconstitucionalidade (é a esta segunda dimensão da teoria do *diritto vivente* que nos reportamos em texto). Cf. também Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, *cit.*, pp. 407 e ss., analisando com detenção cada uma destas dimensões.

Em sentido próximo, entre nós, embora sem defesa de qualquer obrigação jurídica do Tribunal Constitucional de interpretar a norma de acordo com o *diritto vivente*, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 270; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, *cit.*, p. 339 (acentuando a vertente prudencial inerente às decisões do Tribunal Constitucional proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva). Cf. ainda as observações de Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, *cit.*, pp. 406 e ss., a propósito do relevo da referida teoria na Justiça Constitucional portuguesa.

Para uma das aplicações da teoria do *diritto vivente*, cf. Acórdão n.º 162/95, de 28 de Março, in: *Diário da República*, I Série, n.º 106, 08.05.1995, p. 2565, em que o Tribunal Constitucional entendeu que deveria mostrar-se sensível às inúmeras decisões judiciais e às posições assumidas pelos vários operadores do direito quanto à interpretação e aplicação das normas cuja constitucionalidade estava a apreciar no processo, razão por que não salvou a constitucionalidade das mesmas, optando por proferir uma decisão de acolhimento.

²³⁰ Referindo-se à unidade do sistema jurídico como um objectivo ou uma tarefa, Castanheira NEVES, «A Unidade...», *cit.*, p. 170.

experimentação concreta a que foi sendo sucessivamente submetida²³¹. Aliás, é aproximadamente neste sentido que Zagrebelsky²³², e embora adoptando uma perspectiva de base sociológica, efectua uma distinção entre o «direito vigente» (o direito *ex parte legislatoris*, ou, se preferirmos, o direito impositivamente pré-posto) e o «direito vivente» (o direito *ex parte societatis*, ou, se quisermos, o direito já redensificado pela respectiva submissão à experiência concreta), salientando a importância da consideração do impacto da lei sobre a sociedade e da sociedade sobre a lei – a permitir-nos sublinhar (sem novidade) quer a impossibilidade de recondução do direito à lei, quer a natureza não estática, mas dinâmica, da ordem jurídica, quer a relevância dos precedentes (já não apenas judiciais, mas também administrativos²³³) no que respeita à interpretação de uma norma em determinado sentido (e, mais amplamente, à realização do direito no caso concreto) e no que concerne à própria reconstituição do ordenamento jurídico.

No âmbito específico da realização do direito pelos órgãos administrativos, a posição enunciada tem a virtualidade de se conciliar com a força jurídica própria dos precedentes administrativos e, nessa medida, levar à solução de casos futuros tendo em consideração o modo como a norma jurídica foi mobilizada na solução de casos concretos anteriores – neste sentido, a própria alínea *d*) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA impõe um dever de fundamentação nas hipóteses em que exista uma decisão diferente da prática habitualmente seguida não apenas na resolução de casos semelhantes, como também na “*interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos*”²³⁴.

Resta saber se, para além do expediente da interpretação do regulamento em conformidade com os respectivos parâmetros de vinculação – perspectivada nos termos em que acabámos de o fazer –, não poderíamos ir mais longe e defender a possibilidade de correcção, em sede interpretativa, da norma regulamentar, de forma a recuperar nas normas a conformidade falhada mas que ia na sua intenção normativa²³⁵ – em congruência com a

²³¹ Cf., v. g., Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 674 e s..

²³² ZAGREBELSKY, «La Dottrina...», cit., pp. 113 e ss..

²³³ ZAGREBELSKY («La Dottrina...», cit., p. 114) refere-se às sentenças judiciais como um testemunho parcial do direito vivente.

²³⁴ É certo que o CPA acrescenta preceitos legais, mas tal não inviabiliza a solução preconizada: a *ratio* da imposição do dever de fundamentação (obviar à violação dos princípios da igualdade e da imparcialidade) verifica-se tanto na interpretação ou aplicação de preceitos legais, como na interpretação e aplicação de quaisquer outros critérios normativos. Sobre os precedentes administrativos, cf. ainda o que dissemos, *supra*, Parte I, 5.3., em nota).

²³⁵ Estamos a parafrasear Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 196 (cf. também pp. 189 e s.).

ideia de invalidade como *ultima ratio* e da admissibilidade da recusa de aplicação apenas nos casos em que a disciplina constante do regulamento revelasse uma *contradição insanável* como os seus parâmetros de vinculação²³⁶. É que, a defender que os princípios da unidade do sistema jurídico e da juridicidade da actuação administrativa implicariam, na ausência da ponderação (reforçamos) de outros princípios, uma recusa de aplicação da norma com fundamento em invalidade, poder-se-á questionar se tais princípios não permitiriam igualmente uma solução menos radical: verificando-se que a norma regulamentar errou ou falhou os parâmetros que (implicitamente) convoca – o que, por conseguinte, significa que a mesma é incoerente –, dever-se-ia admitir também uma correcção dessa norma com o objectivo de recuperar a sua coerência²³⁷. Esta posição permitiria reduzir as situações de contrariedade entre o regulamento e respectivos parâmetros de vinculação àquelas em que a intencionalidade normativa destes é efectivamente contrariada, tendo em conta que as soluções dos problemas relacionados com a invalidade somente a estas últimas se adequam.

2.2.3.2. Recusa de aplicação e preferência aplicativa

Com o conceito de «preferência aplicativa» (ou os equivalentes «preferência de aplicação», «aplicação preferencial» ou «prioridade aplicativa»²³⁸), pretendemos reportar-nos às hipóteses em que uma determinada deve ser mobilizada em detrimento de uma outra igualmente apta a solucionar o mesmo caso. Nesta situação, embora a segunda norma mencionada se possa ter revelado, *prima facie*, apta a resolver o caso decidendo, *acaba por não ser convocada* para a sua decisão, na medida em que existe uma outra que lhe prefere

²³⁶ Enfim, quando nos deparássemos com as hipóteses assimiláveis ao que Castanheira NEVES (*Metodologia...*, cit., pp. 190 e ss.) designa como *preterição* e *superação* – agora não apenas por força dos princípios, mas também *ex vi* qualquer dos parâmetros de vinculação do regulamento.

²³⁷ Trata-se de uma solução já apontada por Castanheira NEVES (*Metodologia...*, cit., p. 196), a propósito da interpretação em conformidade com a Constituição, defendendo uma correcção em conformidade com a Constituição. V. também LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 482. Esta possibilidade não encontra, porém, adesão unânime da doutrina, que a declina, quando a mesma se encontra em contradição com os resultados e objectivos pretendidos pelo legislador (cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1227); parece inclinar-se para a mesma opinião, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, p. 337. Cf. também F. MÜLLER, *Discours...*, cit., p. 122 (quando repele a possibilidade de o Tribunal Constitucional, pretendendo salvar a constitucionalidade da norma, acabar por tomar a norma constitucional como «norma de definição do conteúdo da regra inferior» e não como «norma de controlo»).

Também o Tribunal Constitucional (cf. Acórdão n.º 254/92, de 2 de Julho, in: *Diário da República*, I Série, n.º 175, 31.07.1992, pp. 3596 e s.) nega a possibilidade de uma interpretação em conformidade com a Constituição, quando o sentido escolhido subverte “de forma clara e inequívoca” a vontade presumida do legislador e sempre que se conclua que “o legislador teria preferido abster-se de legislar sobre a matéria”, porquanto as suas intenções surgiriam, mercê da interpretação seguida, completamente subvertidas.

²³⁸ Cf. também Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., p. 366; Paulo OTERO, *Lições...*, cit., p. 228.

(*hoc sensu*, dotada de preferência aplicativa)²³⁹ – o que, por ocorrer no quadro da tarefa de realização concreta do direito, aproxima esta figura da recusa de aplicação com fundamento em invalidade. Por outro lado, e como sucedeu relativamente a outras figuras que vimos estudando, a preferência aplicativa constitui um instituto de resolução de antinomias normativas, ocorrendo, por conseguinte, no cenário de um conflito (positivo) entre normas – o que torna o problema próximo de um conflito normativo gerador da invalidade de uma das normas nele envolvidas.

A correcta compreensão desta figura não dispensa que lhe fixemos alguns contornos, até para, a final, a podermos confrontar com a recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade.

Em primeiro lugar, a preferência aplicativa de uma norma sobre outra não envolve a eliminação desta última da ordem jurídica. Por aqui se distingue o instituto ora em análise das situações de revogação (que constitui um acto formal dirigido a retirar a norma do ordenamento) e se aproxima das questões relacionadas com a interpretação, pressupondo uma comparação entre os âmbitos de relevância das normas envolvidas e o âmbito de relevância do caso.

Em segundo lugar, a preferência aplicativa implica, como resultado final do seu funcionamento, que, no caso concreto, uma das normas prevaleça sobre a outra, que cederá a sua aplicação à primeira, *sem, contudo, ver a sua validade afectada*²⁴⁰. Por outras palavras, a preferência aplicativa conduz à *prevalência* (*Anwendungsvorrang*) de uma norma e à *cedência* (*cedevolezza*) de aplicação de outra, cuja validade não é posta em causa. Não obstante a (aparente) evidência desta conclusão, a sua referência impõe-se pela aproximação efectuada por alguma doutrina²⁴¹ entre, por um lado, os princípios da competência e da hierarquia (que, como critérios – de natureza subjectiva e objectiva, respectivamente – de relacionamento entre normas, geram, em caso de conflito, a

²³⁹ Neste sentido, Paulo OTERO (*Lições...*, cit., pp. 227 e ss.) refere-se à *inaplicabilidade* da norma que considerámos preterida em favor da norma que goza da preferência aplicativa; de acordo com o Autor, a *inaplicabilidade* caracteriza a situação de um determinado acto que, apesar de continuar a existir na ordem jurídica, se encontra “adormecido” por efeito da superveniência de um outro acto que vem disciplinar de novo a relação jurídica material disciplinada pelo primeiro, surgindo essa nova disciplina dotada de uma aplicação preferencial.

²⁴⁰ Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 366 e ss.) insere esta figura no contexto da solução de *concurso opositivos* (entre leis) no plano da *eficácia*, a par da revogação.

²⁴¹ Cf., v. g., MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., p. 676.

invalidade de uma delas²⁴²) e, por outro, a prevalência na aplicação (que pressupõe, em termos que confrontaremos já a seguir, que nenhuma das normas padeça de invalidade por contrariar a outra). Nesta medida, a preferência aplicativa constitui o resultado do funcionamento de critérios que tocam apenas os efeitos das normas envolvidas, ficando, por força da antinomia normativa, uma delas privada de eficácia. E, como sabemos, apesar da corrente assimilação da invalidade como modalidade de ineficácia²⁴³, os conceitos distinguem-se, encontrando-se este último reservado apenas para os casos em que o acto (*in casu*, uma norma jurídica) tem a produção normal de efeitos total ou parcialmente comprometida, em virtude de circunstâncias que lhe são extrínsecas²⁴⁴: se a eficácia diz respeito à operatividade do acto, a validade está intimamente conexionada com a existência ou não de vícios que comprometam a respectiva «integridade».

Se quisermos simplificar, o problema da preferência aplicativa só se coloca porque, relativamente ao mesmo caso concreto, concorrem duas normas, emitidas pelos órgãos competentes, entre as quais não intercede qualquer relação de supra/infra-ordenação, normas essas que prescrevem soluções diversas para determinado caso, sem que nenhuma possua a virtualidade de revogar ou invalidar a outra: é que, se uma delas não existisse, o caso concreto receberia sempre uma solução dada pela outra norma, directamente convocada para a respectiva resolução. Assim, à semelhança da doutrina alemã²⁴⁵, deve estabelecer-se uma distinção entre um *Geltungsvorrang* (caso em que a primazia de uma norma conduz à invalidade da outra) e um *Anwendungsvorrang* (hipótese em que a primazia de uma norma sobre outra conduz à preferência aplicativa da primeira relativamente à segunda), sendo este último conceito intimado quando as normas pertencem a ordenamentos jurídicos diversos.

Com efeito, as questões relacionadas com a preferência aplicativa colocam-se quando em causa estão normas provenientes de ordenamentos jurídicos diferenciados, a

²⁴² A norma emitida pelo órgão incompetente (no caso do critério da competência) ou a norma hierarquicamente inferior, face à «preferência de validade» (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 701) da norma superior (quando em causa esteja o funcionamento do critério da hierarquia).

²⁴³ Frequente no direito privado – assim, v. g., Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1966, p. 411; Oliveira ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 69; Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por António Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 615.

²⁴⁴ Nestes termos, Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 298.

²⁴⁵ Cf., v. g., EHLERS, «Verwaltung...», cit., p. 102, que considera mais adequado para retratar as consequências práticas do primado do direito europeu (que, como veremos, determina o funcionamento do instituto da preferência aplicativa) o conceito de *Anwendungsvorrang* (já que a noção de *Geltungsvorrang* se revela a um tempo demasiado estreita ou demasiado ampla para dar respostas ao problema). Sobre estas noções, adoptando uma perspectiva unificadora, v. ainda SCHILLING, *Rang...*, cit., pp. 550 e s..

emergir com especial acuidade em espaços e momentos onde existe um «pluriordenamentalismo»²⁴⁶. Não é, por isso, de surpreender a sua relevância no momento presente, num cenário marcado pela pluralidade de ordenamentos jurídico-administrativos e por um «neofeudalismo normativo»²⁴⁷. Por estar em causa uma problemática intimamente conexcionada com as relações normativas, encarada a partir da óptica das normas regulamentares, teremos que adiantar algumas afirmações cujo pleno alcance só se abarcará na Parte III, quando analisarmos os parâmetros de vinculação dos regulamentos.

Consequentemente, e fechando o círculo, salientar que a preferência aplicativa se move sobretudo no horizonte do referido «pluriordenamentalismo» permite, desde já, excluir do cenário em que nos movemos as hipóteses em que uma norma regulamentar atenta contra um dos seus parâmetros de vinculação. Trata-se de uma consideração não despidianda, porquanto o funcionamento do instituto da preferência aplicativa não exige sequer a afirmação de uma competência de fiscalização pelos órgãos administrativos²⁴⁸.

Contextualizando o problema no quadro do princípio do Estado unitário (nos termos do artigo 6.º da Constituição), entre nós, a existência de uma relação de preferência aplicativa entre normas regulamentares ocorrerá precipuamente em dois âmbitos fundamentais: por um lado, e no plano nacional, no confronto entre os regulamentos provenientes de entes públicos diversos (decorrente da configuração «multinível» do próprio Estado), aí avultando os potenciais conflitos entre regulamentos estaduais e regulamentos autónomos (regionais, locais ou de entidades da Administração autónoma não territorial) (I.); por outro lado, e no plano externo, no confronto entre as normas regulamentares nacionais e as normas de direito europeu (II. α), e ainda a um nível mais amplo, no confronto entre os regulamentos nacionais e as normas constantes de convenções internacionais (II. β).

²⁴⁶ Para uma referência histórica ao nascimento da figura da prioridade aplicativa no quadro do pluriordenamentalismo típico da Idade Média e da Idade Moderna, v. Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., pp. 367 e ss.

²⁴⁷ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 628, 162 e ss.; cf. também o nosso trabalho «A Titularidade...», cit., pp. 483 e 561.

²⁴⁸ Atente-se, porém, que a não mobilização da norma *prima facie* aplicável em virtude da respectiva invalidade ou da existência de uma norma que, possuindo o mesmo âmbito de aplicação, goza de preferência aplicativa constitui, em ambos os casos, um problema de interpretação jurídica (este último, como vimos, apenas dogmaticamente cindível da complexa tarefa de realização do direito). Não é, pois, a circunstância de, no caso da preferência aplicativa, estarmos diante de um conflito normativo positivo (resolúvel através de regras fixadas) que todrará aquela conclusão, até porque, nas situações de invalidade, encontramos, de igual modo, um conflito entre normas. Pode suceder, porém, que princípios próprios da actividade administrativa facilitem mais a recusa de aplicação em alguns casos (v. g., nas situações de aplicação preferencial) do que noutros (por exemplo, nas hipóteses de invalidade), independentemente da sua aproximação no campo metodológico.

Em qualquer das situações que dissecaremos, a operatividade da preferência aplicativa implica o afastamento de uma norma na resolução do caso concreto por se revelar inadequada, na medida em que existe outra norma, proveniente de um ordenamento jurídico diferenciado, cuja aplicação se sobrepõe, quer por motivos de ordem *lógica* (como sucede quando se invoca o critério da especialidade *tout court*), quer por razões de índole *político-teleológica*. Vejamos em que termos.

I. Sem prejuízo da apreciação (que efectuaremos, *infra*, Parte III, 2.5.1.) das relações entre os regulamentos administrativos (nessa altura, com o objectivo de determinar os parâmetros de vinculação das diversas normas regulamentares), impõe-se agora determinar como emerge o problema da preferência aplicativa no seio das normas regulamentares. Tratando-se, pois, de uma temática intrinsecamente relacionada com a das relações inter-regulamentares (com a qual deve ser efectuada uma intertextualidade), não se estranharão as alusões a alguns dos princípios rectores daquelas relações.

O facto de a figura da preferência aplicativa pressupor a coexistência de ordenamentos diferentes leva-nos a lançar o problema para a arena privilegiada das relações entre os regulamentos estaduais e os regulamentos autónomos da Administração autónoma. Trata-se de uma análise que pressupõe uma conexão estreita entre *teleologia* e *princípio da especialidade*, a exigir que a norma (especial) destinada a prosseguir interesses públicos especiais prevaleça sobre a norma geral²⁴⁹.

Pelas especificidades que reveste, partimos da questão de saber se os regulamentos regionais gozam de preferência aplicativa relativamente aos regulamentos estaduais. Na

²⁴⁹ De acordo com Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 396 e ss.), o problema da preferência aplicativa pode surgir sempre no confronto entre norma geral e norma especial (ainda quando tais normas provenham do mesmo órgão), caso em que, como qualifica o Autor, a preferência aplicativa se assume como forma de resolução dos conflitos materiais de ordem lógica. No fundo, ainda se poderá afirmar estarmos diante de dois ordenamentos: não é por acaso que, no direito romano, se distinguia entre o *ius commune* e *ius singulare* [v., por todos, Santos JUSTO, *Direito Privado Romano – I (Parte Geral)*, 3.^a ed., Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Studia Iuridica 50, Coimbra, 2006, pp. 42 e s., e *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 18 e s.].

Nos casos que analisaremos, o princípio da especialidade surge conjugado com os interesses públicos específicos cuja tutela, polarizada na entidade pública emissora da norma, faz emergir vários ordenamentos diferentes – ou, se quisermos continuar a seguir Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 406 e ss.), encontramos-nos agora perante o funcionamento da preferência aplicativa em antinomias regidas por critérios lógicos e teleológicos (aliada a uma perspectiva territorial – chamando a atenção para o facto de a especialidade poder assumir não apenas natureza material, mas também subjectiva e territorial, cf. David DUARTE, *A Norma...*, cit., p. 92). Por estarmos diante de um critério que pressupõe a análise do conteúdo das normas envolvidas, assume aqui relevância decisiva a tarefa interpretativa – neste sentido, WRÓBLEWSKI, «Tre Concetti di Validità», in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, 1982, p. 589.

verdade, o reconhecimento, ainda que no âmbito de um Estado unitário, de duas regiões autónomas (às quais a Lei Fundamental atribui também competência legislativa) constitui, do ponto de vista dogmático, um palco singular para equacionar o funcionamento da figura da preferência aplicativa, no confronto entre os regulamentos estaduais (*hoc sensu*, regulamentos governamentais) e os regulamentos regionais. Como logo se compreende, e mobilizando agora o princípio da competência, a questão apenas emergirá quanto aos regulamentos das leis emanadas pelos órgãos de soberania (mas já não quanto aos regulamentos da legislação regional que, nos termos dos estatutos político-administrativos, se encontram lógica e exclusivamente devolvidos aos órgãos das regiões autónomas)²⁵⁰.

Mas é neste momento que intervém um elemento perturbador: como assinalámos (cf., *supra*, Parte I, 2.5., II, β, ii), os regulamentos regionais das leis dos órgãos de soberania revestem, por imposição estatutária, forma de *decreto legislativo regional* (portanto, forma de *acto legislativo*). Numa primeira abordagem, poder-se-ia pensar que a defesa de uma prevalência dos regulamentos regionais sobre os regulamentos estaduais arrancaria da superioridade hierárquica inerente à respectiva forma legal – forma essa à qual corresponde um acto que constitui um parâmetro de vinculação de normas regulamentares, o que, por sua vez, poderia expelir o problema para o campo da invalidade. Não nos parece, porém, que constitua esta a visão adequada para perspectivar o problema. Urge, por isso, enquadrar a questão dos regulamentos regionais *vs.* regulamentos estaduais no contexto mais vasto dos regulamentos autónomos *vs.* regulamentos estaduais.

²⁵⁰ De acordo com o n.º 1 do artigo 232.º da Constituição, compete à Assembleia Legislativa da região autónoma regulamentar as leis emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar.

Decorre do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira* que a competência para a emissão de regulamentos se encontra dividida entre a Assembleia Legislativa e o Governo regional, tendencialmente de acordo com o critério do acto legislativo regulamentado: a Assembleia Legislativa procede à regulamentação das leis emanadas pelos órgãos de soberania mediante decreto legislativo regional (artigos 39.º e 41.º) e o Governo regional elabora os regulamentos necessários à execução dos decretos legislativos regionais (sob a forma de decreto regulamentar regional – artigo 70.º, n.º 1), assim como outros regulamentos [artigo 69.º, alínea *d*)]. O artigo 41.º do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores* confere à Assembleia Legislativa o poder de, sob a forma de decreto legislativo regional (cf. artigo 44.º, n.º 1) regulamentar as leis e decretos-leis dos órgãos de soberania, que não reservem para o Governo Regional o respectivo poder regulamentar; estranhamente, o legislador estatutário omite a referência à competência [constitucionalmente consagrada – artigos 227.º, n.º 1, alínea *d*), e 232.º, n.º 1] da Assembleia Legislativa para regulamentar os actos legislativos dos órgãos de soberania que não reservem para estes o poder regulamentar. Por sua vez, o artigo 89.º, relativo à competência regulamentar do Governo Regional, confere a este órgão o poder de disciplinar a respectiva organização interna, regulamentar a legislação regional, regulamentar os actos jurídicos da União Europeia e elaborar os regulamentos necessários ao eficaz funcionamento da administração regional autónoma e à boa execução das leis (cf. também artigo 112.º) – regulamentos que revestem a forma de decretos regulamentares regionais (cf. artigo 91.º, n.º 1).

Uma referência à questão neste horizonte mais amplo impõe que percebamos se podemos asseverar uma preferência aplicativa dos regulamentos autónomos sobre os regulamentos provenientes da Administração central²⁵¹, pelo menos sobre aqueles de entre estes que não incidam sobre a relação de tutela ou que, pela sua natureza, não intercedam com matéria de interesse nacional (que, enquanto tal, exige uma disciplina também a nível nacional); a estes requisitos acresce, no caso específico das regiões autónomas, que os órgãos de soberania não hajam reservado para si a regulamentação das leis da República. A preferência aplicativa resulta fundamentalmente da intervenção do *princípio da especialidade* – polarizada, no caso das regiões autónomas, em torno de uma renovada compreensão do conceito de «interesse específico» (ou, se quisermos, dos interesses próprios das regiões) –, aliado à *ratio* subjacente à *autonomia* conferida às entidades administrativas autónomas (e, por conseguinte, ao *princípio da competência*).

Por um lado, estamos aqui diante de uma manifestação do princípio *lex specialis generali derogat*. Possuindo os regulamentos estaduais a pretensão de se aplicarem a situações da vida cobertas pelo âmbito de regulamentos regionais e regulamentos autónomos, o confronto entre os respectivos âmbitos de relevância aponta para a maior especialidade dos últimos relativamente aos primeiros. Trata-se de uma relação de especialidade que arranca não apenas da referência a um grupo de destinatários mais restrito, mas ainda (e sobretudo) do conjunto de interesses a que as normas pretendem fazer face.

Por outro lado, e em plena consonância com a última observação aduzida, a preferência aplicativa alicerça-se, em qualquer das situações mencionadas, no *télos* determinante da autonomia normativa do ente da Administração autónoma em causa. Em primeiro lugar, no que tange às regiões autónomas, mais do que um limite (positivo) ao poder legislativo e regulamentar, o interesse específico (ou o interesse próprio da União) assume-se agora como o fundamento e o critério da concessão de poderes normativos²⁵². Embora a revisão constitucional de 2004 tenha eliminado a referência ao «interesse

²⁵¹ E estamos a pressupor que os regulamentos governamentais preteridos não invadam o espaço de autonomia constitucionalmente conferido às entidades da Administração autónoma; se tal acontecesse, o regulamento governamental padeceria de invalidade (por violação do princípio da competência), não se tratando, no caso, de uma pura relação de preferência aplicativa.

²⁵² Rui MEDEIROS/Jorge Pereira da SILVA, *Estatuto...*, cit., p. 95, anotação VI.c) ao artigo 32.º. Cf. ainda Jorge Pereira da SILVA, «Algumas Questões...», cit., pp. 838 e ss.. V. ainda, sobre as valências revestidas pelo interesse específico em sede de poder regulamentar regional, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/88, de 29 de Novembro, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 293, 21.12.1988, p. 5052.

específico» das regiões autónomas (até então mencionado para delimitar o âmbito material do poder legislativo regional primário)²⁵³, afigura-se inegável que a teleologia imanente à autonomia normativa (regulamentar) das regiões autónomas radica nos particulares condicionalismos regionais resultantes das especificidades insulares (critério da especialidade ou da especificidade) ou na necessidade de uma regulamentação diferenciada, atenta a relevância assumida pela matéria em causa no âmbito regional (vector quantitativo do interesse específico)²⁵⁴. Alicerçando-se a autonomia regional nas particularidades físicas ou sociais das regiões autónomas, dificilmente se compreenderia que os regulamentos estaduais – que, naturalmente, abstraem dessas especificidades – pudessem, no caso concreto, prevalecer sobre a aplicação dos regulamentos regionais; de contrário, subverter-se-ia a intencionalidade daquela autonomia normativa.

Repare-se, inclusivamente, que o grau de autonomia constitucionalmente conferido às regiões autónomas, associado à criação do conceito de interesse específico, permite avançar mais fundo na argumentação e afirmar a preferência aplicativa de regulamentos regionais que prossigam uma função de execução da lei ou de dinamização legislativa): o estabelecimento de simples pormenores de execução ou a disciplina de aspectos complementares de matérias constantes de leis dos órgãos de soberania revela-se igualmente susceptível de exigir uma regulamentação específica que atente nas características regionais; se assim acontecer, também só com a prevalência destes regulamentos regionais sobre os regulamentos estaduais congéneres ficará assegurada a autonomia regional.

Raciocínio análogo (alicerçado nos interesses públicos prosseguidos) se torna susceptível de formular, de imediato, relativamente aos regulamentos *autónomos* da Administração autónoma (no sentido já apontado) que, por definição, relevam dos interesses próprios das pessoas colectivas públicas que os emanam. Se, como sublinhámos *supra* (cf. Parte I, 3.4.2.), o reconhecimento de autonomia normativa (no fundo, a

²⁵³ Cf., por exemplo, Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 805 e ss., esp.^{te} 809 e s.; Jorge MIRANDA, «A Autonomia Legislativa Regional e o Interesse Específico das Regiões Autónomas», e «O Interesse Específico das Regiões Autónomas», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 13 e ss., 39 e ss., respectivamente.

²⁵⁴ *V.*, sobre as mencionadas dimensões do interesse específico, Jorge MIRANDA, *Funções...*, cit., pp. 325 e s.. Cf. também Paulo OTERO, «A Competência Legislativa das Regiões Autónomas», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 25 e s.. Esta menção às coordenadas tradicionais do conceito de «interesse específico» não ignora a necessidade (já acentuada) da sua recompreensão, agora à luz dos interesses próprios das comunidades subjacentes às regiões autónomas enquanto pessoas colectivas públicas, superando a concepção tradicional que o concebia essencialmente como limite ao exercício de poderes legislativos. Trata-se de questão a que regressaremos *infra*, Parte IV, 2.2.4., I.

autonomia *proprio sensu*) representa uma forma de dar voz aos interesses da colectividade de pessoas, que constitui, na realidade, o substrato sociológico das entidades administrativas autónomas, não faria sentido que os regulamentos emanados no exercício daquela autonomia normativa fossem arredados por normas governamentais que (sem violar – reforçamos – o princípio da competência) logicamente os não contemplam (nem podem contemplar). A *ratio* da existência de administrações autónomas – que, nos casos das autarquias locais e das universidades (tal como sucede nas regiões autónomas), se encontra consagrada na Constituição (cf. artigos 242.º e 76, n.º 2, respectivamente) – agregar-se-á agora também à ideia de subsidiariedade e auto-regulação, considerando que as entidades mais próximas dos destinatários, e cujos órgãos resultam (em regra) da manifestação da vontade democrática daqueles, exercem com maior eficácia e racionalidade as competências administrativas.

O problema da preferência aplicativa no plano nacional, enquanto instituto destinado à resolução de conflitos em ordenamentos complexos, não se circunscreve, porém, às relações entre regulamentos estaduais e regulamentos autónomos. A complexidade característica do nível normativo infra-legislativo implica a pertinência da convocação da preferência aplicativa em todas as antinomias normativas regidas pelo princípio da especialidade e pela teleologia inerente aos interesses públicos prosseguidos pela entidade emissora da norma. Assim, encontram-se aqui incluídas também certas hipóteses em que se assiste a um conflito entre um regulamento do Governo e um regulamento de uma entidade reguladora. Sem prejuízo da regra da superioridade hierárquica dos regulamentos estaduais (cf., *infra*, Parte III, 2.5.1.) que, fora dos casos da autonomia normativa constitucionalmente consagrada, determina a invalidade das normas regulamentares que com aqueles conflituem, pode, todavia, concluir-se, no momento da decisão do caso concreto, que as normas da entidade reguladora partilham de uma teleologia específica que, no confronto com os regulamentos estaduais, conduz à sua qualificação como normas especiais e, nessa medida, à sua preferência aplicativa. A circunstância de esta situação de preferência aplicativa se não revelar tão nítida como as anteriormente analisadas (por ausência de um suporte constitucional) terá como consequência que a decisão do órgão que faça prevalecer uma norma de entidade reguladora sobre uma norma governamental deverá ser objecto de fundamentação acrescida, destinada a explicitar a natureza especial da primeira face à segunda.

II. Passemos agora à menção dos casos de preferência aplicativa emergentes das relações entre normas nacionais e normas europeias ou normas internacionais.

α) O problema da preferência aplicativa do direito da União Europeia sobre o direito nacional constitui uma questão delicada, já que o ordenamento português não possui uma cláusula constitucional sobre a localização do direito comunitário no quadro das «fontes de direito» e que, designadamente, afirme de forma expressa a prevalência das normas europeias. Por outro lado, também no plano do direito comparado, verifica-se uma quase evanescente (ou, em alguns casos, inexistente) linha de fronteira entre recusa de aplicação com fundamento em invalidade e preferência aplicativa, nas hipóteses de conflito entre normas nacionais e normas europeias²⁵⁵. Versar sobre a preferência aplicativa neste domínio impõe quer a apreciação da autonomia do direito da União face aos direitos nacionais (condição necessária ao funcionamento do figura da preferência aplicativa), quer a subsequente análise do sentido da efectivação dessa preferência aplicativa pelos órgãos administrativos nacionais, com o objectivo de afastar esta hipótese da recusa de aplicação.

i) Desde o início da sua actividade jurisprudencial, o Tribunal de Justiça vem salientando a autonomia do ordenamento jurídico comunitário em face quer dos direitos nacionais dos Estados membros, quer da ordem jurídica internacional: recordem-se as palavras do Acórdão «Van Gend en Loos»²⁵⁶ – onde aquela Alta Jurisdição afirmou, de forma expressa, o princípio da autonomia do ordenamento comunitário, ao estabelecer que “a Comunidade Económica Europeia constitui uma nova ordem jurídica de direito nacional, em benefício da qual os Estados limitaram, ainda que em domínio restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos não são apenas os Estados membros, mas, de igual forma, os seus cidadãos” – ou do Acórdão «Costa/ENEL»²⁵⁷ – onde o Tribunal acentuou que “diferentemente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado da CEE instituiu uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe às respectivas jurisdições”²⁵⁸. Esta

²⁵⁵ Eis o que sucede, v. g., no direito alemão – cf. *infra*, em texto.

²⁵⁶ Acórdão «NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Administração fiscal dos Países Baixos», de 05.02.1963, P. 26/62, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1963, p. 23.

²⁵⁷ Acórdão «Flaminio Costa/E.N.E.L.», de 15.07.1964, P. 6/64, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1964, p. 1158.

²⁵⁸ Tal autonomia não conduz necessariamente à existência de conflitos normativos em matérias a que se apliquem normas de direito da União e normas nacionais, que, na prática, podem coexistir, complementando-se. O Tribunal de Justiça acolheu esta ideia, no Acórdão «Walt Wilhelm e outros/Bundeskartellamt», de 13.02.1969, P. 14/68 (in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1969, pp. 1 e ss., pontos 4, 9), onde afirmou a possibilidade de aplicação paralela e simultânea do direito nacional, desde

compreensão autoriza uma referência à preferência aplicativa no contexto de um confronto entre normas europeias e normas regulamentares nacionais. Com efeito, também o pluriordenamentalismo emergente da conjunção entre o direito da União e o direito nacional resulta num «federalismo jurídico», traduzindo, no plano constitucional, o *interconstitucionalismo* ou o *multilevel constitutionalism* (i. e., a existência de uma competência das competências ancorada em vários planos)²⁵⁹, a que já aludimos *supra* (cf. Parte I, 1., II).

Tal «federalismo jurídico» exprime-se numa tripla realidade aparentemente contraditória: por um lado, na integração automática no ordenamento dos Estados membros dos actos provenientes dos órgãos da União; por outro lado, na uniforme interpretação e apreciação da validade dos actos da União em todos os Estados membros; por fim, a exclusão da aplicação das normas nacionais contrárias ao direito europeu²⁶⁰. Como se compreende, a aparente incongruência inerente a esta observação resulta da circunstância de se aludir, em simultâneo, à integração automática de normas europeias nos ordenamentos internos dos Estados membros – integração essa que fundamenta, nos termos já apontados (cf., *supra*, Parte I, 2.2.), o exercício do poder regulamentar pelos órgãos administrativos dos Estados – e à autonomia entre direito da União e direitos nacionais, a justificar a referência, neste campo, ao instituto da preferência aplicativa. Impõe-se, todavia, salientar que a afirmação do princípio da separação entre o direito da União e os ordenamentos nacionais dos Estados membros não importa uma total

que a mobilização das normas internas não ponha em causa a aplicação plena e uniforme do direito comunitário em todos os Estados membros e a eficácia dos respectivos actos de execução.

Por outro lado, é frequente a doutrina distinguir, neste plano, entre *colisões directas* e *colisões indirectas*, identificando as primeiras com os casos em que a norma nacional e a norma europeia têm exactamente o mesmo âmbito de aplicação, mas determinam soluções opostas (não podendo, por isso, aplicar-se logicamente as duas), e as segundas com as hipóteses em que as normas, não possuindo campos de aplicação idênticos, estabelecem regras diferentes (o exemplo de escola encontrava-se no artigo 88.º do Tratado de Roma, que previa a possibilidade de a Comissão obrigar um Estado a suprimir um auxílio estadual abusivo ou incompatível com o mercado comum, e nas disposições das legislações nacionais que estabelecem o princípio da proibição da livre revogabilidade de actos constitutivos de direitos – cf. EHLERS, «Verwaltung...», cit., p. 101; Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 483 e s.; sobre os problemas emergentes da revogação do auxílio estadual, do ponto de vista da segurança jurídica e da protecção da confiança dos administrados, v. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, tomo III – Beihilfe- und Vergaberecht, Springer, Berlin/Heidelberg, 2007, pp. 454 e s.). Diferentemente do que sucede nas situações de colisões directas – em que o princípio do primado conduz, em regra, à aplicação isolada da norma europeia –, quando esteja em causa uma colisão indirecta poderá assistir-se a uma aplicação conjugada de ambos os ordenamentos, sem pôr impreterivelmente em causa a preferência aplicativa do direito da UE. Cf., porém, EHLERS, *Op. cit.*, loc. cit..

²⁵⁹ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 244 e 269, anotações IX ao artigo 7.º e XX ao artigo 8.º, respectivamente. Cf. também Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 182.

²⁶⁰ Assim, J. Mota de CAMPOS/J. L. Mota de CAMPOS, *Manual...*, cit., pp. 359 e s..

independência ou uma indiferença entre eles²⁶¹, mas pretende antes significar que, tendo em conta a autonomia de estruturas orgânicas e de interesses subjacentes aos normativos, não existe, em princípio, qualquer relação de hierarquia (ou de supra/infra-ordenação) entre eles²⁶²; tal apenas não sucederá se uma norma nacional invocar como seu fundamento uma norma europeia, o que conduzirá, nesse momento, a uma subordinação da primeira a esta última e a uma autêntica interpenetração entre as ordens jurídicas²⁶³.

ii) Definida a autonomia dos ordenamentos europeu e nacional, não assume qualquer estranheza que a invocação da preferência aplicativa conheça agora um campo especialmente profícuo no âmbito das relações entre eles estabelecidas, por força do princípio do primado do direito da União (enquanto subprincípio do princípio da efectividade). Como é sabido, a afirmação do princípio do primado surgiu com o citado Acórdão «Costa/E.N.E.L.»²⁶⁴, onde o Tribunal de Justiça, alicerçando as suas conclusões nos fundamentos jurídicos e na originalidade (face às demais organizações instituídas por tratados internacionais) da Comunidade Europeia, cuja instituição postulou uma limitação dos direitos soberanos dos Estados e a criação de uma ordem jurídica própria integrada nos sistemas jurídicos dos Estados membros a partir da entrada em vigor do Tratado, concebe

²⁶¹ E só assim se justifica a própria alusão à figura da preferência aplicativa, a apontar para a vigência do direito da União nos Estados membros, ou ao cânone da interpretação em conformidade com o direito da União, a sugerir que a própria aplicação do direito nacional há-de ser perspectivada na óptica das normas europeias, de forma a garantir a sua máxima efectividade.

²⁶² Esta conclusão não é infirmada, no plano nacional, pelo n.º 1 do artigo 15.º do *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (RRCEE, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho), nos termos do qual o Estado e as regiões autónomas incorrem em responsabilidade civil pelos danos anormais causados aos cidadãos em consequência da adopção de actos legislativos em desconformidade com o direito comunitário. Efectivamente, daqui não resulta necessariamente uma opção pelo critério da hierarquia, que implique a invalidade dos actos legislativos contrários às normas comunitárias; a responsabilidade advém do facto de o Estado e as regiões autónomas haverem violado o dever pressuposto pelo princípio do primado do direito europeu que, por decorrer ainda dos Tratados, vincula os Estados-membros e respectivos órgãos.

²⁶³ Claro está que o problema da validade de normas nacionais, em virtude da contrariedade com normas de direito da União, poderá ocorrer também por violação do princípio da competência. A relevância deste princípio apenas ocorrerá nos casos em que a desconformidade entre a norma nacional e o direito europeu resulte de uma violação da distribuição de competências entre a União e os Estados membros (neste sentido, cf. também EHLERS, «Verwaltung...», cit., p. 103). Pense-se, v. g., na invasão por um regulamento nacional, com carácter totalmente inovador, de uma das matérias de competência exclusiva da União previstas no artigo 3.º do TFUE; aliás, explicitando o conceito de competência exclusiva, o n.º 1 do artigo 2.º-A do TFUE dispõe que a atribuição pelos Tratados de competência exclusiva à União em certas matérias significa que só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos, esclarecendo que a intervenção dos Estados membros só se poderá verificar se habilitada pela União, ou a fim de dar execução aos actos emanados pelos órgãos desta última.

²⁶⁴ Acórdão «Flaminio Costa/E.N.E.L.», de 15.07.1964, cit., pp. 1141 e ss.. Para uma análise pormenorizada da argumentação do Tribunal, cf., v. g., J. Mota de CAMPOS/J. L. Mota de CAMPOS, *Manual...*, cit., pp. 392 e ss..

como corolário a “impossibilidade, para os Estados, de fazer prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor”²⁶⁵. Mais tarde, através do Acórdão «Simmenthal», de 9 de Março de 1978²⁶⁶, o Tribunal acrescentou expressamente que as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade directa possuem a virtualidade de, nas relações com o direito interno dos Estados membros, tornar inaplicáveis, a partir do momento da sua entrada em vigor, quaisquer normas internas contrárias (sem necessidade de as eliminar primeiro da ordem jurídica pelos órgãos nacionais competentes), além de impedir a emissão válida de novos actos (legislativos) com elas incompatíveis – uma solução diversa, sublinha a Corte do

²⁶⁵ O Tribunal de Justiça já chegou ao ponto de, no Acórdão «Michaniki AE/Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias», de 16.12.2008, P. C-213/2007, considerar que o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional (*in casu*, uma norma da Constituição grega, densificada em legislação ordinária) que, prosseguindo objectivos legítimos, contraria uma directiva (*in casu*, a directiva relativa aos contratos de empreitada de obras públicas). Na mesma linha de tendência, o Advogado-Geral Póiares MADURO, na senda do Acórdão «Internationale Handelsgesellschaft», afirma que “se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação selectiva e discriminatória das normas comunitárias no território da União, seria alterada, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica comunitária com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros” [Conclusões para o P. C-127/07, ponto 16; o Acórdão proferido na sequência (Acórdão «Société Arcelor Atlantique et Lorraine e outros/Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie», de 16.12.2008) levou o *Conseil d'Etat* a alterar a primitiva decisão sobre o caso: havendo inicialmente equacionado a violação do princípio da igualdade pelo *décret* que transpunha uma directiva, a decisão do Tribunal de Justiça – no sentido da inexistência de violação do princípio da igualdade pela directiva – conduziu o *Conseil d'Etat* a entender que também não se verificava um atentado àquele princípio pelo regulamento de transposição; cf. «Le Contrôle de la Constitutionnalité d'un Règlement Transposant une Directive», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, 25.º ano, Julho/Agosto 2009, pp. 800 e ss., onde se podem ler as conclusões de Mattias GUYOMAR e o *Arrêt* do *Conseil d'Etat*, de 03.06.2009, «Société Arcelor Atlantique et Lorraine et Autres»]. Sobre o problema da preferência do direito da União sobre o direito constitucional nacional, v. também a síntese de M. Galvão Teles, «Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – Em Particular Sobre o Artigo 8.º, N.º 4, da Constituição Portuguesa», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 299 e ss. (numa perspectiva jus-comparatística) e 308 e ss. (com uma atenção especial ao direito português).

Prosseguindo mais fundo o objectivo unificador, o Tribunal de Justiça entende que os próprios tribunais nacionais, no exercício da sua tarefa interpretativa, não podem, sob pena de responsabilidade, conferir a uma norma de direito material ou processual comunitário um alcance manifestamente errado, como acontecerá se contrariar a jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça sobre a matéria, considerada equivalente a uma ignorância manifesta do direito aplicável – o que, a suceder, conduz ao enfraquecimento das garantias dos particulares. Cf. Acórdão «Traghetti del Mediterraneo SpA, em liquidação/República Italiana», de 13.06.2006, P. C-173/03, pontos 35, 41 e 42, epitomando posições que se encontravam já anunciadas no Acórdão «Gerhard Köbler/República da Áustria», de 30.09.2003, P. C-224/01, ponto 56 (sobre estes dois arestos, cf., v. g., Fausto de QUADROS, «A Europeização do Contencioso Administrativo», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 394 e s.).

²⁶⁶ Acórdão «Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal», de 08.03.1978, P. 106/77, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1978, pp. 629 e ss., pontos 15 e ss., esp.^{te} 17 e 24. Cf. também Acórdão «The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. e outros», de 19.06.1990, P. C-213/89, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-2433 e ss., pontos 21 e ss., onde, na sequência da decisão anterior, o Tribunal determina que a plena eficácia do direito comunitário exige também o afastamento da norma nacional que constitua um obstáculo à adopção de medidas provisórias destinadas à garantia de direitos consagrados pelo ordenamento comunitário.

Luxemburgo, vulneraria os compromissos incondicional e irrevogavelmente assumidos pelos Estados em virtude do Tratado, pondo inclusive em causa as bases da Comunidade²⁶⁷.

A análise dos citados *leading cases* permite assinalar quatro observações importantes.

Primo, assiste-se a uma confusão entre a preferência aplicativa e a recusa de aplicação; aliás, uma leitura da jurisprudência sobre esta matéria põe em foco as tergiversações lexicais do Tribunal de Justiça, que se refere indiferentemente à “desaplicação”, à “exclusão”, à “recusa ou proibição de aplicação” das normas nacionais incompatíveis com o direito da União. Estando em causa um problema de preferência aplicativa, fica arredada a possibilidade de utilizar qualquer daqueles conceitos, os quais postulam, em geral, que a antinomia normativa se resolva (em regra) pelo critério da hierarquia, determinando a invalidade de uma norma (dotada de uma posição hierárquica inferior) por contrariar o disposto na norma superior. Muito mais adequada surge a terminologia alemã (presente nas traduções dos diversos acórdãos do Tribunal sobre esta matéria), que se reporta à *inaplicabilidade (Unanwendbarkeit)* das normas de direito nacional contrárias ao direito comunitário²⁶⁸.

Secundo, e ao contrário do que vimos suceder quanto à figura da preferência aplicativa no plano interno, o fundamento da sua invocação não se reconduz às coordenadas teleologia/princípio da especialidade, mas possui uma intenção politicamente dirigida à afirmação de uma “supremacia” do direito da União face aos direitos nacionais,

²⁶⁷ O *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa* dava um passo decisivo no reforço do princípio do primado, procurando justamente cristalizar a nível constitucional a jurisprudência do Tribunal de Justiça (como resultava da Declaração 1 *ad* artigo I-6.º das *Declarações Relativas a Disposições da Constituição*, constante da Acta Final da Conferência Intergovernamental, de 25.10.2004 (CIG/87/04 ADD 2 REV 2): “A Conferência constata que o artigo I-6.º reflecte a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância”). Assim o artigo I-6.º daquele Tratado dispunha que “a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros”.

Uma preocupação similar manifesta a *Declaração sobre o Primado do Direito Comunitário* (Declaração 17), anexada à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, nos termos da qual “a Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”; esta declaração surge complementada pelo Parecer do Serviço Jurídico do Conselho, de 22.06.2007, o qual visa esclarecer, *inter alia*, que “o facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça”.

²⁶⁸ Cf. o já citado Acórdão «Simmenthal» na versão alemã, pontos 17/18 in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:DE:HTML>, Setembro 2007. V. também SAUERLAND, *Die Verwaltungsvorschrift...*, cit., p. 131. Aludindo à *Geltungsvorrang*, cf. RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., pp. 1143 e s..

como resultado das obrigações assumidas pelos Estados membros nos Tratados constitutivos²⁶⁹. Ou, nas expressivas palavras de Blanco de Morais²⁷⁰, “dir-se-ia que o velho «Direito Imperial» reemergiu das cinzas, sob a forma de normas comunitárias, as quais, longe de assumirem um carácter puramente supletivo, passaram a couraçar-se nos contrafortes de um inusitado poder obrigatório, prevalecendo no giro de certas matérias sobre o Direito interno antitético”. Nesta medida, o Tribunal de Justiça chega a afirmar a primazia do direito comunitário perante as normas constitucionais dos Estados membros²⁷¹ ou mesmo perante normas especiais²⁷².

Tertio, a preferência aplicativa, no caso concreto, da norma europeia sobre a norma nacional pressupõe que o conflito normativo não conseguiu receber uma solução por outra via; quer dizer, o problema da preferência aplicativa só se colocará se não se houver revelado possível recorrer ao cânone metodológico da interpretação em conformidade com o direito da União. Trata-se, aliás, de solução que se compatibiliza com o princípio do efeito útil e com o imperativo de optimização decorrentes da jurisprudência europeia, os quais justificam também – independentemente da concorrência de outros argumentos – que, da perspectiva europeia, o conflito normativo não tenha de conduzir à preterição da norma nacional incompatível²⁷³.

²⁶⁹ Em sentido próximo, MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., p. 695.

Embora o princípio da especialidade surja como um dos princípios constitucionais da União Europeia (enquanto ligado à delimitação das competências) e a especificidade dos interesses que serve (*in casu*, a construção de uma disciplina jurídica própria dos interesses comuns a todos os Estados membros) justifique o seu carácter de ordem jurídica autónoma (assim, J. Mota de CAMPOS/J. L. Mota de CAMPOS, *Manual...*, cit., pp. 277 e s., e 287), a verdade é que o primado do direito da União não assenta argumentativamente tanto na especificidade dos fins prosseguidos pela União, mas sobretudo na especificidade desta última e da respectiva ordem jurídica, caracterizadas por uma auto-limitação dos direitos soberanos dos Estados membros (cf. em texto) e na necessidade de salvaguarda de ambas – o que justifica a referência de alguma doutrina ao primado do direito comunitário como uma “exigência «existencial» de primazia” (assim, J. Mota de CAMPOS/J. L. Mota de CAMPOS, *Manual...*, cit., p. 387; cf. também Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 303 e ss.).

²⁷⁰ Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., pp. 369 e s.. Em termos não muito diversos, BORRAJO INIESTA («La Supletoriedad del Derecho Estatal», in: *La Supletoriedad del Derecho Estatal*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 18) aproxima o momento actual da Idade Média, “período cujo sistema poderia seguramente oferecer algum ensinamento proveitoso para o futuro, presidido por uma União Europeia de alcance similar ao Sacro Império”. Cf. também CASSESE, «Diritto Amministrativo...», cit., pp. 2 e s..

²⁷¹ Cf., v. g., já o Acórdão «Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel», de 17.12.1970, P. 11/70, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1970, pp. 1125 e ss. (ponto 3), de onde decorre que “ao direito constante do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não poderiam, em razão da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, *quaisquer que elas sejam*, sem perder o seu carácter comunitário e sem que seja posta em causa a base jurídica da própria Comunidade”. V. também o que dissemos, *supra*, em nota.

²⁷² Cf. EHLERS, «Verwaltung...», cit., p. 99.

²⁷³ V. HENNEKE, «Europäisierung...», cit., pp. 77 e s..

Quarto, resulta da referida jurisprudência que o princípio do primado do direito da União e, concomitantemente, a obrigação de “deixar inaplicável” (para utilizarmos a expressão preferida pelo Tribunal de Justiça) o direito nacional contrário às disposições europeias se dirige sobretudo aos tribunais. Assim, *v. g.*, no Acórdão «Simmenthal», a preferência aplicativa das normas comunitárias sobre as normas internas foi sustentada com base no artigo 177.º do Tratado (correspondente ao actual artigo 267.º do TFUE, relativo ao reenvio prejudicial), cujos efeitos ficariam diminuídos se o juiz nacional ficasse impedido de aplicar o direito comunitário em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁷⁴. É neste sentido que se entende revelarem-se incompatíveis com o direito da União quaisquer disposições processuais nacionais que estabeleçam limites (desde logo, temporais) para a apreciação judicial da conformidade das normas nacionais com normas europeias, em termos de inviabilizar (ou tornar excessivamente difícil) a desaplicação das primeiras quando contrárias às segundas²⁷⁵.

iii) Impõe-se, por isso, apreciar se esta obrigação de preferir o direito da União vincula apenas os órgãos judiciais ou se se estende também à Administração. Tratando-se, como principiámos por assinalar neste número, de uma questão que contende com a interpretação das normas no contexto do sistema jurídico, estranha se afiguraria a possibilidade de os órgãos administrativos (na qualidade de intérpretes) estarem eximidos da sua observância. Não se pense, porém, que constitui esta uma observação isenta dúvidas: no direito alemão, a assimilação efectuada entre a incompatibilidade de regulamentos com o direito europeu e a ilegalidade regulamentar (o que remete o problema

²⁷⁴ Acórdão «Simmenthal», *cit.*, pontos 19 e ss.. Neste sentido, também Fausto de QUADROS (*cf.*, *v. g.*, *A Nova Dimensão...*, *cit.*, p. 28) se refere ao juiz nacional como o «juiz comum do contencioso comunitário» ou «juiz comunitário», com o alcance de esclarecer que é aos juizes dos Estados-membros que se encontra cometida, em primeira linha, a tarefa de zelar pela aplicação do direito da União.

²⁷⁵ Acórdão «Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS/Estado Belga», de 14.12.1995, P. C-312/93, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1995, pp. I-4599 e ss., pontos 14 e ss.. Não obstante esta obrigação imposta aos tribunais de apreciarem a compatibilidade das normas do direito nacional com o direito comunitário, a mesma tem de ser articulada com uma decisão contemporânea do Acórdão «Peterbroeck» – o Acórdão «Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten», de 14.12.1995, Ps. C-430/93 e C-431/93, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-4705 e ss. –, de acordo com a qual essa apreciação tem limites, não impondo o direito da União que os órgãos jurisdicionais nacionais suscitem oficiosamente um fundamento assente na violação de disposições europeias, quando a análise desse fundamento os obrigue a renunciar ao princípio dispositivo a cujo respeito estão obrigados, saindo dos limites do litígio como foi circunscrito pelas partes, e baseando-se em factos e circunstâncias diferentes daqueles em que fundamentou o seu pedido a parte que tem interesse na aplicação das referidas disposições (ponto 22).

para o quadro do n.º 2 do §56 da *Bundesbeamtenengesetz*²⁷⁶), leva alguma doutrina a destringir entre a preferência de aplicação (*Anwendungsvorrang*) e a competência para a concretização dessa preferência (*Durchsetzung des Vorrangs*)²⁷⁷, com a consequência determinante de que a afirmação da preferência aplicativa do direito da União não significaria impreterivelmente admitir que o órgão administrativo pudesse deixar um regulamento (*maxime*, quando se trate de uma *Vorschrift*) por aplicar, já que aquele se encontra vinculado às decisões do superior (dever de obediência)²⁷⁸. Concedendo que existe uma diferença entre o primado do direito da União e a competência administrativa para efectivar, no caso concreto, esse primado (preterindo a aplicação de uma norma nacional em favor da comunitária), parece-nos, porém, como resulta das considerações já tecidas, que o facto de estarmos ainda no campo da interpretação conduz ao reconhecimento dessa competência aos órgãos administrativos «aplicadores»: diferentemente do que sucede nos casos de recusa de aplicação com fundamento em invalidade, a Administração não emite qualquer juízo que afecte a validade da norma preterida, limitando-se a resolver a situação concreta por mediação da norma europeia (ou, no mínimo, a interpretar o regulamento nacional em conformidade com o direito da União)²⁷⁹.

Não obstante o Tribunal de Justiça ter começado por equacionar a preferência aplicativa para os órgãos jurisdicionais, cedo acabou por concluir que o princípio da

²⁷⁶ De acordo com o qual o órgão deve expor imediatamente ao seu directo superior hierárquico as dúvidas relativas à legalidade das ordens de serviço; se a ordem for mantida e as dúvidas do órgão permanecerem, deve este apresentá-las ao superior hierárquico imediato. Se, ainda assim, este confirmar a ordem, deve o órgão segui-la, a menos que entenda que o respectivo cumprimento conduz à prática de um crime ou de uma contra-ordenação ou implica a ofensa da dignidade humana; nessa altura, fica isento de responsabilidade. Finalmente, a confirmação tem de ser dada por escrito, quando tal seja solicitado.

Sobre este preceito, cf. ainda *infra* 2.4.2..

²⁷⁷ V. SAUERLAND, *Die Verwaltungsvorschrift...*, cit., p. 133.

O próprio Tribunal de Justiça reconhece esta diferença, quanto à incompatibilidade entre normas de direito comunitário derivado e normas dos Tratados – cf., v. g., Acórdão «Granaria BV/Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten», de 13.02.1979, P. 101/78, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1979, pp. 623 e ss. (pontos 3 e seguintes), onde a Cúria do Luxemburgo determinou que enquanto a validade de um regulamento em vigor não for afirmada pelo próprio Tribunal, não podem os órgãos da Administração nacional recusar a sua aplicação, não obstante a existência de uma contrariedade com normas do Tratado.

²⁷⁸ Cf. SAUERLAND, *Die Verwaltungsvorschrift...*, cit., pp. 134 e ss..

²⁷⁹ Apesar da solução que defendemos, não ignoramos as dificuldades que a mesma se revela susceptível de acarretar quando implica o não cumprimento de instruções do superior. Obviamente, esta questão não se pode desligar da autonomia decisória (e, por conseguinte, da autonomia interpretativa) conferida, *in casu*, ao órgão administrativo decisor. No texto, pretendemos tão-só compreender se a preferência aplicativa das normas do direito da União vale também relativamente à *Administração*, sem prejuízo de, ainda quando afirmada essa preferência, a respectiva operatividade pressupor a conciliação com as disposições nacionais relativas à organização administrativa, conciliação essa admissível, inclusive do ponto de vista europeu, desde que não elimine a prevalência do direito da União e, por conseguinte, não implique um atentado contra o princípio do primado. V. ainda, *infra*, iv), *in fine*.

efectividade exige que estejam adstritas ao princípio do primado todas as autoridades do Estado, pelo que também as entidades administrativas devem afastar as disposições nacionais contrárias ao direito da União²⁸⁰. Na síntese constante do Acórdão «Ciola», de 29 de Abril de 1999²⁸¹, o Tribunal de Justiça acaba por esclarecer que, por um lado, e *ex vi* princípio do primado, estão sujeitos à obrigação de preferir o direito comunitário todos os órgãos da administração, incluindo as autoridades descentralizadas, contra as quais os particulares podem, portanto, invocar tal disposição comunitária, e que, por outro lado, entre as disposições do direito interno contrárias a essa disposição comunitária, podem figurar tanto disposições legislativas como administrativas (aqui incluídas quer as normas gerais e abstractas, quer as decisões administrativas individuais e concretas).

iv) Por último, importa apreciar em que se traduz esta preferência applicativa do direito da União sobre o direito nacional, em especial, quando está em causa a mobilização de normas nacionais contrárias a fontes de direito comunitário, quer para afirmar que a preferência existe relativamente a regulamentos administrativos, quer para determinar se a mesma se verifica quanto a todas as normas de direito da União.

Atente-se que, no plano nacional, esta preferência applicativa radica na cláusula constitucional constante dos n.ºs 5 e 6.º do artigo 7.º da Constituição, relativa ao empenhamento na construção e aprofundamento da União Europeia²⁸² – cláusula essa da qual resulta uma regra de colisão (consistente na referida preferência applicativa), mas não

²⁸⁰ Assim, Acórdão «Gervais Larsy/Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants», de 28.06.2001, P. C-118/00, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-5063 e ss., pontos 52 e 53, na sequência dos Acórdãos, proferidos em sede de acção por incumprimento, «Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana», de 13.07.1972, P. 48/71, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1972, pp. 529 e ss., ponto 7 (que alude à proibição de as autoridades nacionais – e, portanto, independentemente da sua natureza – aplicarem uma prescrição nacional incompatível com o Tratado, e como tal já reconhecida pelo Tribunal), e «Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana», de 19.01.1993, P. 101/91, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-191 e ss., pontos 20 e ss. (determinando que a declaração de que um Estado-membro não cumpriu as suas obrigações comunitárias implica para as autoridades desse Estado, tanto judiciais como administrativas, a total proibição de aplicar o regime incompatível com o direito comunitário).

Aliás, em Itália, a jurisprudência do *Consiglio di Stato* reconhece hoje que, perante uma incompatibilidade entre o direito comunitário e o direito italiano (nacional), os órgãos da Administração Pública devem, no exercício da actividade administrativa, afastar (o termo utilizado é *disapplicare*) officiosamente as normas nacionais contrárias ao direito comunitário; o que, por sua vez, importa como consequência que, quando se adoptarem *atti* ou *provvedimenti amministrativi* em aplicação daquelas normas nacionais, estes padecerão de invalidade. Cf. FERRARI/AIROLDI, «La Disapplicazione...», cit., p. 46, n. 37.

²⁸¹ Acórdão «Erich Ciola/Land Vorarlberg», de 29.04.1999, P. C-224/97, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-2517 e ss., pontos 30 e ss..

²⁸² Neste sentido, também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 611 e 742, n. 31 (onde o Autor concebe a cláusula constitucional de empenhamento na construção europeia como critério da resolução de antinomias normativas que envolvam actos de direito interno e normas comunitárias).

(como veremos *infra*, Parte III, 2.3.2.) uma regra de supremacia normativa conducente à invalidade do direito interno²⁸³. A defesa de uma preferência aplicativa neste cenário tem de respeitar igualmente os limites decorrentes da parte final do n.º 4 do artigo 8.º, do qual decorre que o respectivo funcionamento depende da observância pelas normas comunitárias dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático²⁸⁴.

Desde logo, e no que respeita às normas sobre as quais o direito da União prefere, a jurisprudência do Tribunal de Justiça alude apenas a normas nacionais ou a normas de direito nacional, a sugerir que estão aqui compreendidos todos os actos normativos estaduais (em sentido amplo) e, por conseguinte, também as normas emanadas no exercício da função administrativa²⁸⁵.

Por outro lado, urge determinar se esta preferência sobre o direito nacional (*in casu*, os regulamentos nacionais) abrange todos os actos normativo-comunitários²⁸⁶ presentes no elenco do artigo 288.º do TFUE. Emergindo o problema no quadro da resolução de um caso concreto, o conflito normativo ocorrerá por excelência no confronto das normas regulamentares nacionais com as normas constantes dos Tratados ou dos regulamentos europeus, na medida em que apenas estas estão dotadas de aplicabilidade directa; quer dizer, o problema da eventual preferência das normas europeias sobre os regulamentos nacionais aquando da realização concreta do direito verifica-se primacialmente nos casos em que as primeiras integram a ordem jurídica portuguesa, sem necessidade de mediação

²⁸³ Exactamente nestes termos, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 266 e 268, anotações XVI e XVIII ao artigo 8.º.

²⁸⁴ Para uma densificação dos princípios aqui incluídos e sobre a resolução de eventuais conflitos entre as normas europeias e os princípios constitucionais do Estado de direito democrático, v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 267 e 269 e ss., anotações XVII e XX ao artigo 8.º, respectivamente. Repare-se, porém, que a doutrina também erige o princípio democrático como princípio constitucional da União Europeia, apesar da ausência de alusão expressa no Tratado – cf., v. g., J. Mota de CAMPOS/J. L. Mota de CAMPOS, *Manual...*, cit., pp. 267 e ss.. Considerando também que o n.º 4 do artigo 8.º contempla uma cláusula explícita de prevalência do direito da União Europeia sobre as normas nacionais, v. M. Galvão TELES, «Constituições...», cit., pp. 314 e ss. (reflectindo sobre o sentido do preceito e equacionando a eventual consagração de uma prevalência sobre as normas constitucionais).

²⁸⁵ A doutrina italiana entende que tal preferência atinge todos os *atti amministrativi*, e não apenas os actos normativos, que, em consequência se consideram inaplicáveis quando contrários ao direito comunitário (cf. CARANTA, «Sull'Obbligo dell'Amministrazione di Disapplicare gli Atti di Diritto Interno in Contrasto con Disposizioni Comunitarie», in: *Il Foro Amministrativo*, ano LXVI, 1990, p. 1378).

²⁸⁶ Além dos actos normativos consubstanciados no regulamento e na directiva, o artigo 288.º reporta-se ainda às decisões, enquanto actos obrigatórios e individuais. Sem prejuízo da possibilidade da sua configuração como actos normativos indirectos quando dirigidas a todos os Estados membros (cf. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, cit., p. 354, n. 967, louvando-se em Rideau), a natureza individual que caracteriza as decisões leva a questionar se, em caso de conflito entre uma norma regulamentar nacional e uma disposição constante de uma decisão que tenha por destinatário o Estado português, deve esta prevalecer sobre aquela. Em sentido afirmativo, cf. GRECO, «Incidenza...», cit., pp. 952 e ss. (embora encarando, em alguns momentos, o problema sob uma perspectiva de legitimidade do regulamento), alicerçando a sua posição no facto de a decisão constituir um acto administrativo comunitário, dotado de executividade.

de qualquer acto nacional (tal como decorre da conjugação do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição com o artigo 288.º do TFUE)²⁸⁷.

Mas o Tribunal de Justiça, partindo de uma compreensão integral do princípio do primado²⁸⁸, vai mais longe e impõe a preferência aplicativa nos casos em que disposições nacionais contrariem normas constantes de directivas, quando aquelas reúnam as condições que lhes asseguram o efeito directo (vertical). Assim, no Acórdão «Fratelli Costanzo»²⁸⁹, dando mais um passo no sentido do reforço do princípio da efectividade²⁹⁰, o Tribunal de Justiça responderá de forma afirmativa à questão prejudicial, proveniente do *tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*, de saber “*se a administração comunal tinha o poder-dever de não aplicar as normas internas incompatíveis com a (...) norma comunitária (eventualmente após consulta da administração central) ou se esse poder-dever de não aplicação apenas é atribuído aos juízes²⁹¹ nacionais*”. Defende-se nesse

²⁸⁷ Como se sabe, a aplicabilidade directa traduz-se justamente na característica que permite às normas europeias que dela gozam integrarem-se na ordem jurídica interna dos Estados membros, independentemente de qualquer acto de recepção (explícita ou implícita) dos órgãos estaduais nacionais, podendo, logo após a sua entrada em vigor nos termos por si própria determinados, ser invocada e aplicada por todos os particulares e autoridades públicas.

Da aplicabilidade directa distinguem-se quer a aplicabilidade imediata, quer o efeito directo. A circunstância de os regulamentos europeus prescindirem de actos de recepção nacionais para vigorarem nos ordenamentos dos Estados membro não significa que dispensem medidas destinadas a complementá-los ou a dar-lhes execução, da competência dos órgãos da União ou dos órgãos legislativos ou administrativos dos Estados membros (recorde-se o que vimos na Parte I, 2.2., a propósito dos regulamentos nacionais de execução de regulamentos europeus e a jurisprudência aí citada). Já o efeito directo refere-se à possibilidade de invocação, pelos cidadãos e contra o Estado, dos direitos emergentes de normas europeias desprovidas de aplicabilidade directa (*maxime*, directivas não transpostas), quando as mesmas sejam claras, precisas e incondicionadas, e na ausência ou em contradição com o direito nacional (cf., v. g., Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 387 e ss., e jurisprudência aí citada).

²⁸⁸ Fausto de QUADROS (*Droit...*, cit., p. 364) alude à ideia segundo a qual o princípio do primado deve ser absoluto ou integral, implicando a prevalência de todo o direito comunitário sobre todo o direito nacional.

²⁸⁹ Acórdão «Fratelli Costanzo SPA/Comune di Milano e Impresa Ing. Lodigiani SPA», de 22.06.1989, P. 103/88, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 1839 e ss., esp.¹⁶ pontos 28 e ss.. Sobre esta decisão, cf. BORRÀS RODRÍGUEZ/VILÀ COSTA, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», in: *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 1, ano LXXXIX, 1990, pp. 246 e ss..

²⁹⁰ Recorde-se a perplexidade de CARANTA («Sull’Obligo...», cit., p. 1377) perante as diferenças que, a este propósito, se evidenciam entre soluções apontadas para o problema da fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis (cf. *infra*, nesta Parte, 2.4.2.) e para a questão da desconformidade entre o direito nacional e o direito comunitário. Torna-se, todavia, importante referenciar que estão em causa conflitos normativos cuja solução se coloca em planos diversos – da eficácia (na preferência aplicativa), no primeiro caso, da validade (na recusa de aplicação), no segundo – diversidade essa passível de justificar soluções também diferentes. Em Itália, e até esta pronúncia do Tribunal de Justiça, a opção (administrativa, através da emissão de circulares internas nesse sentido, ou judicial, como resultado da posição assumida pela *Corte Costituzionale* em 1989) havia sido a de reconhecer, em determinados ramos do direito, a necessidade de assegurar a prevalência do Direito Comunitário, como forma de evitar a condenação da República Italiana por incumprimento do dever de transposição de directivas (*Op. cit.*, pp. 1377 e s.).

²⁹¹ Na versão portuguesa, onde está “juízes”, lê-se erradamente “serviços”; na língua que faz fê – o italiano – a referência reporta-se a *giudici nazionali* (cf. o ponto 13-D do Acórdão, disponível, na versão

Acórdão que, uma vez afirmado o princípio segundo o qual os particulares têm o direito de invocar nos tribunais e contra o Estado as normas das directivas que sejam precisas e incondicionadas quando aquele não efectuou a respectiva transposição nos prazos fixados ou quando tenha feito uma transposição incorrecta (princípio do efeito directo vertical), revelar-se-ia contraditório entender que o Estado (e a Administração em geral) não teria o dever de aplicar aquelas disposições, afastando as normas de direito nacional que as contrariem²⁹². Em face da jurisprudência do Tribunal de Justiça, torna-se fácil perceber que a preferência applicativa de norma constante de directiva não transposta (contra o direito da União) sobre o direito nacional tem de obedecer a vários requisitos, exigindo-se que a mesma: *i)* revista as características que a permitam considerar como clara, precisa e incondicionada; *ii)* seja mobilizada no âmbito de uma relação entre Administração e particulares (e não numa relação entre particulares); *iii)* seja invocada contra a Administração e a favor do particular²⁹³. Verificados estes condicionalismos, afirma-se a existência de um «poder-dever»²⁹⁴ a cargo dos órgãos administrativos de dar preferência às normas constantes de directivas sobre o direito nacional.

Esta afirmação de um tal «poder-dever» de preferência applicativa no quadro das relações entre directivas não transpostas e normas nacionais não surge isenta de dúvidas e perplexidades. Se a argumentação do Tribunal de Justiça que torna extensivos os poderes associados ao efeito directo vertical também à Administração (e não apenas aos tribunais) aparece suportada por razões de ordem lógica, uma consideração mais detida pode levar a questionar se tal preferência applicativa se impõe a *todos* os órgãos administrativos ou somente aos órgãos da Administração *estadual*²⁹⁵. Com efeito, a *ratio* da defesa do efeito directo vertical de directivas – sintetizável na célebre máxima *venire contra factum proprium non valet* ou no princípio do *estoppel* – assenta na circunstância de o Estado (enquanto entidade responsável pela transposição da directivas) se não poder prevalecer

italiana, in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0103:IT:HTML>, Dezembro 2010).

²⁹² Em sentido diverso, Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 371 e s.) afasta liminarmente a apreciação da existência de uma relação de preferência applicativa entre o direito nacional e as normas constantes de directivas, por entender que estas, não se encontrando dotadas de aplicabilidade directa, não podem ser invocadas em juízo pelos particulares, carecendo, para tal, de um acto interno de transposição.

²⁹³ Repare-se que já nos anos 80, no Acórdão «Rewe», o Tribunal de Justiça havia defendido que as autoridades públicas não poderiam invocar em juízo contra os particulares as disposições legislativas ou administrativas nacionais contrárias a uma obrigação precisa e incondicionada constante de uma directiva (cf. Acórdão «Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel», de 07.07.1981, P. 158/80, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1981, pp. 1805 e ss., ponto 43).

²⁹⁴ Cf. CARANTA, «Sull'Obbligo...», cit., p. 1381.

²⁹⁵ Colocando estas dúvidas, v. CARANTA, «Sull'Obbligo...», cit., pp. 1381 e ss..

do incumprimento de obrigações europeias para, deste modo, inviabilizar a possibilidade de os particulares invocarem, contra o próprio Estado, direitos concedidos pelas directivas – o que, à primeira vista, se revelaria susceptível de incutir a ideia de que apenas os órgãos da Administração estadual (inadimplente) teriam competência para dar preferência à norma constante da directiva sobre a norma nacional.

Como se compreende, estamos diante de um problema mais ilusório que real, o qual arranca de uma confusão (propiciada pela própria jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁹⁶ e acolhida pela doutrina²⁹⁷) entre as entidades contra as quais a directiva pode ser oposta e as entidades competentes para solucionar os casos concretos à luz do direito da União. Independentemente da solução dada pela jurisprudência europeia às entidades contra as quais a directiva não transposta (ou incorrectamente transposta) pode ser oposta (que, acrescente-se, não se circunscrevem ao Estado-legislador²⁹⁸), e após algumas hesitações iniciais (como se denotam do Acórdão «Marshall»), o Tribunal de Justiça vem explicitar, no citado Acórdão «Fratelli Costanzo», que o poder-dever de dar preferência às normas constantes de directivas não transpostas (ou incorrectamente transpostas) cabe a *todos* os órgãos administrativos e não apenas aos integrados na Administração estadual, afirmando que se “os particulares têm o direito de invocar as disposições de uma directiva nos tribunais nacionais é porque os deveres que delas decorrem se impõem a todas as

²⁹⁶ Cf. Acórdão «M. H. Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)», de 26.02.1986, P. 152/84, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1986, pp. 723 e ss.. Nesta decisão, onde estava em causa a aplicação da directiva (sobre a implementação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no acesso ao emprego, formação e promoção profissionais e nas condições de trabalho) por uma autoridade administrativa sanitária (a *Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*), o Governo britânico opôs que a situação desta última era equiparada a uma empresa privada, pelo que não teria competência para aplicar a norma da directiva não transposta, sendo aquela autoridade distinta da Administração central e não se considerando os respectivos trabalhadores como funcionários (cf. ponto 44). O Tribunal de Justiça (cf. pontos 40 e 50) manteve a sua posição de considerar que os particulares se podem prevalecer de uma directiva contra o Estado (sinónimo de autoridade pública), independentemente das vestes que este assuma (empregador ou autoridade pública), uma vez que só assim se garante que o mesmo não alcance qualquer vantagem resultante do incumprimento das obrigações comunitárias, mas não se debruçou *ex professo* sobre a questão determinante de saber se a autoridade administrativa em causa (na medida em que constituía uma pessoa distinta do Estado) poderia ou deveria ter aplicado directamente a norma da directiva não transposta (em termos de evitar que os particulares se dirigissem ao tribunal nacional para que este decidisse o caso em conformidade com o direito comunitário).

²⁹⁷ Parecendo assimilar também os dois fenómenos, cf., por exemplo, M. GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, cit., pp. 346 e s..

²⁹⁸ Nos termos do Acórdão «A. Foster e o./British Gás plc.», de 12.07.1990, P. C-188/89 (in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-3348 e ss.), a noção de Estado útil para a delineação do conceito de efeito directo vertical abrange “os organismos ou entidades que estejam sujeitos à autoridade ou ao controlo do Estado ou que disponham de poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis nas relações entre os particulares” (ponto 18), aí incluindo as autoridades fiscais, as colectividades territoriais, as autoridades constitucionalmente independentes encarregadas da manutenção da ordem e segurança públicas, as autoridades públicas que assegurem serviços de saúde (ponto 19); numa palavra, qualquer “organismo que, seja qual for a sua natureza jurídica, foi encarregado, por um acto de autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público e que dispõe, para esse efeito, de poderes exorbitantes face aos que resultam das normas aplicáveis nas relações entre particulares” (ponto 20).

Parte II
A Recusa de Aplicação de Regulamentos

autoridades dos Estados-membros²⁹⁹. Só assim, acrescentamos nós, existirá uma autêntica protecção dos direitos conferidos aos particulares pelo direito da União, porquanto não se lhes impõe o recurso aos tribunais para o reconhecimento desses direitos contra Administração, estando os órgãos administrativos, por si só, já vinculados às normas de directivas que gozam das características do efeito directo³⁰⁰.

Pelo contrário, já não gozam de preferência aplicativa – e, por conseguinte, não podem ser mobilizadas pelos órgãos administrativos nacionais para a resolução de casos concretos – as normas constantes de directivas não transpostas (ou transpostas de forma deficiente) que criem obrigações para os particulares, cujo incumprimento dê origem ao exercício de um poder sancionatório pela Administração ou ao desencadeamento por esta última de um procedimento tendente à aplicação de uma sanção. Assim, no Acórdão «Kolpinghuis Nijmegen BV»³⁰¹, o Tribunal de Justiça considerou que uma autoridade administrativa nacional (*in casu*, a comuna de Nimégue, competente para desencadear um processo judicial sancionatório contra uma empresa por violação de um regulamento) “não pode invocar contra um particular uma disposição de uma directiva cuja necessária

²⁹⁹ Cf. Acórdão «Fratelli Costanzo», cit., ponto 30.

³⁰⁰ Restringindo a nossa observação às entidades administrativas, por aqui se avalia a diferença entre afirmar que os particulares podem opor *judicialmente* a todos os entes integrados na Administração normas de directivas não transpostas ou incorrectamente transpostas e admitir que tais entes já tinham o dever de aplicar as respectivas normas. Assim, no primeiro caso, os particulares só possuiriam uma tutela *ex post, i. e.*, teriam de esperar que a Administração desse preferência às normas nacionais para, em juízo, virem sustentar a sua posição jurídica com base na directiva. Já a segunda hipótese representa um *plus* de tutela (acompanhado por um reforço significativo do princípio da efectividade): assumindo que os órgãos administrativos cumprem o poder-dever de dar preferência às normas da directiva nos termos assinalados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, os particulares não terão de se dirigir aos tribunais para verem reconhecidos os seus direitos (igualmente garantidos pelos órgãos administrativos dos Estados membros); nessa medida, já não apenas os tribunais nacionais são órgãos de defesa dos direitos consagrados nas directivas, mas também os órgãos da Administração nacional (em sentido próximo, afirmando que, tal como os juizes nacionais, a jurisprudência «Fratelli Costanzo» transmuda os órgãos administrativos nacionais em *órgãos administrativos comunitários* de aplicação directa e imediata do direito comunitário, v. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 678, na senda de PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA/ESTELLA DE NORIEGA, *Manual...*, cit., pp. 157 e s.; repare-se que estes últimos Autores concebem a relevância pela Administração do efeito directo das directivas como um «desenvolvimento patológico» do sistema, destinado precisamente a dotar os particulares de meios de reacção frente a actuações lesivas das administrações dos Estados membros – *Op. cit.*, p. 156).

³⁰¹ Acórdão de 08.10.1987, P. 80/86, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1987, pp. 3969 e ss., pontos 9 e 10.

Cf. também PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA/ESTELLA DE NORIEGA, *Manual...*, cit., pp. 158 e s., recortando uma possibilidade de estender para o domínio das sanções administrativas a *ratio decidendi* inerente à jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça no sentido de que as directivas não transpostas não permitem sustentar a previsão de novos tipos de ilícito ou o agravamento da responsabilidade *penal*, e, reciprocamente, que as mesmas directivas podem fundamentar uma *despenalização* de condutas a nível interno (comportamentos ilícitos para o direito nacional, mas lícitos à face do direito da União).

transposição para direito nacional ainda não tenha sido efectuada”, uma vez que, em consonância, também “uma directiva não pode, por si própria, criar obrigações para os particulares e, deste modo, as disposições de uma directiva não podem ser invocadas enquanto tais contra eles perante um órgão jurisdicional nacional”³⁰².

Não se pense, porém, que se encontram esclarecidas todas as dúvidas que rodeiam a preferência aplicativa das normas da UE sobre as normas nacionais. Como decorre de uma das questões prejudiciais colocadas ao Tribunal de Justiça no Acórdão que ficou conhecido como «DocMorris»³⁰³, permanece ainda por discutir se a operatividade desta prevalência fica dependente de uma certeza quanto à contrariedade entre direito comunitário e direito nacional, nomeadamente de uma decisão jurisdicional nesse sentido. Ou, na formulação do *Verwaltungsgerichts des Saarlandes*, “tem uma autoridade nacional o direito e o dever, com base no direito comunitário e tendo especialmente em consideração o artigo 10.º CE e o princípio do efeito útil, de não aplicar as disposições de direito nacional por si consideradas contrárias ao direito comunitário, mesmo que não esteja em causa uma

³⁰² Neste cenário, problemas podem surgir quando se impuser uma distinção prática entre preferência aplicativa e interpretação conforme com o direito da União: como decorre do texto, se a Administração não pode preterir normas nacionais com fundamento na sua incompatibilidade com directivas não transpostas, invocando estas últimas contra os particulares, já se encontra autorizada (vinculada) a interpretar as normas de direito nacional (*in casu*, os regulamentos administrativos) em conformidade com as normas constantes de directivas.

As questões emergem em consequência da extensão que a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem conferido à interpretação conforme, inclusive diante de normas não dotadas de efeito directo. Assim, no Acórdão «Maria Pupino», de 16.06.2005, P. Processo C-105/03 (in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. I-5285 e ss.), a Cúria do Luxemburgo entendeu, perante decisões-quadro adoptadas no âmbito do «terceiro pilar» referente à «cooperação policial e judiciária em matéria penal» que, nos termos do n.º 2 do artigo 34.º do *Tratado da União Europeia* (na versão do Tratado de Amesterdão), não beneficiavam de efeito directo, que o juiz deveria aplicar a norma penal nacional com o sentido decorrente da decisão-quadro, argumentando que não só tal interpretação não se revelava *contra legem*, como não fundamentava ou agravava a responsabilidade penal do arguido (exigências colocadas pelo Tribunal de Justiça, desde o citado Acórdão «Kolpinghuis Nijmegen BV», para a invocação dos efeitos das directivas em matéria criminal) – sem prejuízo de, concretamente, tal interpretação haver sido efectuada ao arrepio das disposições e do sentido do sistema penal nacional (*in casu*, o sistema jurídico italiano). Foi perante este Acórdão que a doutrina questionou se não estaria o Tribunal de Justiça a levar a interpretação conforme tão longe, que impunha a prevalência de quaisquer normas europeias (ainda que fora dos casos admitidos pelo princípio do efeito directo vertical) sobre as normas nacionais. Cf., v. g., BAYÓN MOHINO, «Internacionalización...», cit., pp. 35 e ss. (enfatizando os delicados contornos da separação entre interpretação e manipulação das normas jurídicas); BROUSSY/DONNAT/LAMBERT, «L’Obligation d’Interpréter le Droit National Conformément au Droit Communautaire S’Applique Egalement aux Décisions-Cadres», in: *L’Actualité juridique – Droit Administratif*, 2005, pp. 2336 e s.; FETZER/GROSS: «Die Pupino-Entscheidung des EuGH - Abkehr vom Intergovernmentalen Charakter der EU?», in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n.º 18, vol. 16, 2005, pp. 550 e s..

³⁰³ Acórdão «Apothekerkammer des Saarlandes e outros e Helga Neumann-Seiwert/Saarland e Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales», de 19.05.2009, Ps. C-171/07 e C-172/07. O Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a questão prejudicial (v., já a seguir, em texto), por ter entendido que as disposições nacionais em causa (que traduziam o princípio que reserva exclusivamente aos farmacêuticos o direito de propriedade e de exploração das farmácias) não contrariava o direito comunitário.

violação evidente do direito comunitário e que a incompatibilidade de tais disposições com o direito comunitário não tenha sido declarada pelo Tribunal de Justiça?”. Como logo se compreende, estamos diante da formulação de problemas que se aproximam significativamente de algumas questões suscitadas a propósito da recusa de aplicação de normas com fundamento em invalidade, desde logo, no que tange à aptidão ou idoneidade dos titulares (ou, pelo menos, de todos os titulares) dos órgãos administrativos para apreciarem a compatibilidade entre normas jurídicas, no contexto de um ordenamento pluri-complexo. Se o princípio da efectividade exige que, no caso concreto, o direito europeu prevaleça sobre o direito nacional, não informa já quando e em que condições tal deve suceder³⁰⁴ – a menos que se adopte a posição (extremista e, por isso, particularmente agradável ao Tribunal de Justiça) de considerar admissível, em qualquer caso, o afastamento do direito nacional, por se considerar contrário com o direito da União, o que implicará a contracção de princípios como a segurança jurídica (ou, inclusive, quando em causa esteja a contrariedade entre uma norma de direito europeu e uma lei nacional, do princípio da separação de poderes), e a prevalência absoluta do princípio da efectividade do direito da União.

β) A elaboração dogmática do sentido e das condições de efectivação da preferência applicativa no direito da União – tributária, em larga medida, do labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça – está muito longe de qualquer teorização existente quanto ao funcionamento deste instituto relativamente a normas de direito internacional. Ainda que, na Parte III (2.3.1.), regressemos à temática das relações entre o direito português e o direito internacional – nessa altura com o objectivo de determinar em que medida as normas internacionais constituem parâmetros de vinculação do regulamento, cuja ofensa acarrete a invalidade deste último –, importa, desde já, esclarecer que, em alguns casos, o

³⁰⁴ Cf. DEMLEITER, «Die Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei Entgegenstehendem Gemeinschaftsrecht», in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 24, ano 28.º, Dezembro 2009, p. 1526. O Autor ensaia, aliás, uma teorização sobre os requisitos imprescindíveis ao que designa como competência de rejeição de normas nacionais, com fundamento na contrariedade com o Direito Comunitário (*Op. cit.*, pp. 1526 e ss.), apresentando propostas como a suspensão do procedimento, acompanhada do encaminhamento da decisão para os superiores hierárquicos, ou a aplicação da norma, associada à comunicação ao cidadão afectado das dúvidas quanto à conformidade com o direito europeu, de molde a que aquele possa, nessa base, intentar a acção judicial adequada, ou a recusa de aplicação apenas relativamente a normas notoriamente contrárias ao direito da União (como acontece nos casos já apreciados pelas instâncias jurisdicionais da União ou pela Comissão Europeia, ou ainda que tenham constituído objecto de instruções intra-administrativas, que prevêm a prevalência das normas europeias, bem como nas hipóteses em que existe uma contrariedade com os princípios fundamentais do mercado comum, *maxime*, disposições discriminatórias).

relacionamento entre fontes internas e internacionais se desenrola à luz da figura da preferência aplicativa.

De uma análise do artigo 8.º da Constituição (relativo às técnicas de integração do direito internacional no direito português), ressalta que o instituto da preferência aplicativa é igualmente mobilizável para a resolução de antinomias entre normas constantes de convenções internacionais³⁰⁵ e disposições (designadamente, regulamentares) do direito nacional. Rege, nesta matéria, o n.º 2 do artigo 8.º da Constituição, nos termos do qual “as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português”.

A diferença de redacção entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 8.º da Constituição aponta no sentido do diverso relacionamento do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional com o direito nacional. Do confronto entre ambos os preceitos decorre que as convenções internacionais vigoram na ordem interna nas condições previstas no n.º 2 do artigo 8.º (regular aprovação e/ou ratificação, publicação em *Diário*

³⁰⁵ A formulação da hipótese pressupõe que estejamos diante de convenções internacionais susceptíveis de produzir efeitos na ordem interna, não se encontrando aqui abrangidas aquelas que se destinem a disciplinar unicamente as relações externas ou as relações contratuais dos Estados envolvidos – pressuposto que constitui condição do funcionamento da cláusula de recepção contida no n.º 2 do artigo 8.º. Neste sentido, cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 256, anotação IV ao artigo 8.º. Ficam fora destas considerações os Tratados europeus (cujo relacionamento com o direito português foi objecto de tratamento no ponto anterior), bem como as convenções internacionais que representam cristalizações de normas e princípios de direito internacional geral ou comum (as quais, atendendo à respectiva natureza material, relacionam-se com as normas nacionais enquanto normas de direito internacional geral ou comum e não enquanto normas de direito internacional convencional). Finalmente, isentas das observações subsequentes estão ainda as normas internacionais recebidas na Constituição: nestas hipóteses, a sua força jurídica e o correspondente relacionamento com as normas de direito nacional ocorrem nos mesmos termos previstos para as normas constitucionais – eis o que sucede com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, para a qual remete o n.º 2 do artigo 16.º da CRP. Cf., quanto ao valor constitucional dos princípios enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem que não constituam *ius cogens* e à inconstitucionalidade das infracções a princípios daquela constantes, Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Principia, Parede, 2009, pp. 153 e 179, respectivamente. V. ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 222/90, de 20 de Junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16.º vol., 1990, p. 642; sem que tal signifique tomar a Declaração como “padrão autónomo de um juízo de constitucionalidade”, como sublinha o Acórdão n.º 99/88, de 28 de Abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 11.º, p. 792. A. Gonçalves PEREIRA/Fausto de QUADROS (*Manual...*, cit., p. 117) entendem que o n.º 1 do artigo 16.º concede, ainda que implicitamente, grau supra-constitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem (tanto de fonte consuetudinária, como convencional), interpretando o mencionado preceito como constituindo um critério de resolução de conflitos entre normas constitucionais e o direito internacional em matéria de direitos fundamentais, a favor da prevalência deste último; por outro lado, defendem os citados Autores que o n.º 2 do artigo 16.º confere à Declaração Universal dos Direitos do Homem valor hierárquico superior à Constituição. Contra, v. Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 153, n. 42, observando que não pode um preceito da constituição atribuir a qualquer norma um valor jurídico que ela própria não possui. Defendendo a força infra-constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem, v. Azevedo LOPES, *Lições...*, cit., p. 101.

da República e vinculação internacional do Estado português), mas *não fazem parte integrante do direito português (hoc sensu)*³⁰⁶ e, por conseguinte, não se relacionam com ele nos termos do princípio da hierarquia³⁰⁷, como sucede relativamente às normas de direito internacional geral ou comum, mencionadas no n.º 1 do artigo 8.º.

Não constitui esta, porém, a interpretação maioritariamente seguida entre nós, que resolve as antinomias entre as convenções internacionais e as normas nacionais mediante a convocação do critério da hierarquia. Embora as diversas posições avançadas pela doutrina nem sempre se revelem conciliáveis, a perspectiva maioritária, louvando-se (reforçamos) no princípio da hierarquia, aponta no sentido da supra-legalidade (mas infra-constitucionalidade) das convenções internacionais, a postular que estas gozem de supremacia sobre leis posteriores. Tal solução aparece apoiada por uma diversidade de argumentos, que assentam na ideia segunda a qual a recepção automática do direito

³⁰⁶ Em idêntico sentido, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 598; como se verá a seguir, em texto, já não acompanhamos o Autor quando, com este fundamento, conclui pela paridade hierárquico-normativa das convenções internacionais e das leis internas (*Op. cit.*, pp. 596 e ss., esp.¹⁶ p. 600). Paulo OTERO sustenta esta sua posição não só no facto de o n.º 2 do artigo 8.º não determinar que as convenções internacionais não fazem parte integrante do direito português (ao contrário do que sucede no n.º 1) e de a Constituição, em momento algum, ter previsto a competência para o Tribunal Constitucional conhecer da validade de leis desconformes com convenções internacionais, mas ainda na legitimidade democrática reforçada dos actos legislativos internos, susceptíveis de serem renovados por força de uma nova maioria (diferentemente do que acontece com as tendencialmente petrificadas normas das convenções internacionais) e num argumento político-constitucional, entendendo que, se as normas de direito internacional convencional primassem sobre as leis, tal implicaria uma «expropriação» ou uma renúncia tácita de competência dos órgãos de soberania relativamente à matéria disciplinada na convenção – algo que decorre da Constituição apenas quanto às normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte (cf. artigo 8.º, n.º 3) e, em especial, ao direito europeu (artigo 8.º, n.º 4); a isto acresce que a vinculação internacional não exige, sem prejuízo da responsabilidade internacional daí adveniente, que as normas convencionais tenham de vigorar na ordem interna – o que não sucede também quando um acórdão do Tribunal Constitucional declare a inconstitucionalidade de uma norma de direito internacional convencional ou quando uma lei de revisão constitucional introduzir alterações na Lei Fundamental que a tornem incompatível com uma convenção internacional.

Sem prejuízo do carácter certo da argumentação expendida pelo Autor, parece-nos que a mesma se afasta do ponto de partida, que consiste justamente no facto de, nos termos da Constituição, o direito internacional convencional não fazer parte integrante do direito português, mas vigorar entre nós: a afirmação segundo a qual as normas constantes de convenções internacionais gozam de paridade hierárquica com a lei implica uma necessária integração das mesmas no direito português.

³⁰⁷ A favor da convocação do critério da hierarquia para firmar a superioridade das convenções internacionais relativamente ao direito interno infra-constitucional afigura-se-nos inadequado argumentar com o princípio *pacta sunt servanda*, o qual, como princípio de direito internacional geral ou comum, seria recebido entre nós nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Constituição: nesta ordem de ideias, quando um acto ofendesse uma convenção internacional estaria concomitantemente a atingir um princípio de direito internacional geral ou comum (e ainda, segundo alguns, a norma de recepção automática constante do citado n.º 1 do artigo 8.º – assim, v. a Declaração de Voto do Conselheiro Guilherme da Fonseca, no Acórdão n.º 281/94, de 23 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27.º vol., 1994, p. 802). A interpretarmos o texto constitucional no sentido apontado, furtar-se-ia sentido útil ao n.º 2 do artigo 8.º, enquanto cláusula de recepção automática, uma vez que, em qualquer circunstância (e, portanto, v. g., também na ausência de publicação no *Diário da República*), o princípio *pacta sunt servanda* vincularia as autoridades do Estado à adopção de soluções normativas conformes com as disposições das convenções internacionais celebradas.

internacional convencional, decorrente do interesse da conformidade da ordem nacional com a ordem internacional, só ficará verdadeiramente assegurada com a supra-legalidade das normas constantes de convenções internacionais – prosseguindo o objectivo último de que a aplicação na ordem interna siga a vinculação internacionalmente assumida, cessando a primeira apenas se e quando cessar a segunda, não ficando ao dispor do legislador nacional a possibilidade de suspender ou revogar uma convenção internacional, nem se permitindo que um Estado, por acto unilateral, se possa eximir ao cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas; são, aliás, estas considerações que justificam, por exemplo, no artigo 119.º, a referência às convenções internacionais, imediatamente a seguir às leis constitucionais e antes dos actos legislativos (o mesmo sucedendo no artigo 280.º, n.º 3, e, relativamente aos tratados, no artigo 278.º, n.º 1)³⁰⁸. Em especial, esgrime-se com a preocupação constitucional em assegurar a vigência interna das convenções internacionais, em especial dos tratados, tal como decorre do n.º 2 do artigo 277.º, que admite a aplicação na ordem jurídica portuguesa das normas constantes de tratados internacionais regularmente ratificados, mesmo quando feridas de inconstitucionalidade orgânica ou formal (desde que o vício não decorra da violação de uma disposição fundamental) – a alicerçar a conclusão de que, se a preterição de certas disposições

³⁰⁸ Nestes termos, Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 172; Moura RAMOS, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Sua Posição Face ao Ordenamento Jurídico Português», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, pp. 148 e s.. Cf. ainda Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 330, e «A Hierarquia das Normas de Direito Administrativo Português», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, p. 266; Azevedo SOARES, *Lições...*, cit., pp. 98 e s.; Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1241; Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., pp. 153 e s.; Pedro Romano MARTINEZ, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno», in: *Direito e Justiça*, vol. IV, 1989/1990, pp. 171 e ss.. Atente-se, porém, que a tradicional indefinição entre os problemas da invalidade e da preferência aplicativa conduz a que, da argumentação propugnada pelos Autores nem sempre se afigure líquido se a supremacia das convenções internacionais sobre as leis internas posteriores se reconduz efectivamente a uma invalidade – cf., v. g., a posição Moura RAMOS (*Op. cit., loc. cit.*) que, em certos momentos, não se afigura totalmente inconciliável com a que defendemos, já que o valor supra-legal conferido às convenções internacionais implica apenas que “as leis internas posteriores a um tratado internamente recebido que contrariem o disposto nos seus comandos não poderão, nessa medida, ser aplicadas pelos tribunais”; também Afonso QUEIRÓ (últ. *Op. cit.*, p. 269) sublinha que as leis estão num escalão imediatamente inferior ao das normas internacionais, “porque deve, ceder na sua aplicação perante as normas de direito administrativo em forma internacional”.

Em sentido diverso, e defendendo uma paridade hierárquico-normativa entre lei e convenção internacional, v., por exemplo, Barbosa de MELO, «A Preferência da Lei Posterior em Conflito com Normas Convencionais Recebidas na Ordem Interna ao Abrigo do n.º 2 do Artigo 8.º da Constituição», in: *Colectânea de Jurisprudência*, tomo 4, ano IX, 1984, pp. 25 e s. (defendendo que o conflito entre uma convenção internacional e uma lei posterior se soluciona pela regra *ius posteriori derogat*, não se encontrando tal solução prevista no n.º 2 do artigo 8.º da CRP, decorrendo antes da mobilização de princípios gerais); Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 53, n. 36; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 597 e ss..

constitucionais não prejudica a vigência interna das convenções internacionais, por maioria de razão, também a lei não o poderá impedir³⁰⁹.

É verdade que a coerência entre a assunção de compromissos internacionais pelo Estado português (assunção essa democraticamente legitimada, quer quando estão em causa tratados internacionais aprovados pela Assembleia da República, quer quando se trata de acordos internacionais aprovados, consoante os casos, pelo Parlamento ou pelo Governo) e a emissão de normas pelos órgãos constitucional e legalmente competentes teria sempre de apontar no sentido de uma certa “supremacia” do direito internacional convencional sobre o direito interno – consideração que assume uma relevância não despreciada em caso de conflito entre uma convenção internacional e uma lei, mas que se revela decisiva quando a antinomia normativa envolve, no plano nacional, um regulamento administrativo, cuja proveniência não resultará sempre de órgãos sustentados pela legitimidade democrática³¹⁰. Todavia, e como resulta das considerações tecidas a propósito do direito da União Europeia, tal “supremacia” nem sempre tem de se volver na atribuição de um valor hierárquico superior às convenções internacionais.

Com efeito, o entendimento segundo o qual os conflitos entre convenções internacionais e normas nacionais se dilucida através do instituto da preferência aplicativa não implica uma indiferença do direito nacional face às primeiras. O facto de a relação (e, concomitantemente, a resolução de conflitos normativos) entre as convenções internacionais e os regulamentos não se pautar pelo critério da hierarquia conduz simplesmente a que a sua inobservância não determine a invalidade do regulamento, mas tão-só a respectiva não aplicação no caso concreto e, por conseguinte, a sua ineficácia³¹¹. Efectivamente, como sublinha Jorge Miranda a propósito da contrariedade entre leis e

³⁰⁹ Assim, Rui MEDEIROS, «Relações entre Normas Constantes de Convenções Internacionais e Normas Legislativas na Constituição de 1976», in: *O Direito*, ano 122.º, n.º II, Abril/Junho 1990, p. 369, apoiando-se neste preceito para concluir que o tratado prevalece sobre a lei (excepto quando se trate de leis orgânicas, cuja relação com os tratados consiste na mútua revogabilidade – *Op. cit.*, p. 373); o Autor já não adopta semelhante posição relativamente aos acordos internacionais, considerando-os subordinados à lei (*Op. cit.*, p. 371).

³¹⁰ Cf. a posição gradualista e diferenciada adoptada por Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 261, anotação IX ao artigo 8.º), atentas, por um lado, a dicotomia constitucional entre tratado e acordo internacional e, por outro lado, a natureza e o conteúdo do acto de direito interno implicado.

³¹¹ É esta a perspectiva adoptada por alguma doutrina que defende a supra-legalidade das convenções internacionais – assim, A. Gonçalves PEREIRA/Fausto de QUADROS, *Manual...*, cit., p. 123, para quem a contrariedade entre uma convenção internacional e a lei interna (anterior ou posterior) gera, além da responsabilidade internacional do Estado português, a ineficácia (ou inaplicabilidade) da lei, mas não a sua invalidade.

convenções internacionais³¹², estas últimas não constituem fundamento de validade das primeiras; idêntico raciocínio se afigura transponível, *mutatis mutandis*, relativamente aos regulamentos, cuja desconformidade com o direito internacional convencional não os afecta na sua validade, mas inviabiliza que, enquanto as convenções internacionais vincularem internacionalmente o Estado português, tais regulamentos sejam aplicáveis ao caso concreto (ressalvados os casos excepcionais em que a convenção assume o papel de norma habilitante).

A solução agora em evidência apresenta-se coerente e necessária, sobretudo quando articulada com as relações entre o direito nacional e o direito europeu. Efectivamente, a posição (tradicional na doutrina) que confere valor supra-legal às convenções internacionais – e, por conseguinte, concebe o direito internacional convencional como parte integrante do direito português, relacionando-se com as normas nacionais nos termos do princípio da hierarquia – esquece que tal opção não se coadunaria com a preferência applicativa das normas europeias (incluindo as dos Tratados constitutivos) sobre as normas nacionais: se, apesar da natureza claramente supra-nacional da União Europeia, se entende que a salvaguarda da uniformidade da aplicação, bem como os objectivos constantes dos Tratados, ficarão satisfeitos, em caso de antinomia normativa, com a preferência applicativa do direito da União sobre o direito nacional com ele incompatível, mal se compreenderia que as restantes convenções internacionais gerassem a invalidade das normas nacionais que as contrariassem; estar-se-ia, pois, a criar um regime mais gravoso para a generalidade das convenções internacionais que para os próprios Tratados europeus, ainda quando se entenda que a efectivação da preferência applicativa pelos órgãos administrativos não é livre ou isenta de limites³¹³.

Contra esta posição poder-se-ia tentar argumentar com o disposto nos artigos 277.º, n.º 2, 278.º ou 280.º, n.º 3, da Constituição³¹⁴ – que, referindo-se à inconstitucionalidade de

³¹² Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 182, e «O Artigo 8.º da Constituição e o Direito Internacional», in: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 457.

³¹³ Atente-se que já Azevedo SOARES (*Lições...*, cit., p. 100), no domínio da redacção do artigo 8.º anterior à revisão de 2004 (em que o n.º 3 do artigo 8.º se dirigia precipuamente ao direito comunitário derivado), efectuava uma aproximação entre as soluções seguidas nos n.ºs 2 e 3, sublinhando uma interpretação harmonizadora de ambas as normas: assim, entendia o Autor, se, por meio de tratado, se admitia a imposição de um direito derivado que, de acordo com o tratado constitutivo, adquiria força superior à lei interna, também se deveria aceitar a supremacia das convenções internacionais.

³¹⁴ Ou mesmo do artigo 281.º, onde, pese a ausência de alusões à fiscalização de normas de convenções internacionais, o facto de a alínea a) do n.º 1 do artigo 281.º estabelecer que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de *quaisquer* normas permite incluir igualmente neste âmbito as normas constantes de convenções internacionais. Neste sentido,

convenções internacionais, apontaria no sentido da respectiva integração no ordenamento português e, por conseguinte, para a assunção do princípio da hierarquia como critério de relacionamento entre aquelas e as normas de direito português –, ou no artigo 70.º, n.º 1, alínea i) – que, aludindo ao controlo das decisões dos tribunais que não apliquem normas constantes de actos legislativos com fundamento na contrariedade com convenções internacionais, implicaria também o reconhecimento de que o princípio da hierarquia regeria as relações entre leis e convenções internacionais.

Contudo, e por um lado, as normas da Constituição referentes à fiscalização da constitucionalidade de convenções internacionais não podem entender-se isoladamente, mas devem ser articuladas com a norma fundamental relativa ao sentido da recepção do direito internacional convencional no direito português, numa tarefa interpretativa orientada pelo princípio da concordância prática entre as normas constitucionais envolvidas, a exigir que se não aniquile o sentido normativo inerente a qualquer uma delas. Além disso, da possibilidade de fiscalização da conformidade constitucional das convenções internacionais não decorre, com necessidade, que o relacionamento entre estas e o direito interno se pautem pelo princípio da hierarquia; de tais dispositivos resulta apenas que a vigência das convenções internacionais no ordenamento português depende da sua compatibilidade com a Lei Fundamental – a significar concomitantemente que o funcionamento da figura da preferência aplicativa tem limites. Assim, na decisão das situações concretas, não poderão preferir sobre o direito nacional normas constantes de convenções internacionais contrárias à Constituição, porquanto a contrariedade com a Lei Fundamental impede a prevalência; além disso, fica precluída a invocação deste instituto para fazer preferir (na resolução de todos os casos concretos, por todos os tribunais, mas também pelos órgãos administrativos) uma convenção internacional sobre qualquer norma de direito interno, sempre que o Tribunal Constitucional houver proferido uma decisão de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da referida convenção internacional³¹⁵.

também Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., p. 145, invocando o argumento *ubi lex non distiguit nec nos distinguere debemus*.

³¹⁵ Já a fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas constantes de tratados e acordos internacionais não contende com o funcionamento do instituto da preferência aplicativa, ao contrário do que sucede no âmbito dos processos de fiscalização concreta e fiscalização abstracta sucessiva referidos no texto. Efectivamente, o artigo 278.º visa impedir que vigorem entre nós convenções internacionais atentatórias do disposto na Constituição e, por conseguinte, evitar a ratificação presidencial; ora, decorre do n.º 2 do artigo 8.º, que a finalização do procedimento tendente à vinculação internacional do Estado português constitui um dos requisitos à vigência das convenções internacionais. Faltando a ratificação e/ou a publicação, não chega

Por outro lado, a tese aqui defendida não é infirmada (mas antes confirmada) pela alínea *i*) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional, nos termos da qual “cabe recurso para o Tribunal Constitucional (...) das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional”; nos termos do n.º 2 do artigo 71.º, tal recurso encontra-se circunscrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional.

A introdução do referido preceito pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro (ao abrigo do n.º 3 do artigo 225.º da CRP, correspondente ao actual artigo 223.º) destinou-se a pôr termo à divergência entre as duas Secções do Tribunal Constitucional, quanto à competência deste órgão jurisdicional para apreciar os recursos de decisões dos tribunais ordinários em que havia sido discutida a desconformidade entre uma norma de direito interno e uma norma constante de convenção internacional: se a 1.ª Secção propugnava que tal desconformidade se reconduzia a uma inconstitucionalidade, reconhecendo-se, nessa medida, competente para apreciar os recursos, a 2.ª Secção qualificava tal desconformidade como uma inconstitucionalidade indirecta, não se considerando competente para julgar os mesmos recursos³¹⁶.

Sem prejuízo das inúmeras dificuldades que rodeiam o sentido e o alcance desta norma (suscitadas inclusivamente pelo problema da sua conformidade constitucional³¹⁷), não lhe está subjacente uma tomada de posição sobre a qualificação do critério de resolução de conflitos entre leis e normas constantes de convenções internacionais. Aliás, o

sequer a cumprir-se o pressuposto do funcionamento do instituto da preferência applicativa, que supõe que a convenção internacional vigore na ordem jurídica portuguesa, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º.

³¹⁶ Cf. Acórdãos n.ºs 27/84, de 21 de Março, 62/84, de 19 de Junho, e 203/87, de 5 de Junho, da 1.ª Secção, e os Acórdãos n.ºs 47/84, de 23 de Maio, 88/84, de 30 de Julho, 107/84, de 14 de Novembro, e 60/87, de 11 de Fevereiro, da 2.ª Secção, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., 1984, pp. 445 e ss., 3.º vol., 1984, pp. 371 e ss., 9.º vol., 1987, pp. 775 e ss., 3.º vol., 1984, pp. 357 e ss., 4.º vol., 1984, pp. 415 e ss., e 9.º vol., 1987, pp. 309 e ss., e 9.º vol., pp. 537 e ss., respectivamente, todos relativos ao artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, que contrariava o n.º 2 do artigo 48.º e o n.º 2 do artigo 49.º da *Lei Uniforme de Letras e Livranças* (decorrente da Convenção de Genebra, de 7 de Junho de 1930); v., para uma síntese das divergências em presença, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 371/91, de 10 de Outubro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 20.º vol., 1991, pp. 14 e ss.. Para uma sinopse dos termos desta controvérsia, v. Afonso QUEIRÓ, «Anotação: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 100/84, de 31 de Outubro de 1984», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3756, ano 120.º, Julho 1987, pp. 78 e s.. Mesmo após a introdução da alínea *i*) no n.º 1 do artigo 70.º, as divergências não desapareceram – basta compulsar o Acórdão n.º 281/94, de 23 de Março (cit., pp. 793 e ss.) e as respectivas declarações de voto para perceber que as dúvidas se mantêm.

³¹⁷ Cf., v. g., Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 597 e s., n. 859.

legislador adopta (significativamente) o termo “contrariedade” para caracterizar a incompatibilidade entre convenções internacionais e actos legislativos internos. A restrição do recurso às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida aponta no sentido de uma neutralidade quanto ao problema em causa: não constituindo o processo previsto na alínea *i*) do n.º 1 do artigo 70.º um verdadeiro processo de controlo normativo (como sucede com o processo de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da ilegalidade)³¹⁸, incluir-se-á no seu âmbito a decisão da *questão jurídico-constitucional* de saber, perante um concreto conflito normativo, se se admite a prevalência da convenção internacional ou da lei. Esta possibilidade de modelação só se afigura admissível quando se entenda, como defendemos, que o critério orientador do relacionamento entre normas constantes de convenções internacionais e normas nacionais (também legislativas) se cifra na preferência aplicativa; a defesa do valor supra-legislativo (e, portanto, do valor *hierárquico* superior das convenções internacionais sobre a lei) dificilmente se compatibilizaria com uma solução que, umas vezes, pudesse conferir superioridade hierárquica à lei e, outras vezes, à convenção internacional³¹⁹.

³¹⁸ V. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1045, para quem este processo eleva o Tribunal Constitucional a “*intérprete qualificado* das questões jurídico-constitucionais e jurídico-internacionais implicadas num processo concreto”, convertendo-se num “instrumento processual de concretização das normas constitucionais, em especial do artigo 8.º” (*Op. cit.*, p. 1046); Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 260, anotação IX ao artigo 8.º; Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., pp. 38 e s., n. 40, assimilando esta competência do Tribunal Constitucional a uma “competência de «qualificação normativa»”.

³¹⁹ Esta ideia de preferência aplicativa das normas constantes de convenções internacionais não tem apenas relevância no momento da mobilização do regulamento para a decisão do caso concreto, mas emerge igualmente aquando do exercício do poder regulamentar. Pense-se, *v. g.*, na hipótese de existir uma lei que desrespeite o disposto na convenção internacional. Assumindo que está em causa o funcionamento do critério da preferência aplicativa, exige-se que agora o problema seja perspectivado no cenário das relações triangulares entre convenções internacionais, lei e regulamento. Trata-se, pois, de saber se, quando contraria uma convenção internacional para respeitar a lei, o regulamento padece ou não de invalidade. Repare-se que a solução desta hipótese não prescinde da consideração da forma de resolução de antinomias normativas entre leis e convenções internacionais. Ora, a invocação da preferência aplicativa das segundas sobre as primeiras permite apenas determinar qual a norma aplicável em caso de conflito – conflito este que agora não se verifica perante uma situação concreta, mas no exercício do poder regulamentar. Nesta medida, o órgão com competência normativa deveria consagrar a solução prevista pela convenção internacional e não a solução estabelecida pela lei, incorrendo em invalidade.

Todavia, a ausência de uma norma constitucional tão inequívoca como a contemplada no n.º 4 do artigo 8.º a propósito do direito europeu e a falta de consenso na doutrina nacional sobre o relacionamento entre as leis e as convenções internacionais conduzem à conclusão de que se não pode impor (ou livremente admitir) que os órgãos administrativos, no exercício do poder regulamentar, desrespeitem uma lei interna com o objectivo de fazer prevalecer uma norma constante de uma convenção internacional. É certo que, neste plano, não se trata de incumbir os órgãos administrativos dotados de poder regulamentar da realização de um juízo de validade sobre as normas legais. De qualquer modo, tal diferença não bastaria para permitir, neste domínio, uma solução mais favorável ao afastamento da lei (válida) que a admitida nos casos em que a norma legal padece de invalidade por violar uma norma de direito internacional geral ou comum (ou ainda, no plano interno, por atentar contra uma norma constitucional). Por outro lado, admitir que o regulamento

As considerações tecidas a propósito das convenções internacionais aplicam-se também às normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte (referidas no n.º 3 do artigo 8.º), excluindo agora da apreciação as normas provenientes das instituições da União Europeia. A construção de um ordenamento próprio das organizações internacionais e o reconhecimento da sua vigência na ordem jurídica nacional, não contendo embora com a validade de normas internas contrárias, impõe, no mínimo, a sua preferência face a actos normativos de nível infra-legislativo³²⁰.

III. A afirmação segundo a qual, nas hipóteses analisadas, as normas que gozam de preferência aplicativa não constituem parâmetros de vinculação dos regulamentos, acompanhada da consequência de que um conflito entre elas não conduz à invalidade de nenhuma, não significa que se assista a uma total indiferença a essa conflitualidade: por um lado, e como acabámos de ver, a preferência aplicativa exige que, concorrendo à resolução de um caso concreto uma norma prevalente e outra norma que deva ceder a sua aplicação, prevaleça a primeira, decidindo-se o caso pela sua mediação; por outro lado, quando tal não suceda (e o órgão administrativo dê indevidamente preferência à norma não prevalente), o acto administrativo assim praticado padece de um vício de conteúdo,

obedecesse à convenção internacional, não observando a lei, equivaleria a conferir ao órgão administrativo com competência normativa o poder de decidir sobre a complexa questão do relacionamento entre direito interno legal e direito internacional convencional.

O que aconteceria, ainda que se adoptasse a solução propugnada por Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 686), nos termos da qual, precisamente por se mostrar controvertida a configuração do relacionamento entre lei e convenção internacional, os órgãos administrativos deveriam resolver as antinomias normativas daí advenientes através do critério cronológico (o critério mais fácil e acessível aos órgãos administrativos – *Op. cit., loc. cit.*, n. 1063), aplicando preferentemente a lei quando esta seja posterior à convenção internacional ou esta última quando posterior à primeira. Repare-se, porém, que a defesa do critério cronológico já leva ínsita uma opção quanto ao modo de relacionamento entre as normas em análise, porque pressupõe a paridade hierárquica entre ambas: tal-qualmente sublinha Blanco de MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 241 e 243, n. 941), o princípio cronológico como critério de solução de antinomias assume natureza supletiva, apenas funcionando quando o ordenamento não privilegia outro critério, exigindo ainda como um dos seus pressupostos positivos que o conflito ocorra entre «actos da mesma natureza» (desde logo, entre actos com idêntica hierarquia). Conferir aos órgãos administrativos o poder para decidirem o conflito normativo à luz do princípio cronológico significa atribuir-lhes (ou, pelo menos, pressupor) competência para determinar o sentido do relacionamento entre direito internacional convencional e lei interna.

³²⁰ Afonso QUEIRO («A Hierarquia...», cit., p. 268) vai ainda mais longe, defendendo que as normas de organizações internacionais cuja aplicabilidade directa resulte dos respectivos tratados constitutivos só não prevalecem sobre as normas de direito constitucional directamente aplicáveis. Diversamente, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 602) entende que tais normas não gozam de primado nem sobre a Constituição, nem sobre as normas legislativas posteriores – ressalvadas, claro está, as hipóteses em que tais normas se destinem a concretizar princípios de *ius cogens* ou cristalizem normas de direito internacional geral ou comum, altura em que adquirem a força jurídica correspondente à sua natureza material.

conducente à respectiva invalidade³²¹ (*in casu*, anulabilidade, nos termos gerais do artigo 135.º do CPA³²²). E, repare-se, esta última conclusão em nada infirma a primeira, visto que, se o critério de dilucidação de conflitos entre as normas concorrentes se coloca no plano da preferência aplicativa e, por conseguinte, importa um problema de eficácia da norma (em virtude dos motivos já apontados), a relação entre a norma aplicanda (*in casu*, a norma que goza de preferência aplicativa) e o acto administrativo de aplicação estabelece-se já no plano da hierarquia e, portanto, transporta a questão para o domínio da validade. É que a norma aplicável ao caso correspondia, nos termos do critério da preferência aplicativa, à norma preterida (mas que gozava de preferência) e não à norma seguida no caso concreto, pelo que, em consequência, o conteúdo do acto não é aquele que devia ser.

2.2.3.3. Recusa de aplicação e relevância do resultado da decisão

A formulação corrente do princípio da inderrogabilidade singular determina a obrigatoriedade de aplicação das normas regulamentares, com independência das

³²¹ Em sentido próximo, cf. a posição da jurisprudência italiana referida por GRECO, «Incidenza...», cit., pp. 936 e s. (embora a propósito de actos administrativos adoptados em conformidade com leis incompatíveis com normas comunitárias, a lançar a questão para o horizonte da carência de poder); CARANTA, «Sull'Obligo...», cit., pp. 1382 e s., que concebe como vulnerado por uma causa de invalidade (anulabilidade) o acto (*provvedimento*) administrativo praticado em desconformidade com o direito comunitário, aproximando esta situação daquela em que o acto administrativo é praticado com base numa norma legal inconstitucional. Repare-se, porém, que esta situação não reveste exactamente os mesmos contornos da analisada em texto, visto que, enquanto um acto administrativo praticado com fundamento numa lei inconstitucional se encontra desprovido de base legal, faltando-lhe o pressuposto abstracto, e está ferido de um vício na estatuição que atinge o fim, o acto administrativo que aplica um regulamento contrário ao direito da União não só pode ter uma lei em que se baseie, como essa lei nem conflitar com a norma europeia (sem que, reciprocamente, o regulamento também viole a lei).

³²² Poder-se-á questionar a adequação da sanção da anulabilidade para as hipóteses em que o conteúdo de um acto administrativo vulnera o direito europeu, argumentando que a existência de um prazo de impugnação dos actos anuláveis fragiliza, de alguma forma, o princípio do primado (visto que, passado um ano, o acto se torna inopugnável). Contudo, representa esta uma solução que procura equilibrar o primado do direito da União (assegurado pela invalidade do acto) e a segurança jurídica (garantida pela formação do caso decidido), claramente equilibrada pela obrigação, decorrente do n.º 2 do artigo 95.º do CPTA, de apreciação oficiosa de vícios emergentes da violação das normas europeias (fica, assim, cumprida a exigência do Tribunal de Justiça constante do Acórdão «Van Schijndel», cit., onde se reclama que as modalidades processuais das acções destinadas a proteger os direitos fundados no direito comunitário não sejam menos favoráveis que as acções análogas de natureza interna; v. também Acórdão do Tribunal «Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a./Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland», de 24.10.1996, P. C-72/95, in: *Colecção da Jurisprudência*, 1996, pp. I-5403 e ss., pontos 57 e ss.). Todavia, e como sublinharemos *infra* (Parte IV, 2.1.2.3., III), a jurisprudência do Tribunal de Justiça acaba por mitigar a segurança jurídica associada ao caso decidido, quando impõe a revisão dos actos administrativos vulneradores de normas de direito da União – fazendo desaparecer, neste momento, algumas diferenças entre anulabilidade e nulidade.

Em sentido diverso, defendendo a nulidade como sanção adequada (porque exigida pelo princípio do primado, assumindo-se como uma nulidade por natureza) para a violação de normas de direito europeu por actos administrativos, na medida em que, ao contrário da anulabilidade, determina a improdutividade *ab initio* dos actos, cf. A. Salgado de MATOS/Taborda da GAMA, «O Prazo para Exercício do Direito à Restituição de Emolumentos Notariais Indevidamente Cobrados», in: *Fiscalidade. Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 9, Janeiro 2002, pp. 117 e s..

repercussões que essa aplicação envolva para o interesse público – o que, à primeira vista, parece determinar que a vinculação administrativa aos regulamentos superará a vinculação administrativa à prossecução do interesse público. Resta saber se, com tranquilidade, se poderá confiar na adequação de uma posição tão formalista.

Desde logo, de uma perspectiva metodológica, não se revela hoje admissível qualquer proposta que advogue uma «esterilização social» do direito (*fiat iustitia, pereat mundus*) e, por conseguinte, não se exclui a necessidade de uma consonância prática entre o sentido dos fundamentos, o conteúdo normativo e os resultados práticos da decisão que neles se louva (*scilicet*, resultados esses ainda ínsitos na intencionalidade do direito)³²³. Se atentarmos nas especificidades da realização *judicial* do direito, teremos de declinar que a consideração destes resultados comprima ou elimine a necessidade de uma isenção do juiz perante pressões e ingerências dos corpos públicos e privados (talqualmente sublinhava Calamandrei, o juiz deve tratar as questões como próprias, mas senti-las como alheias³²⁴), excluindo-se a possibilidade de adoptar, como o critério de decisão, as consequências sociais do julgamento, sempre que esta consideração se revele incompatível com os critérios jurídicos.

Importa, contudo, reafirmar, no que tange agora à realização do direito *pelos órgãos administrativos*, a diferença de posição que intercede entre a Administração e os tribunais. Na realidade, as considerações anteriores assentam na circunstância de a actividade dos tribunais se encontrar pautada por uma racionalidade normativa de fundamentação e por um imperativo de independência (alicerçados no artigo 203.º da Constituição, que estabelece a independência dos tribunais e a sua única sujeição à lei), os quais se destinam a garantir um dos objectivos determinantes do sentido originário do princípio da separação de poderes, no que se refere especificamente ao poder judicial: a ideia de que, ao nível desta função do Estado, não existe uma colaboração ou interpenetração dos complexos sociais³²⁵ projecta-se na inadmissibilidade da ponderação dos efeitos sociais, *i. e.*, dos factores especificamente sociais ulteriores à decisão jurídica, para lá daqueles que a teleologia ínsita na norma permite já considerar. Diversamente, à Administração cumpre, no âmbito das decisões que lhe foram confiadas, a prossecução dos

³²³ Tal como vem ensinando Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 203 e ss..

³²⁴ Cf. E. Arala CHAVES, «A Deontologia dos Juizes», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, tomo I, 1978, p. 7.

³²⁵ Assim, Paulo RANGEL, *Repensar o Poder Judicial: Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, p. 117.

interesses públicos específicos cometidos pelo legislador. Neste sentido, Vieira de Andrade³²⁶ sublinha que a imparcialidade da Administração nunca se revela total ou absoluta: se está garantida a prossecução da actividade administrativa com base em critérios próprios, não distorcidos por interesses alheios à função, e marcados pela objectividade, permanece, contudo, plenamente válida a concepção segundo a qual a Administração tem de orientar a sua conduta para a realização de certos interesses. Daí que, como sublinhámos (cf., *supra*, Parte I, 1., I), se advogue a interferência do interesse público na própria interpretação das normas, que nos permite aludir a uma interpretação em conformidade com o interesse público, e, por conseguinte, aferir da aplicação (ou da recusa de aplicação) de um determinado regulamento.

Existe, pois, uma diferença de racionalidades entre julgar e administrar: se se não pode advogar a substituição de uma racionalidade prático-normativa de fundamentação por uma racionalidade meramente estratégica, a verdade é que a justiça que se intenta alcançar, concorre, no exercício da função administrativa (mas já não quando está em causa o desempenho da função judicial), com a oportunidade e a conveniência (política e técnica) das decisões³²⁷, oportunidade e conveniência essas que, apenas através de um juízo de prognose, destinado a aferir dos resultados práticos das decisões adoptadas, se logra atingir. Está em causa o dever de alcançar os resultados (compreendidos como “produtos da acção administrativa”) correspondentes aos interesses determinados pelo legislador e estabelecidos, em conformidade, pela Administração, no exercício da sua função de direcção político-administrativa³²⁸. É nesta acepção que se poderá aludir à responsabilidade da Administração pelas consequências das suas decisões (*Entscheidungsfolgenverantwortung*)³²⁹. Em sentido idêntico, a acentuação da importância da eficiência – erigida pelo artigo 10.º do CPA em princípio geral da actividade administrativa e pressuposta pelo n.º 2 do artigo 267.º da Constituição quando alude à “necessária eficácia da acção da Administração” – impõe que os órgãos administrativos

³²⁶ Vieira de ANDRADE, «A Imparcialidade...», cit., pp. 224 e ss., que seguimos de perto. Cf., porém, Maria Teresa RIBEIRO, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 116 e ss..

³²⁷ Assim também Vieira de ANDRADE, «A Imparcialidade...», cit., p. 227.

³²⁸ Cf. IANNOTTA, «Merito, Discrezionalità e Risultato nelle Decisioni Amministrative (L'Arte di Amministrare)», in: *Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico*, n.º 1, ano II, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/ART_1975.pdf, pp. 4, 8 e 24.

³²⁹ V. WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., p. 160.

pautem as suas decisões pela consecução, nos diversos casos concretos, dos fins pré-determinados³³⁰.

Todavia, a vinculação administrativa ao interesse público não consente uma racionalidade estratégica pura, que resvale para um casuísmo, em que os resultados sociais da decisão se repercutam sobre a mesma, com o objectivo de evitar efeitos socialmente indesejáveis, na linha de uma tendência para a absolutização da “cultura dos resultados” ou da “Administração dos/pelos resultados”³³¹. Um raciocínio que atendesse exclusivamente aos efeitos sociais das decisões colocaria em perigo a juridicidade da actuação administrativa, na medida em que poria em causa outros princípios constitucionais a que a mesma se encontra adstrita – em especial, o princípio da igualdade e o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. Uma valoração a título exclusivo dos resultados práticos das decisões determinaria que as soluções dependessem sempre do caso concreto em análise e, sobretudo, dos empiricamente previsíveis efeitos da decisão adoptada pelo órgão. Ora, não obstante a diferença de racionalidades que intercede entre função judicial e função administrativa, também nesta última se não admite um casuísmo, atentatório da igualdade de tratamento e da segurança (cuja importância acentuámos quando aludimos ao problema da autovinculação administrativa) e, em última análise, do próprio Estado de direito. Se a Administração está obrigada à prossecução do interesse público, este último não se identifica com os resultados empíricos da decisão. Não se pode, pois, ignorar que o interesse público se encontra legalmente definido: como principiámos por afirmar logo no início deste trabalho, direito e interesse público representam duas margens paralelas de um caminho comum, duas exigências que concorrem para o adequado exercício da função administrativa e que, como tal, têm de ser ambas respeitadas.

Por outras palavras, se o interesse público está subjacente às normas regulamentares (elas próprias, enquanto formas de acção administrativa, se destinam a alcançar o interesse público legalmente definido), já a sua consecução no caso concreto depende, sem dúvida, de um juízo de prognose que postula uma apreciação do resultado da decisão em função de

³³⁰ Sobre a eficiência enquanto eficácia na realização concreta e particular dos fins pré-dados, cf. João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., p. 131.

³³¹ Alude-se, a este propósito, ao dever de atingir resultados como coordenada caracterizadora da «nova Administração Pública»: a «Administração dos/pelos resultados» - v. IANNOTTA, «Merito...», cit., pp. 3 e 9 e ss. (quanto às origens do fenómeno). Chamando, contudo, a atenção para os perigos da absolutização da «Administração dos/pelos resultados», que substitua o valor da legitimidade da acção administrativa pela eficiência, cf. CIMELLARO, «Il Principio...», cit. pp. 142 e s..

determinadas valorações. Só que estas valorações são pré-determinadas pelos *finis* da entidade pública em causa, e não em função das repercussões empírico-sociais da decisão valoradas subjectivamente pelo órgão decisor. A decisão alcançada pela mediação da norma é adoptada no termo de um procedimento administrativo, cujo objectivo se reconduz, *inter alia*, a efectuar um confronto entre os vários interesses em presença para determinar qual (ou quais) os interesses concretos merecedores de tutela, de acordo com a ponderação (abstracta) já realizada pela norma regulamentar: é neste sentido que alguma doutrina se refere ao interesse público como um *posterius* (e não como um *prius*) da recíproca ponderação de todos os interesses no procedimento (um interesse-síntese)³³².

Assim, o resultado da decisão releva apenas na medida consentida pela normatividade da norma, *i. e.*, enquanto não se trata de algo espúrio à normatividade, mas incidível dela própria; ou, se quisermos seguir MacCormick³³³, possuindo a norma um determinado objectivo (identificável, no caso de normas regulamentares, com os interesses públicos através delas prosseguidos), as consequências de uma decisão particular devem ser consonantes com os objectivos pressupostos pelos princípios jurídicos relacionados. O que recordará igualmente Fikentscher³³⁴ e o pensamento sinepeico (ou a sinépica) ou o «pensar a partir das consequências» (*Denken in Konsequenzen, konsequentes Denken, reasoning from effects, consequential thinking*), o qual se destina, em geral (enquanto racionalidade ou modo de pensamento), a mostrar que, partindo-se de determinadas condições, provavelmente se chega a determinadas consequências, não se devendo furtar à apreciação dessas consequências, passando de um tipo de pensamento (por exemplo, sistemático) para outro (*v. g.*, tópico); ou, dizendo de outro modo, a solução para determinado problema (e, por conseguinte, também para um problema jurídico) será encontrada nas consequências práticas (por exemplo, resultantes da aplicação da lei),

³³² Cf. SALA, «Accordi...», cit., pp. 229 e s.. Neste sentido, já STIPO («L'Interesse Pubblico: Un Mito Sfatato», in: *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 914 e s., 920) considerava que a aferição do concreto interesse público pressupõe uma valoração comparativa de interesses, assumindo um conteúdo não determinável *a priori*, mas variável em função das situações de facto e apresentando-se como “o resultado de um processo de composição de vários interesses individuais, colectivos e públicos, que existem na singular *fattispecie* real”. Trata-se de uma ideia com acolhimento da orientação jurisprudencial do *Consiglio di Stato*, quando valora os resultados substanciais das decisões administrativas, nos casos em que o exercício de faculdades, considerado isoladamente, parece legítimo, mas conduz a resultados não consentidos pelo fim da norma – cf. IANNOTTA, «Merito...», cit., pp. 13 e s..

³³³ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, pp. 129 e ss..

³³⁴ FIKENTSCHER, «Synepëik und eine Synepëische Definition des Rechts», in: FIKENTSCHER/FRANKE/KÖHLER (org.), *Entstehung und Wandel Rechtlicher Traditionen*, Karl Alber, Freiburg/München, 1980, p. 57.

assumindo-se as “causas dos «efeitos»” como os «modos de pensar» (*Denkarten, modes of thought*) que determinam as culturas³³⁵.

Aliás, a evolução doutrinal e jurisprudencial tem-se mostrado receptiva à consideração dos resultados logo no âmbito da decisão *judicial*, salientando Castanheira Neves³³⁶ que essa consideração representa justamente “o próprio *objectivo* e o *sentido* da metodológica realização do direito”, concebendo-se ainda que, apenas desta forma, “o valor justiça, fundante de interpretação legal, equaciona os princípios de segurança jurídica, equidade, oportunidade e boa fé ética”³³⁷. Assim, poderemos salientar, com Bachof³³⁸, que, possuindo a jurisprudência uma dimensão eminentemente prática, tem, a par de uma tarefa primária de «serviço da legalidade», uma função ordenadora, não devendo, por conseguinte, perder de vista o resultado das suas decisões, o qual se assume, nessa medida, como pedra de toque (*Prüfstein*) da sua argumentação; neste sentido, e agora entre nós, Vieira de Andrade³³⁹ defende que a realização integral do direito exige que o juiz tome conhecimento da realidade e pondere, em termos de prognose, os resultados das suas decisões. Para outro sentido não aponta a tradicional *mischief rule*, do direito inglês –

³³⁵ V. FIKENTSCHER, «Synepëik...», cit., pp. 61 e s.. Cf. também, do mesmo Autor, *Modes of Thought*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, pp. 130 e s.; COOTER/FIKENTSCHER, «Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts», in: *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, p. 315, n. 108.

³³⁶ Assim, Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 205. É em sentido próximo, embora mais amplo, que Faria COSTA (*As Linhas Rectas do Direito*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2007, p. 11) se reporta ao facto de “o jurista sempre [viver], ao longo dos tempos, entre o rigor da norma e a plasticidade ou flutuação do senso comum, compreendido, agora, sobretudo, como *æquitas*”.

Cf. ainda Menezes CORDEIRO, «Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autómato aos Modelos de Decisão Jurídica», in: *Revista Jurídica*, n.º 9/10, Janeiro/Junho 1987, p. 15 (expressamente distinguindo o objectivo prosseguido pela normas – a sua teleologia – da ponderação dos efeitos resultantes da aplicação das mesmas aos casos concretos, ponderação essa que – apenas ela – poderá prosseguir a realização integral do direito), e «Introdução», cit., pp. CIX e ss.; M. Esteves de OLIVEIRA, «A Publicidade, o Notariado e o Registo Públicos de Direitos Privados», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001», pp. 510 e ss..

Também a jurisprudência portuguesa recorre ao pensamento sinepeico no domínio da interpretação jurídica – cf. Acórdão do STA, de 28.09.2006, P. 855/04 (sobre o resultado da consideração como inconstitucional da norma que não prevê a solidariedade nos casos de responsabilidade civil por condutas meramente negligentes dos funcionários e agentes da Administração); Acórdãos do STJ, de 15.02.2000, P. 38/2000, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 494, 2000, p. 309, e de 28.11.2000, P. 3189/2000, cit., p. 297 (que, apelando à sinépica no horizonte da tarefa interpretativa, define-a como “conjunto de regras que, apetrechando o intérprete aplicador a pensar em consequências, permite o conhecimento e ponderação dos efeitos da decisão”).

³³⁷ Acórdão do STJ, de 15.02.2000, P. 38/2000, cit., p. 311.

³³⁸ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz», in: *Archive des Öffentlichen Rechts*, vol. 87, 1962, pp. 5 e s..

³³⁹ Vieira de ANDRADE, «A Nulidade Administrativa, Essa Desconhecida», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3957, ano 138.º, Julho/Agosto 2009, p. 344, a propósito do juízo de ponderação imposto ao tribunal aquando do reconhecimento dos efeitos putativos de um acto nulo.

cujas enunciações remontam já ao «Heydon's Case» (1584) –, nos termos da qual se impõe ao julgador, na sua tarefa de interpretação de normas, a procura do defeito (*mischief*) a que a *Common Law* não respondia e que levou à emissão de regras escritas (*in casu*, um *Act of Parliament*), o que não significa apenas o conhecimento do contexto histórico da norma, mas exige, em especial, que se tome em consideração o significado que melhor se afeiçoe ao propósito da legislação³⁴⁰.

A articulação entre interesse (público) subjacente à norma e a atenção às circunstâncias do caso concreto permitem aproximar a convocação do elemento sinepeico e a decisão mediante o recurso à equidade, aristotelicamente compreendida como «justiça do caso concreto»³⁴¹. Perimida que está qualquer concepção, de cariz normativista-positivista, que oponha a equidade à justiça como corolário da oposição entre a afirmação de uma igualdade abstracta resultante da subsunção do caso à norma e a decisão do caso segundo o “sentimento do justo” do decisor, não se pode conceber hoje a equidade como forma de evitar a aplicação cega da norma (*rectius*, do direito positivado, e, sobretudo, do direito legal), com indiferença pelas circunstâncias especiais do caso³⁴². Um retorno à concepção aristotélica da equidade evidencia a distância entre a generalidade e a abstracção da norma e a particularidade e concretude próprias do caso, características estas últimas que justificam a necessária correcção da norma, na medida em que esta se revele inadequada para assimilar o caso concreto – o que, sem dúvida, lembra igualmente os pressupostos epistemológicos e os resultados da interpretação avançados pela jurisprudência dos interesses e recorda que “a consideração histórico-material do caso concreto [é] momento essencial da realização e constituição do jurídico”³⁴³. Na mesma linha, a adopção da sinépica como mecanismo destinado a auxiliar a interpretação da norma compete, pois, à comparação entre as consequências pressupostas pela intencionalidade normativa da norma e aquelas que resultariam da sua mobilização para resolver a situação em causa – ainda que o resultado, a final, se volva num afastamento da

³⁴⁰ Sobre a *mischief rule*, ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., pp. 131, 149 e ss..

³⁴¹ Atente-se, porém, na aproximação efectuada por MACCORMICK (*Legal Reasoning...*, cit., p. 139) entre, por um lado, os *consequentialist arguments* e, por outro, os critérios de justiça e *common sense*.

³⁴² Neste sentido, Castanheira NEVES, *Lições...*, cit., pp. 233 e ss.; Santos JUSTO, *Introdução...*, cit., pp. 71 e ss.. Fundamentando-se numa posição diversa, Oliveira ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., pp. 232 e ss.; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 1061 e ss., aludindo à equidade como forma de flexibilizar a radicalidade dos efeitos pressupostos pela lei.

³⁴³ Assim, Castanheira NEVES, *Lições...*, cit., pp. 236 e s., 242.

realização do direito pela mediação da norma inicialmente convocada, tal sucede para concretizar a *intentio* subjacente à mesma norma.

Atenta a intencionalidade própria da função administrativa, e ainda que se não adira à concepção do projecto de resultado como objecto das decisões da Administração³⁴⁴, impõe-se que estas não percam de vista os resultados práticos a que conduzem, no que tange ao cumprimento, no caso concreto, do interesse público definido pela norma. A consideração das intenções e dos efeitos político-sociais das decisões assume um relevo decisivo quando está em causa o exercício do poder discricionário ou, em geral, perante todas as aberturas normativas³⁴⁵. São frequentes as críticas desferidas por alguma doutrina norte-americana à concepção demasiado positivista e lógico-formal da realização do direito pelos órgãos administrativos, em especial, pelas agências: nesta ordem de ideias, defende-se uma concepção que, abandonando a tradicional perspectivação solipsista e asséptica da realização do direito, tenha em conta as circunstâncias do caso e privilegie um pensar analógico – o que permitirá o desenvolvimento institucional do Direito Administrativo que, de outra forma, poderá correr o risco de se transformar num conjunto de critérios ao serviço da burocracia³⁴⁶.

E aquela conclusão não corresponde senão à consideração de que o mérito das decisões representa uma das suas dimensões constitutivas – mérito que, em simultâneo, assume também uma dimensão das normas regulamentares em que se louvam e cuja emissão corresponde, de igual modo, a uma forma do exercício da função administrativa. Se, no quadro das decisões judiciais, o recurso à sinéptica surge – quando não se pretenda substituir a uma axiologia referida a uma validade específica e fundamentante – como um elemento determinante da tarefa metodológica, a (constitucionalmente) necessária vinculação da actividade administrativa ao interesse público (cf. artigo 266.º, n.º 1, da Lei Fundamental) insufla-lhe uma nova vitalidade agora no âmbito da realização concreta do direito *pelos órgãos administrativos*. Dever-se-á ainda afirmar que as considerações tecidas a propósito da relevância do resultado no âmbito da jurisprudência valem, por maioria de razão, quando está em causa o exercício da actividade administrativa. Ao contrário do que sucede no âmbito da função judicial, a resolução da «questão-de-direito»,

³⁴⁴ Concepção que perpassa a posição de IANNOTTA, «Merito...», *passim*.

³⁴⁵ Cf Castanheira NEVES, «Da “Jurisdição” no Actual Estado-de-Direito», in: *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 212.

³⁴⁶ Cf., v. g., GREEN, «Common Law, Equity, and American Public Administration», in: *American Review of Public Administration*, n.º 3, vol. 32, Setembro 2002, pp. 263 e ss., *maxime*, pp. 277 e ss..

que também emerge na actividade administrativa há-de ser orientada pela perspectiva da satisfação do interesse público específico recebido na norma, em plena consonância com a ideia de que o interesse público constitui o «elemento decisivo da vinculação administrativa»³⁴⁷.

Não é por acaso que Rogério Soares aliava o princípio da vinculação ao interesse público à existência de invalidades por vícios de mérito. De acordo com o nosso Professor, “o mérito determina-se pela correspondência do conteúdo do acto a regras de boa administração, a preceitos não jurídicos, mas para cuja observância o agente é remetido, expressa ou tacitamente, pelas normas jurídicas”³⁴⁸, isto é, o mérito reconduz-se à oportunidade e conveniência do acto administrativo em função do interesse público que o determina. Ora, Rogério Soares³⁴⁹, se considera que a tutela de normas não jurídicas não pode importar a nulidade dos actos, já reconhece a existência de invalidades (ainda que do tipo das anulabilidades) por mérito, evidenciáveis se se puder concluir que, violando um acto normas não jurídicas, está o mesmo sujeito a um controlo capaz de sindicar o mérito e, com base nesse vício, extinguir os efeitos da decisão administrativa³⁵⁰. Com efeito, a procura das melhores soluções para a prossecução do interesse é assumida pelos órgãos administrativos como o seu fim primordial; daí que o problema das invalidades por mérito alcance um interesse redobrado, relativamente ao que acontece no direito civil (em que predomina a autonomia da vontade). Tal posição não fica ensombrada pelo facto de os tribunais administrativos não se encontrarem legitimados, por força do princípio da separação de poderes, para o controlo do mérito das decisões administrativas: como salienta o nosso Professor, caso se apreciasse a figura do mérito apenas sob a óptica da sua sindicabilidade jurisdicional, o seu relevo tornar-se-ia bem escasso.

Esclarecido o real alcance do cânone do resultado da decisão e estabelecendo uma conexão entre ele e o mérito das decisões, importa agora apreciar qual o respectivo relevo no âmbito da realização administrativa do direito – concretamente, urge determinar se se torna possível recusar a aplicação de uma norma regulamentar por a decisão do caso concreto pela mediação da mesma se revelar contrária ao interesse público. Atentando no

³⁴⁷ Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 120. Em sentido próximo, v. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/95, de 6 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 31.º, 1995, p. 181, a propósito da distinção entre a função administrativa e a função judicial.

³⁴⁸ Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 259.

³⁴⁹ Cf. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 331 e ss., que seguimos de perto.

³⁵⁰ O que sucederia com as figuras da aprovação, da revogação e da autorização tardia (Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 342 e ss.). Cf. também SANDULLI, *Manuale...*, vol. 1, cit., p. 260.

que referimos até este momento, sem surpresa surgirá a conclusão de que, consubstanciando o interesse público uma dimensão constitutiva das normas regulamentares, a recusa de aplicação de normas cuja mobilização, no caso concreto, importe um atentado ao interesse público que a elas se encontra subjacente representa ainda uma forma de respeitar a sua intencionalidade problemática. As consequências da decisão podem sufragar ou inviabilizar os objectivos da norma (do direito)³⁵¹; quando, através de um juízo de prognose, se conclua pela inviabilização desses objectivos, significa que a norma não é práctico-normativamente adequada para assimilar o caso concreto, cuja solução não passa, por isso, pela aplicação daquela norma³⁵².

³⁵¹ Se quisermos parafrasear Menezes CORDEIRO, «Introdução...», cit., p. CX.

³⁵² A atenção dedicada à prossecução do interesse público subjacente à prescrição normativa regulamentar – e, por conseguinte, a intervenção do pensamento sinepeico em matéria de realização administrativa do direito – não se confunde com a manifestação da *toleratio* administrativa (cf., v. g., Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 784 e 846.). Sobre a tolerância administrativa, v. ainda as considerações tecidas *supra*, a propósito do conceito de obsolescência normativa.

No caso da tolerância administrativa – e colhendo alguns elementos da noção geral de tolerância –, a mesma reconduz-se às hipóteses em que a Administração se encontra juridicamente investida de um poder (conferido por determinada norma), mas não o exerce ou, nas palavras de VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA (*Principios...*, tomo I, cit., p. 300), corresponde aos casos em que “é a própria Administração que voluntariamente prescinde de exigir os privilégios que lhe outorga uma disposição ou os deveres que impõe aos particulares”. Tendo em conta o referido conceito de tolerância, não se estranhará que, no Direito Administrativo, ele se encontre incidivelmente relacionado com o exercício (ou a sua ausência) dos poderes de polícia administrativa. Correspondente ao instituto anglo-saxónico da *voluntary abdication of the law*, a *toleratio* administrativa poder-se-á configurar como uma *renúncia ao exercício de competências*, admissível apenas quando a sua finalidade consista em possibilitar a eficácia (o próprio funcionamento) do ordenamento jurídico – é expressivo o exemplo avançado, a este propósito, por VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA (*Op. cit.*, *loc. cit.*), numa paráfrase a Renard: quando encontramos um grão de pó no fundo de um copo de cristal e, para o remover, apenas dispomos de umas tenazes de ferreiro, não desencadeamos a operação, mas resignamo-nos a tolerar o pó.

A distinção entre a convocação do elemento sinéptico e a tolerância administrativa pode tornar-se quase evanescente quando o órgão administrativo abdica do exercício de uma competência legal e a não actuação desse poder não se revela contrária ao interesse público subjacente à norma que o atribuía (pense-se, v. g., na hipótese de a Administração não aplicar um regulamento que proíbe o estacionamento de veículos automóveis em determinado local destinado à realização de uma feira, quando, por razões excepcionais, esta não tenha lugar). Embora as hipóteses se assimilem, existe uma diferença fundamental quanto ao ponto de partida: enquanto ao abrigo da sinéptica o órgão afasta a norma, porque a sua mobilização no caso concreto comportaria consequências contrárias ao interesse público subjacente à mesma (o interesse público – a teleologia da norma – exige a sua não aplicação), na tolerância administrativa não é o juízo de satisfação de interesse público que suporta a recusa de aplicação (apesar de o órgão não aplicar a norma, o interesse público por ela tutelado não sai vulnerado).

Tratando-se de uma prática administrativa *contra legem*, que cria uma «normatividade “não oficial”» (sobre este conceito, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 437 e ss.), pode suscitar questões interessantes do ponto de vista da autovinculação administrativa, desde logo em termos de saber se um comportamento omissivo pode constituir um precedente susceptível de obrigar a actividade futura da Administração. Relativamente a este problema, cf. VIPIANA, *L’Autolimité...*, cit., p. 67, que, para além da fragilidade da autovinculação assente numa omissão, defende a legitimidade do comportamento omissivo como requisito da formação de um (auto)limite da actividade administrativa; em sentido próximo, cf. VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA, *Principios...*, tomo I, cit., p. 301, a considerar que este tipo de «*desuetudo*» não pode valer contra a Administração, porquanto a respectiva admissibilidade implica o reconhecimento de um costume ab-rogatório. Diversamente, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 925; v. também pp. 976 e ss.)

No fundo (e não obstante a autonomização sistemática desta questão), ainda estamos aqui diante dos problemas inerentes ao cumprimento de uma tarefa interpretativa. Assim se compreende como a formulação corrente do princípio da inderrogabilidade singular releva ainda de uma impositação tradicional do problema da interpretação jurídica: afirmar que um regulamento (externo) não pode ser, em qualquer hipótese, afastado no caso concreto com fundamento no interesse público implica simultaneamente admitir que a norma se identifica com o texto e deve ser mobilizada, ainda quando a decisão do caso concreto pela sua mediação venha frustrar os propósitos a ela subjacentes. Aliás, e contra a concepção corrente do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, é justamente no plano da realização *administrativa* do direito e quando convocada uma norma *regulamentar prima facie* aplicável ao caso, que a importância da consideração do pensamento sinepeico aparece com toda a nitidez, em virtude da vinculação *jurídica* dos órgãos administrativos à prossecução do *interesse público*. Tal como salientámos logo no início desta Parte II, um prático-normativamente adequado entendimento do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos externos determina (apenas) que tem de existir um fundamento (juridicamente relevante) para permitir ao órgão administrativo a não resolução do caso concreto pela mediação de uma norma regulamentar *prima facie* aplicável.

Por fim, e porque está em causa um problema de interpretação jurídica, o afastamento da norma para a resolução do caso concreto revela-se susceptível de repetição pelo tribunal, sem que tal redunde numa violação do princípio da separação de poderes: longe de se tratar de uma apreciação judicial do mérito da decisão, o juiz estará a aferir da vinculação do órgão administrativo ao *fim* pressuposto pelo legislador (e, recorde-se, mesmo quando está em causa o exercício de um poder discricionário, o princípio da

entende que, quando o não exercício de uma competência devida assume carácter consciente, estável e duradouro, pode criar direitos subjectivos ancorados na tutela da confiança e da boa fé.

Sem se abdicar do aforismo segundo o qual “não existe um direito à igualdade na ilegalidade”, importa esclarecer que, nestas hipóteses, o confronto entre o princípio da legalidade, por um lado, e os princípios da protecção da confiança, da boa fé, da igualdade, da imparcialidade, por outro, surge agora mediado pela inexistência de atentado contra o interesse público – o que afasta peremptoriamente as situações em que a tolerância administrativa ofende direitos fundamentais. Além disso, urge atentar sempre no caso concreto: pode suceder que a tolerância apenas ocorra porque se verificam condições que, se pensadas pela norma, obteriam uma solução diversa, permitindo que, no caso concreto, sejam valorados outros interesses, em ofensa da teleologia subjacente à norma. Daí a distinção, já avançada por Hauriou, entre a «tolerância desejada» (*tolérance désirée*) e a «tolerância recusada» (*tolérance méprisée*), a primeira ainda susceptível de concatenação com o direito e a segunda já numa zona desprovida de qualquer sentido ético-jurídico (cf. VILLAR PALASÍ, *Implicaciones Jurídicas de la Internet*, Separata de *Saberes*, Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, 2003, p. 16; VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA, *Principios...*, tomo I, pp. 301 e s.).

precedência de lei implica que esteja cometida a esta última a fixação do fim – os interesses públicos específicos – e da competência para a prática dos actos administrativos).

2.3. Recusa de aplicação com fundamento em invalidade, «direito de exame» (*Prüfungsrecht*) e «competência de rejeição» (*Verwerfungskompetenz*)

A caracterização do conceito de recusa de aplicação pela inadequação prático-normativa da norma para assimilar o caso concreto permitiu recortar um leque amplo de hipóteses em que, de uma perspectiva metodológica, se revelava admissível a recusa de aplicação de normas regulamentares pelos órgãos da Administração – algo que apenas se tornou possível por havermos situado o problema no contexto da realização administrativa do direito. Aludimos a hipóteses em que os órgãos administrativos não aplicam uma norma porque o interesse público assim o exige, ou não a aplicam porque a intencionalidade normativa da mesma não assimila o caso concreto. O problema da recusa de aplicação com fundamento em invalidade consiste em saber se o órgão pode afastar a aplicação da norma regulamentar porque a considera inválida. O tema de que nos ocupamos constitui, pois, uma parcela da questão (mais geral, como decorre das considerações tecidas) da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração: no horizonte das nossas preocupações situa-se a recusa de aplicação *com fundamento em invalidade*.

I. A dilucidação do problema pressupõe a conjunção de dois momentos dogmaticamente distintos: a realização de um juízo sobre a validade da norma regulamentar hipoteticamente aplicável ao caso concreto; a decisão de afastar a mesma norma da resolução do caso, por força da invalidade de que padece. A consideração destes dois momentos tem merecido uma atenção especial por parte da doutrina alemã, que os identifica, respectivamente, sob as noções de *direito ou competência de fiscalização ou de exame* (*Prüfungsrecht* ou *Prüfungskompetenz*) e de *competência de rejeição* (*Verwerfungskompetenz*).

A construção destes conceitos deveu-se, inicialmente, à elaboração doutrinal relativa ao controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis, *scilicet* aos poderes dos *tribunais* perante uma norma (*maxime*, uma lei) inconstitucional. Recorde-se, desde logo, que a própria admissibilidade da fiscalização jurisdicional da conformidade constitucional

das leis deu corpo a uma querela de quase dois séculos, onde principiou por se debater a existência de uma competência de exame por parte dos tribunais³⁵³. Se, primitivamente, a questão se formulava no entrosamento entre o princípio monárquico e o princípio parlamentar, mais tarde, o pensamento positivista, firmado na ideia segundo a qual o poder judicial se encontrava submetido à lei e, como tal, lhe devia obediência, negava (com exceções pontuais) a possibilidade de o juiz fiscalizar e rejeitar a aplicação de uma lei, com fundamento em inconstitucionalidade. Para esta concepção concorria ainda o facto de o liberalismo ter associado a lei à protecção das liberdades dos cidadãos, o que tornava inconcebível uma ofensa legislativa dos direitos constitucionalmente consagrados: a eventual admissibilidade de uma fiscalização jurisdicional da inconstitucionalidade das leis assumiria, então, apenas um pendor formal (destinado a verificar se o acto havia sido adoptado de acordo com a forma constitucionalmente prevista e se revestia carácter geral e abstracto). A compreensão da Constituição como norma superior, cuja ofensa implicava a nulidade da lei, veio abrir caminho para reflexões diferentes.

Actualmente, e uma vez admitida a competência dos tribunais para aferir da constitucionalidade das leis, o problema emerge quanto ao reconhecimento de uma eventual competência de rejeição: se o tribunal tem competência para efectuar um juízo sobre a constitucionalidade das normas, importa determinar se detém o poder para afastar da decisão do caso, com fundamento no juízo de inconstitucionalidade por si efectuado³⁵⁴. A diferenciação entre as duas competências parte do n.º 1 do artigo 100 da *Grundgesetz*, relativo ao controlo incidental da constitucionalidade, onde se prevê que quando um tribunal considere inconstitucional uma lei³⁵⁵ (essencial para a decisão de um caso concreto), deve suspender o processo e submeter a questão ao Tribunal Constitucional. Mobilizando as categorias em análise, se se reconhece aos tribunais ordinários a titularidade de uma *Prüfungskompetenz*, já a *Verwerfungskompetenz* se encontra cometida

³⁵³ Cf., por todos, IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 23 e ss..

³⁵⁴ Estamos, portanto, muito distantes do esquema subjacente à *judicial review* norte-americana, em que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei conduz, de imediato, à desaplicação da mesma no caso concreto. A supremacia da Constituição (relativamente aos actos dos poderes constituídos) consolida o dever de, na decisão dos casos concretos, os tribunais não aplicarem normas inconstitucionais, tendo em conta que a determinação do que é ou não direito constitui uma competência jurisdicional (um *judiciary power*), própria de todos os tribunais. Cf., v. g., CORWIN, «Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review», in: *The Doctrine of Judicial Review*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1999, pp. 1 e ss., *passim*.

³⁵⁵ A «competência de exame» outorga aos tribunais ordinários o poder para efectuar um autêntico juízo de inconstitucionalidade, na medida em que o mesmo é pressuposto da submissão da questão ao *Bundesverfassungsgericht*, não bastando que o juiz do processo manifeste dúvidas quanto à constitucionalidade da norma – cf. ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 455.

ao *Bundesverfassungsgericht*, o qual detém o «monopólio da rejeição» (*Verferwungsmonopol*)³⁵⁶. Note-se, porém, que, quanto à eficácia, uma decisão positiva do Tribunal Constitucional, proferida no exercício da «competência de rejeição», declara a inconstitucionalidade da norma (*Verfassungswidrigerklärung*) e produz efeitos *erga omnes* (tem «força de lei»), nos termos conjugados dos §§31, 78 e 82, n.º 1, da *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*³⁵⁷.

Da experiência colhida na dogmática processual constitucional decorrem dois resultados relevantes.

Por um lado, se a competência de fiscalização consiste no poder de examinar a constitucionalidade (ou, em geral, a validade) das normas – em conexão íntima com o poder de reconhecer a inconstitucionalidade (ou a invalidade), designado como «competência de reconhecimento» ou «autorização para o controlo jurídico» (*Erkenntniskompetenz* ou *Rechtskontrollbefugnis*)³⁵⁸ –, a competência de rejeição equivale ao poder de fixar as consequências jurídicas associadas a esse juízo de inconstitucionalidade (ou invalidade). Daí que, como sublinha Maurer³⁵⁹, o não reconhecimento da competência de fiscalização determinará uma aplicação da norma, sem consideração pelo facto de a mesma violar uma norma superior (ou, como preferimos, um dos seus parâmetros de vinculação); já a inadmissibilidade da competência de rejeição impede o decisor de retirar consequências jurídicas de uma invalidade normativa, mas não permite que esta seja ignorada.

Por outro lado, a distinção entre competência de fiscalização e competência de rejeição poderia parecer ociosa, visto que – dir-se-á – pouco relevaria o reconhecimento de uma competência de fiscalização, sem, simultaneamente, se admitir que o órgão retire

³⁵⁶ Também, por vezes, designado como «monopólio da decisão» (*Entscheidungsmonopol*) ou «monopólio da constatação» (*Feststellungsmonopol*). Cf., v. g., BENDA/KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 2.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2001, p. 327, n. 4, e jurisprudência aí citada. Em causa está a concentração no *Bundesverfassungsgericht* da competência para apreciar a conformidade com a *Grundgesetz* de leis federais ou de leis dos *Länder*, apreciando ainda a violação de leis dos *Länder* que contrariem leis federais. Diversamente, a aferição da compatibilidade entre uma lei de um *Land* e a constituição do mesmo *Land* pertence aos tribunais dos *Länder* com competência em questões de constitucionalidade.

³⁵⁷ Sobre a força jurídica das decisões do Tribunal Constitucional alemão prolatadas em processos de controlo normativo, cf., sinteticamente, v. g., ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, cit., pp. 441 e 458; cf. também IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 211 e ss.. Mais aprofundadamente, v. BENDA/KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, cit., pp. 515 e ss.; SCHNAPP/HENKENÖTTER, «Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG», in: *Juristische Schulung*, fasc. 2, ano 34.º, 1994, pp. 121 e ss..

³⁵⁸ OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 397, n. 6; HALL, «Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, 1965, p. 560, Autor a quem coube a autonomização desta última competência.

³⁵⁹ MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 88.

todas as consequências do exercício dessa competência, *i. e.*, da conclusão no sentido da invalidade do acto em causa. A esta consideração torna-se possível opor uma outra: a rejeição não constitui a única consequência teoricamente pensável do exercício da competência de fiscalização, tornando-se, *v. g.*, equacionável a possibilidade de suspender a aplicação da norma³⁶⁰ e remeter para órgão diverso a determinação dos efeitos da invalidade da norma³⁶¹.

A prestabilidade destas figuras para a compreensão do problema da recusa de aplicação de actos normativos em geral, e de regulamento em especial, pela Administração, com fundamento em invalidade, coaduna-se com a circunstância de, também neste quadro, estar em causa, como vimos acentuando, uma actividade de realização do direito no caso concreto. Não será, portanto, de estranhar que a terminologia que apela à *Prüfungskompetenz* e à *Verwerfungskompetenz* apareça recuperada a propósito justamente da decisão de casos pelos órgãos administrativos, e o percurso quanto à sua admissibilidade tenha sido próximo do realizado quanto ao reconhecimento do exercício judicial dessas mesmas competências³⁶². Está em causa o reconhecimento da(s) chamada(s) «competência(s) de rejeição de normas pelo Executivo» [*Normverwerfungskompetenz(en) der Exekutive*].

Já no horizonte temporal da *Grundgesetz*, o problema começa por se equacionar em relação a um tema paralelo ao que cuidamos: o da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração. Trata-se de uma temática cujo tratamento floresceu a partir de uma

³⁶⁰ Assim, BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 15. Possibilidade esta que assume primordial importância no quadro dos problemas de fiscalização e rejeição de normas pela Administração: a resolução da questão da admissibilidade da recusa de aplicação de leis pelos órgãos administrativos (a que nos reportaremos *infra*, 2.4.2.) passa, para alguma doutrina, pela suspensão da aplicação das mesmas pelos órgãos administrativos. Sobre esta posição, defendida originalmente por HOFFMANN, «Die Verwaltung und das Verfassungswidrige Gesetz», in: *Juristenzeitung*, n.º 7, Abril 1961, pp. 201 e s., 203, *v. infra*.

³⁶¹ Nesta matéria, são pensáveis três soluções-tipo: inadmissibilidade da titularidade administrativa das competências de exame e de rejeição; reconhecimento da competência de exame, mas desacompanhada da competência de rejeição; admissibilidade das competências de exame e de rejeição. Cf., dando notícia das várias possibilidades teóricas, KOPP, «Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, fasc. 16, 98.º ano, Agosto 1983, pp. 822 e s..

³⁶² Alguma doutrina alemã apela a uma terminologia gradativa ainda mais complexa, identificando quatro momentos distintos deste problema: o «direito de exame» (*Prüfungsrecht*) – relativo ao poder da Administração de fiscalizar a constitucionalidade e/ou a legalidade das normas; a «competência de reconhecimento» ou «autorização para o controlo do direito» (*Erkenntniskompetenz* ou *Rechtskontrollbefugnis*) – relacionado com o poder de reconhecer a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da norma; «competência de suspensão» (*Aussetzungskompetenz*) – concernente ao poder de suspender a aplicação ou execução da norma cuja inconstitucionalidade e/ou ilegalidade foi reconhecida; «competência de rejeição» (*Verwerfungskompetenz*) – em que se autoriza a Administração a desaplicar a norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. Cf. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 292, n. 43.

decisão do *Bundesfinanzhofs* de 1958 e que, suscitando uma tomada de posição do *Bundesverfassungsgericht* (Acórdão de 21 de Fevereiro de 1961), deu lugar a um debate intenso acerca das relações constitucionais entre os poderes legislativo e executivo (cf., *infra*, 2.4.2.). Novo fôlego volta a ganhar o problema – agora já a propósito da desaplicação de regulamentos ilegais pela Administração – com várias decisões jurisdicionais adoptadas a propósito da possibilidade de desaplicação de planos urbanísticos ilegais. Subjacente a esta questão estava a concepção segundo a qual o município (*Gemeinde*) não poderia intentar, *contra si próprio*, um processo judicial de controlo normativo que, com eficácia geral, retirasse o plano (que havia emanado) do ordenamento jurídico (*i.e.*, o processo inscrito no §47 da *Verwaltungsgerichtsordnung*), até porque, tendo a possibilidade de o revogar ou substituir por outro, falecia-lhe o *interesse em agir*. Todavia, e ainda quando se admitisse (como sucedeu em algumas espécies jurisprudenciais) que o município recorresse ao processo do citado §47, entendia-se que a propositura da acção não assumia carácter obrigatório; tratava-se, pois, de determinar se, até à revogação do plano ou na ausência de declaração jurisdicional, os órgãos municipais deviam ou não afastar as normas daquele constantes, na decisão dos casos concretos, sempre que considerassem tais normas inválidas, sem deixar de atender à mais ou menos longa duração dos procedimentos tendentes à modificação ou à revogação dos planos (e, neste último caso, conseqüente aprovação de novo plano)³⁶³.

A convocação da dicotomia entre *Prüfungskompetenz* e *Verwerfungskompetenz* serve também agora o propósito de estabelecer a distinção entre a avaliação da validade de uma norma³⁶⁴ e a fixação das conseqüências jurídicas decorrentes da invalidade; todavia, e

³⁶³ Sobre esta matéria, cf., v. g., WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., pp. 97 e ss. (com profusas referências bibliográficas); RENCK, «Anmerkung: BayVGH, Normenkontroll-Urteil vom 1.4.1982», in: *Bayerische Verwaltungsblätter*, fasc. 3, 1983, pp. 86 e s., e VOLHARD, «Amstplichten...», cit., pp. 105 e ss. (perfilhando ambos uma posição aberta); PIETZCKER, «Inzidentverwerfung...», cit., pp. 806 e ss. (adoptando uma perspectiva restritiva).

Quanto a esta questão, a doutrina jus-urbanística vem-se inclinando, todavia, para o não reconhecimento da «competência de rejeição» das normas constantes de planos (seja pelos órgãos dos *Gemeinde*, seja por órgãos estaduais). Cf., v. g., HOPPE/BÖNKER/GROTEFELS, *Öffentliches Baurecht*, 3.^a ed., Beck, München, 2004, p. 117; BATTIS, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 5.^a ed., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2006, pp. 90 e s.. V. ainda QUAAS/MÜLLER, *Normenkontrolle und Bebauungsplan*, Werner-Verlag, Düsseldorf, 1986, pp. 210 e ss., equacionando já o problema da desaplicação de planos por parte de entidades diferentes dos *Gemeinde* que os aprovaram (mas pronunciando-se negativamente sobre tal possibilidade, na medida em que ofenderia a constitucionalmente consagrada autonomia de planeamento daqueles) e diferenciando entre a recusa de aplicação e as decisões (sem significado jurídico) que se limitam a constatar a nulidade das normas constantes dos planos (as designadas *Nichtigkeitbeschlüsse* e as *Klarstellungsbeschlüsse*).

³⁶⁴ Também este momento pode ser analiticamente desdobrado em competência de exame propriamente dita (*Prüfungskompetenz*) – que corresponde à competência para controlar a validade da norma

em termos diversos do que sucede no âmbito do controlo jurisdicional da constitucionalidade de leis, a certificação (*Feststellung*) da invalidade tem como resultado a sua desaplicação do caso concreto, não sevolvendo a competência de rejeição numa declaração de invalidade com eficácia geral. Daí que a terminologia cunhada por Schmidt-Aßmann³⁶⁵ se afigure mais rigorosa que a mobilização exclusiva da dualidade conceptual tradicional, distinguindo o Autor, no interior da questão mais ampla da «competência de rejeição do Executivo», entre a fiscalização da norma (*Normprüfung*), a não aplicação da norma num caso concreto (*Nichtanwendung*) e a competência de rejeição em sentido estrito (*Normverwerfung i. e. S.*): se a *Normprüfung* exprime o poder e/ou dever que todas as instâncias decisórias (e, por isso, também os órgãos administrativos) têm de aferir da juridicidade das normas jurídicas a mobilizar para a decisão dos casos concretos, já a *Normverwerfung* (em sentido estrito) designa o poder de, *erga omnes*, negar a vigência de uma norma, por a entender ferida de invalidade (ou nulidade), a implicar uma maior restrição ao respectivo reconhecimento, só admissível quando prevista na lei³⁶⁶; por sua vez, a *Nichtanwendung*, enquanto conceito intermédio, equivale ao afastamento da norma (candidata) na decisão do caso concreto, assimilando, por conseguinte, o problema que constitui objecto da nossa esfera problemática. É ainda neste sentido que alguns sectores doutrinários distinguem entre «rejeição principal» (*Prinzipalverwerfung*) e «rejeição incidental» (*Inzidentverwerfung*), *scilicet*, entre a eliminação definitiva da norma e a sua desaplicação no caso concreto: na primeira hipótese, a questão da invalidade da norma em causa constitui o objecto principal de um procedimento; no segundo caso, o problema da validade da norma existe como questão prejudicial para a decisão a adoptar relativamente a um caso concreto³⁶⁷.

– e competência de reconhecimento (*Erkenntniskompetenz*) – que permite à Administração constatar a existência de uma invalidade da norma. Cf. BACHOF, «Normenkontrolle...», cit., p. 397, n. 8.

³⁶⁵ SCHMIDT-ASSMANN, «Gefährdungen...», cit., p. 759.

³⁶⁶ Como decorre da explanação, SCHMIDT-ASSMANN («Gefährdungen...», cit., pp. 759 e s.) aproxima a competência de rejeição em sentido estrito da declaração administrativa de ilegalidade, apenas admissível, como é óbvio, relativamente a normas da Administração, e nos termos previstos pela lei (desde logo, quanto à competência). Tornar-se-ia, portanto, pensável (à semelhança do que acontece no processo constitucional) que o exercício de uma competência de fiscalização por parte do órgão decisor desse lugar à suspensão do procedimento e à submissão da questão da legalidade do regulamento ou ao órgão administrativo com competência para declarar a respectiva ilegalidade, ou ao tribunal, através de um dos processos de controlo normativo disponíveis.

³⁶⁷ V. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 88; WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., pp. 21, 98 e s.; PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 390.

II. Sem que constitua uma novidade a assimilação desta terminologia pela doutrina portuguesa³⁶⁸, apelamos à mesma pelo valor heurístico que encerra. A partir deste esquema conceitual tornam-se agora mais perceptíveis os contornos da questão que constitui objecto das nossas preocupações: avaliar se, em consequência de o órgão decisor ter efectuado um juízo no sentido da invalidade de uma norma regulamentar, pode afastá-la da decisão do caso concreto, com fundamento na invalidade de que padece.

Em face do que concluímos *supra* a propósito da tarefa interpretativa cometida a qualquer órgão responsável pela realização do direito no caso concreto, não restarão dúvidas sobre o reconhecimento de um dever de fiscalização dos órgãos administrativos. Além disso, o princípio da juridicidade, ao impor uma conformidade da actividade administrativa com o direito, implica para os órgãos o dever de apreciar a legalidade/juridicidade da conduta que levam a cabo: se “o funcionamento regular dos serviços públicos exige a prática de actos jurídicos correctos, compreende-se facilmente que tais fins não possam ser atingidos sem que o agente que pratica esses actos tenha a possibilidade jurídica de determinar a sua regularidade”³⁶⁹.

Como acabámos de ver, esta faculdade de exame da validade da norma não equivale ainda à atribuição de um poder de extrair consequências do controlo efectuado: ao contrário da primeira, cujo exercício se esgota numa apreciação da validade do acto, a determinação das consequências desse juízo para a decisão do caso concreto comporta um *plus*. Nesta medida, a desaplicação constitui um avanço, porquanto consubstancia uma solução para o problema de saber quais as ilações (*rectius*, quais as consequências jurídicas) a retirar da conclusão de que determinada norma (v. g. constante de um regulamento) padece de invalidade: se a competência de fiscalização é imanente ao princípio da juridicidade e, no que tange à realização do direito pela mediação de actos

³⁶⁸ A mobilização de conceitos idênticos surge entre nós, não apenas no âmbito do problema da desaplicação de actos normativos pela Administração, mas também a propósito do estudo do dever de obediência do subalterno às ordens do superior hierárquico. Cf., relativamente à desaplicação administrativa de leis inconstitucionais, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 167 e ss. (aludindo ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais”); A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 33 e ss. (destrinçando, no interior da competência de fiscalização, o poder de exame e, como consequência do juízo efectuado, os poderes de representar perante outro órgão administrativo, de suspender a aplicação, de desaplicar ou de eliminar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional). Sobre a utilização dos conceitos no âmbito do dever de obediência, v. Cunha VALENTE, *A Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1939, p. 151 (que distingue, neste âmbito, entre *direito de exame* – direito de fiscalizar a legalidade da ordem – e *direito de decisão* – direito de actuar em conformidade com o exame efectuado e, por consequência, de obedecer ou desobedecer à ordem do superior hierárquico).

³⁶⁹ Cunha VALENTE, *A Hierarquia...*, cit., pp. 152 e s..

normativos (*in casu*, regulamentos), se encontra pressuposta pela metodologicamente necessária tarefa interpretativa, a questão da admissibilidade da recusa de aplicação exige que se dê um passo em frente. Esta dissociação entre exame e recusa de aplicação e a diferença de alcance conferida a cada uma delas (a primeira reconhecida como faculdade geral, a segunda considerada como possibilidade excepcional) pode conduzir, se não for devidamente acautelada, a um “certo desprezo pela validade fundante da actividade administrativa”³⁷⁰.

III. Assim, aceitar a possibilidade de recusa de aplicação não implica abraçar a ideia de que a mesma se encontre desprovida de quaisquer condicionalismos ou limitações, de ordem formal (orgânica, procedimental ou formal *stricto sensu*) ou de ordem material³⁷¹. Daí a necessidade de recortar um regime jurídico que, como logo se intuirá, não assume contornos unitários, mas depende do concreto fundamento de recusa de aplicação invocado; a tarefa de delimitação de um regime que contemple todas as hipóteses de recusa de aplicação extravasa, porém, o âmbito do presente trabalho. Incidindo as nossas preocupações sobre a recusa de aplicação *com fundamento em invalidade*, aferiremos mais detidamente na Parte IV da respectiva disciplina jurídica. Eis o motivo por que dirigimos a nossa atenção para as categorias da «competência de fiscalização» e da «competência de rejeição», intimando-as para auxiliar no recorte das soluções para o nosso problema.

Estamos já em condições de penetrar totalmente no alcance revestido pela figura da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade.

Desde logo, a não mobilização de uma norma regulamentar por força da sua inadequação prático-normativa para assimilar o caso, em especial, por força da sua invalidade, está ínsita, em geral, na tarefa interpretativa (como, aliás, principiámos por assinalar) e decorre, em especial, do dever de auto-controlo da juridicidade da actuação administrativa, do princípio da juridicidade e da própria ideia de Estado de direito, que

³⁷⁰ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 709. É igualmente esta dissociação que leva o Autor a destrinçar duas situações diferentes de invalidade de actuação administrativa: a invalidade decorrente da prática de um acto directamente ofensivo da normatividade que lhe serve de padrão imediato e a invalidade resultante da decisão do caso concreto através de uma norma que, reconhecendo o órgão decisor como inválida, se encontra adstrito a aplicar, por lhe estar vedada a recusa de aplicação.

³⁷¹ Numa posição avisadamente cautelosa, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 640) adverte-nos de que os critérios de solução de antinomias normativas (e o Autor estava a pensar, *in concreto*, no princípio da hierarquia) foram decantados pela doutrina para efeitos de aplicação pelo juiz e não pela Administração.

impõem aos órgãos da Administração o dever de apreciar se estão verificados os pressupostos abstractos do seu agir e de actuar em conformidade. Uma leitura apressada desta proposição poderia induzir o reconhecimento de um poder-dever de recusa de aplicação, em qualquer circunstância; todavia, e situando o problema no quadro mais global do Direito Administrativo, cedo nos apercebemos que as observações precedentes carecem de ser confrontadas com outros princípios jurídicos (ou outras dimensões dos princípios) que apontam em direcção oposta – motivo por que sobre a defesa da possibilidade de recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento na sua invalidade pela Administração impende o ónus de recortar quais os condicionalismos em que tal poderá suceder. Em suma, a admissibilidade de uma competência de fiscalização não prescinde da delineação dos casos em que se aceita o exercício da competência de rejeição, aqui identificada com a desaplicação administrativa de regulamentos inválidos.

Depois de afirmarmos que o afastamento de normas regulamentares com fundamento em invalidade ocorre no âmbito da aplicação do regulamento ao caso concreto, não surpreenderá que associemos a recusa de aplicação à adopção de decisões administrativas³⁷², em geral, e à prática de actos administrativos, em especial, como o momento, por excelência, da realização administrativa do direito. Em qualquer das hipóteses, esta figura constitui uma faculdade integrada na capacidade jurídico-pública das pessoas colectivas públicas. Noutra perspectiva, a recusa de aplicação consubstancia uma das dimensões (decisórias³⁷³) do acto administrativo que, para dar resposta a um concreto problema (deferimento ou indeferimento de uma pretensão, certificação de uma situação, imposição de um dever, cominação de uma sanção, etc.), tem de efectuar um juízo sobre a validade das normas regulamentares *prima facie* aplicáveis ao caso concreto e uma decisão sobre o respectivo afastamento na resolução desse mesmo caso. No fundo, e retornando à primeira observação, a recusa de aplicação resulta de uma operação interpretativa incorporada na decisão e, por conseguinte, inclui-se no percurso metodológico seguido

³⁷² Pense-se, v. g., na emissão de pareceres vinculantes. Independentemente da posição que se perfilhe quanto à natureza jurídica destes pareceres (acto administrativo ou não), é inegável que estes não se reconduzem ao desempenho de uma função consultiva, estando dotados de um efeito conformativo ou preclusivo, na medida em que traduzem “um juízo que impõe o sentido de uma decisão” e, como tal, correspondem ao exercício de um poder de controlo ou mesmo de um poder dispositivo. Cf. Pedro GONÇALVES, «Apontamentos sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, Novembro/Dezembro 1996, pp. 5 e s., 7 e s., respectivamente.

³⁷³ Expressivamente, MICHEL («Normenkontrolle...», cit., p. 842) contrapõe, no que ao cerne da problemática do controlo normativo tange, o *Prüfungsrecht* (direito de exame) ao *Entscheidungsrecht* (direito de decisão).

pelo órgão decisor na sua tarefa de resolução de casos concretos: a recusa de aplicação constitui, pois, uma decisão logicamente autonomizável, mas substancialmente incidível do poder de produzir determinado efeito jurídico concreto³⁷⁴. A competência de fiscalização e a competência de recusa de aplicação são concebidas como uma parcela da competência decisória³⁷⁵ no contexto da relação trilateral entre norma, poder e acto, enquanto poder de aplicação da norma através do acto.

Importa, contudo, enfatizar que aglutinar a recusa de aplicação com a prática de actos administrativos não implica atribuir àquela a natureza de acto administrativo: se a recusa de aplicação de uma norma não constitui, obviamente, objecto idóneo de um acto administrativo, também acabámos de sublinhar que, nestas hipóteses, o acto tem ínsita uma *decisão jurídica* de não solucionar o caso concreto pela mediação de determinada norma regulamentar, por causa da invalidade de que ela padece, resolvendo-o, portanto, através da convocação de outro critério ou, na ausência deste, de um princípio normativo. Esta perspectivação do problema da recusa de aplicação por um órgão administrativo decisor alia-o à actividade unilateral concreta da Administração³⁷⁶ e permite afastá-lo de situações em que se não pode, em rigor, aludir a uma “aplicação” do regulamento, como sucederá, v. g., na celebração de contratos (salvo tratando-se de contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo).

³⁷⁴ Não se trata de posição diversa daquela que, *mutatis mutandis*, o sistema português acolhe no domínio do controlo jurisdicional concreto da constitucionalidade. Também neste âmbito se considera que a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma norma jurídica constitui uma dimensão (individualizável, embora) da decisão do caso concreto, sendo a questão da constitucionalidade concebida como uma das “questões” a solucionar no âmbito do processo em causa (enquanto «questão prejudicial imprópria», conhecida e decidida pelo tribunal, por força do nexo que tem relativamente à questão principal). Sobre os contornos da apreciação da inconstitucionalidade pelos tribunais ordinários, cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 213 e s.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 983 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 552 e ss. (muito desenvolvidamente).

Neste sentido militam quer a definição do objecto do recurso para o Tribunal Constitucional (restrito, nos termos do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição e do n.º 1 do artigo 71.º da LTC, à questão da inconstitucionalidade suscitada), quer os efeitos da decisão daquele Tribunal (que, de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 80.º da LTC, faz caso julgado no processo *quanto à questão da inconstitucionalidade*, impondo, quando o recurso haja obtido provimento, que os autos baixem ao tribunal de onde provieram, para que este reforme a decisão ou a mande reformar, em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade).

³⁷⁵ RENCK, «Anmerkung...», cit., p. 87.

³⁷⁶ Não se exclui que a desaplicação de regulamentos inválidos possa ocorrer no âmbito de *actuações concretas de aplicação unilateral*, como operações materiais ou outros actos jurídicos praticados pela Administração, nos quais se encontre implícito um acto administrativo. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um regulamento que obrigasse as autoridades policiais a torturar os suspeitos da prática de certos crimes, até à obtenção de uma confissão, regulamento esse não seguido, no caso concreto, por um agente policial; ou num acto de execução de um regulamento imediatamente operativo sobre prestações da segurança social, ferido de inconstitucionalidade por prever discriminações contrárias ao princípio da igualdade, que processasse o subsídio contra as disposições discriminatórias.

2.4. Contributos proporcionados pela solução de problemas próximos

A questão da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade encontra paralelismos noutras situações discerníveis no horizonte do nosso sistema jurídico, através das quais se torna possível não apenas testar a noção de «recusa de aplicação» encontrada, como retirar alguns aspectos relevantes para a solução dos problemas que nos ocuparão *ex professo* nas partes subsequentes. A alusão à recusa de aplicação de normas de direito secundário da União Europeia, com fundamento em contrariedade com normas de direito originário da União Europeia, viabiliza um confronto inicial com a problemática da colisão dos princípios da unidade do sistema jurídico e da segurança jurídica, cujo equilíbrio se revela, no contexto em que nos movemos, particularmente delicado. Por seu lado, a referência à recusa de aplicação de leis pela Administração permitir-nos-á uma abordagem à temática da fiscalização da validade dos actos normativos pelos órgãos administrativos; por último, a recusa judicial de aplicação de regulamentos dirige a nossa atenção para a matéria da invalidade dos regulamentos e das consequências da sua desaplicação para a decisão do caso concreto.

2.4.1. A recusa de aplicação pelas autoridades nacionais de normas de direito secundário da União Europeia com fundamento na contrariedade com normas de direito originário da União Europeia

No quadro de um «Direito Administrativo multinível», a perspectivação do problema da recusa de aplicação de normas jurídicas com fundamento na contrariedade com outras hierarquicamente superiores (ou, como preferimos, que constituam parâmetros de vinculação das primeiras) pode começar por se colocar no plano do direito da UE e da relação entre esta ordem jurídica e os ordenamentos nacionais.

A primeira tematização desta problemática resultou do Acórdão «Granaria»³⁷⁷. Neste aresto, e perante a questão de saber se pode uma autoridade administrativa nacional não cumprir o disposto num regulamento comunitário, enquanto este não for declarado inválido, o Tribunal de Justiça principiou por afirmar uma presunção de validade dos regulamentos, que se consideram válidos até que a jurisdição competente declare a respectiva invalidade (*in casu*, apenas o próprio Tribunal de Justiça, a instância com

³⁷⁷ Acórdão «Granaria BV/Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten», de 13.02.1979, P. 101/78, cit., pp. 623 e s.. (esp.^{te} pontos 3 a 8).

competência para anular regulamentos, nos termos do artigo 263.º do TFUE³⁷⁸, ou para se pronunciar, em reenvio prejudicial, sobre a respectiva validade, de acordo com o artigo 267.º do TFUE³⁷⁹). Numa síntese lapidar, a Cúria do Luxemburgo conclui que “resulta assim do sistema legislativo e jurisdicional instituído pelo Tratado que, se o respeito pelo princípio da legalidade comunitária comporta, para os cidadãos, o direito de contestar judicialmente a validade dos regulamentos, este princípio implica igualmente, para todos os sujeitos de Direito Comunitário, a obrigação de reconhecer a plena eficácia dos regulamentos, enquanto a respectiva invalidade não for reconhecida por uma jurisdição competente”³⁸⁰. Por este motivo, e quanto à questão do eventual reconhecimento pelo Tratado (e respectivos princípios fundantes) do poder das autoridades nacionais para incumprir as disposições constantes de um regulamento comunitário, o Tribunal respondeu negativamente, apenas admitindo tal possibilidade se o regulamento contiver uma norma expressa que permita a sua derrogação ou se existir um princípio superior de Direito Comunitário que admita uma diferente interpretação do regulamento pelas autoridades nacionais.

Esta orientação jurisprudencial foi reforçada no Acórdão «Foto-Frost»³⁸¹, onde, questionado sobre a competência dos próprios *tribunais* dos Estados-membros para declarar a invalidade de uma decisão da Comissão, o Tribunal de Justiça propugnou que, embora os órgãos jurisdicionais nacionais possam apreciar a validade de um acto comunitário discutida pelas partes e, se não considerarem procedentes os fundamentos por estas aduzidos, concluirem que o acto é plenamente válido, já não têm poder para declarar inválidos os actos das instituições comunitárias – competência que se encontra reservada ao Tribunal de Justiça. Aliás, a própria configuração dos processos junto deste Tribunal propicia que o mesmo consubstancie a jurisdição mais adequada para se pronunciar sobre a matéria da validade dos actos das instituições da UE, as quais, nos termos do Protocolo

³⁷⁸ Atente-se agora que, nos termos do n.º 1 do artigo 256.º do TFUE, o Tribunal Geral tem competência para conhecer, em primeira instância, do recurso a que se refere o artigo 263.º.

³⁷⁹ Sobre a acção de anulação e o reenvio prejudicial, cf. Fausto de QUADROS/Ana Maria Guerra MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 134 e ss., 67 e ss., respectivamente (reportando-se ainda aos tratados na versão anterior ao Tratado de Lisboa); Jónatas MACHADO, *Direito da União...*, cit., pp. 520 e ss., 572 e ss..

³⁸⁰ Esta posição leva a que, reciprocamente, também não se possa acusar um Estado de violação das normas dos Tratados, quando conforma a sua conduta com o disposto numa directiva (ainda quando esta padeça de invalidade) – eis o que decidiu o Tribunal de Justiça no Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias/República Helénica», de 05.10.2004, P. C-475/2001, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-8923 e ss., pontos 16 a 25.

³⁸¹ Acórdão «Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost», de 22.10.1987, P. 314/85, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1987, pp. 4199 e ss., esp.¹⁶ pontos 11 a 20.

relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, têm o direito de intervir no processo para defesa da validade, podendo ainda o Tribunal solicitar às instituições europeias que não sejam partes no processo todas as informações que considere necessárias à apreciação da causa.

Sem nos determos sobre as consequências que implica para os remédios jurisdicionais de reacção perante actos inválidos da União³⁸², a posição decorrente da conjugação de ambos os Acórdãos afigura-se consonante com o sentido geral da jurisprudência europeia, teleologicamente orientada para garantir a efectividade do direito da União na relação (contra) o juízo das autoridades (judiciais e administrativas) dos Estados-membros. Assim se compreende a admissibilidade exclusiva da apreciação (mesmo que incidental) da validade dos actos europeus tão-só nas hipóteses em que o órgão nacional conclua pela sua validade – a única hipótese em que, como o próprio Tribunal afirma, aquela conclusão não põe em causa a existência do acto europeu. Com efeito, entende-se que apenas esta solução se revela susceptível de assegurar a unidade do ordenamento europeu e de garantir a segurança jurídica, além de se harmonizar com o sistema de tutela jurisdicional erigido pelos Tratados, que confiam a tarefa de apreciação da validade dos actos comunitários unicamente ao Tribunal de Justiça, seja através do recurso de anulação, seja mediante o reenvio prejudicial.

O facto de se negar aos tribunais nacionais o poder para rejeitarem um acto das instituições europeias, com fundamento em invalidade, não prejudica o exercício da função *jurisdicional* nos Estados-membros. Na realidade, verificando-se a existência de dúvidas quanto à validade de um acto de direito comunitário derivado, o artigo 267.º do TFUE assegura aos órgãos jurisdicionais a possibilidade de pedir ao Tribunal de Justiça que decida, a título prejudicial, sobre a *invalidade* dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Todavia, idêntica faculdade não se encontra reconhecida quanto à *Administração* – o que deixa entrever dificuldades no exercício da função administrativa, sempre que um órgão nacional se veja confrontado com o problema de solucionar um caso concreto pela mediação de um acto ilegal procedente de uma instituição europeia (pense-se, paradigmaticamente, nos regulamentos). Se, como também já acentuava Schmidt-

³⁸² Sobre esta questão, cf., v. g., DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2004, pp. 318 e ss. (perspectivando os citados Acórdãos da óptica dos limites das jurisdições nacionais).

Aßmann³⁸³, os Estados-membros têm legitimidade processual activa para, nos termos do artigo 263.º do TFUE desencadear o recurso de anulação (contra actos legislativos, actos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu que não sejam recomendações ou pareceres e actos do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu e dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros), a verdade é que tal se revela pouco operativo no dia-a-dia da actividade administrativa, porquanto tal acção dependerá, por via de regra, de uma decisão governamental nesse sentido, tornando-se um processo moroso e que não responde às necessidades da actuação dos órgãos administrativos.

A referência ao problema da incompatibilidade entre o direito derivado da União Europeia e o direito originário da União Europeia e à solução a seguir, no caso concreto, pelos órgãos administrativos, quando se apercebam dessa incompatibilidade, comporta alguns contributos determinantes para a questão que nos ocupa.

Primo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça recorta já alguns dos critérios de ponderação a sopesar também na reflexão sobre a admissibilidade da recusa de aplicação de normas pela Administração Pública. A extrema preocupação com o princípio da efectividade do direito da União encontra acolhimento na tutela do princípio da unidade do sistema jurídico, a impedir que existam divergências na avaliação da validade dos actos normativos a ele pertencentes e, por conseguinte, a evitar uma diluição da competência de apreciação dessa validade (ou invalidade) pelos órgãos (administrativos ou jurisdicionais dos Estados-membros). Neste sentido concorre também o princípio da segurança jurídica, que postula a observância das normas pré-escritas por parte de todos os órgãos (*maxime*, administrativos) no âmbito da tarefa de resolução dos casos concretos.

Secundo, a absolutização de quaisquer critérios de ponderação – quer impeçam, como na hipótese em análise, a recusa de aplicação em qualquer circunstância, quer a admitam sempre – deve ser preterida em favor de soluções de equilíbrio. A absolutização típica do direito europeu e da jurisprudência do Tribunal de Justiça em tudo o que toca o alcance do princípio da efectividade³⁸⁴, conducente à impossibilidade de recusa de

³⁸³ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Gefährdungen...», cit., p. 761.

³⁸⁴ Uma das dúvidas que SCHMIDT-ASSMANN («Gefährdungen...», cit., pp. 761 e s.) suscita quanto a esta posição do Tribunal de Justiça reside precisamente na distância que a mesma exprime face às hipóteses em que à Administração se levantam dúvidas a propósito da incompatibilidade entre normas de direito nacional e normas de direito europeu, onde, como sublinhámos, o facto de vigorar um princípio de prevalência, legítima, em qualquer circunstância, os órgãos administrativos a preferir as normas comunitárias relativamente às nacionais (ainda quando estas assumam valor constitucional e contrariem normas de direito

aplicação em toda a linha, dificulta a actuação da Administração Pública e ignora, por completo, o alcance de outros princípios estruturantes do sistema jurídico.

2.4.2. A recusa de aplicação de leis inconstitucionais pela Administração

Uma referência ao problema da recusa de aplicação de leis inconstitucionais pela Administração no âmbito do trabalho que nos ocupa apenas poderá assumir contornos esquemáticos e afirmar-se teleologicamente orientada. Não pretendemos, pois, uma análise pormenorizada dos diversos argumentos (favoráveis e desfavoráveis) à desaplicação de leis por órgãos administrativos³⁸⁵, mas apenas encontrar os diversos princípios que pautaram a emergência do problema e o equacionar das soluções. Efectivamente, a circunstância de a recusa de aplicação de leis (se e quando admissível) se fundamentar na inconstitucionalidade destas encontra alguma aproximação com a questão da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidade.

Os dados da enunciação do problema e o jogo conceitual utilizado – onde se salienta a mobilização dos conceitos de competência de fiscalização e competência de rejeição – conduzem-nos necessariamente, sem prejuízo do reconhecimento da emergência

comunitário secundário). Se levássemos às últimas consequências a jurisprudência do Tribunal de Justiça, também teríamos de concordar que, nestes casos, os órgãos administrativos dos Estados-membros não tinham competência para interpretar o direito da União, porquanto a mesma se encontra atribuída apenas ao próprio Tribunal.

³⁸⁵ Se a doutrina portuguesa tem manifestado interesse por esta temática, em especial, quando toca direitos, liberdades e garantias (em virtude da aplicabilidade directa e/ou da vinculação de entidades públicas que singulariza o respectivo regime específico), só mais recentemente encontramos duas dissertações integralmente dedicadas ao problema: cf., adoptando também uma perspectiva juscomparatística, Ana Cláudia GOMES, *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002 (dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito de Coimbra), e A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., 2004 (dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa). Sobre esta questão, e entre nós, já antes e desenvolvidamente, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 149 e ss. (cf. ainda, do mesmo Autor, «Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional», in: *O Direito*, n.º III, ano 121.º, Julho/Setembro 1989, pp. 505 e s.); v. ainda, v. g., Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 200 e ss.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 443 e ss.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 383 e s., anotação III ao artigo 18.º, e vol. II, cit., p. 800, anotação IX ao artigo 266.º; Jorge MIRANDA, «O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Estudos sobre a Constituição*, 3.º vol., Petrony, Lisboa, 1979, pp. 76 e s., *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 296 e s., e tomo VI, cit., pp. 197 e ss.; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., pp. 328 e ss., anotação XV; Rui MEDEIROS, «Artigo 204.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., pp. 63 e ss., anotação VIII; CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 155 e ss.; Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., pp. 491 e ss.; Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 181, n. 314, *Ensaio...*, cit., pp. 151 e ss., *O Poder...*, cit., pp. 534 e ss., 562 e ss., e *Legalidade...*, cit., pp. 990 e ss.; Maria da Assunção ESTEVES, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 242 ss.; Salis GOMES, «Produção Normativa Governamental: Problemas e Perspectivas», in: M. Baptista COELHO, *Portugal. O Sistema Político e Constitucional*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, pp. 395 e ss.; Maria Teresa RIBEIRO, *O Princípio...*, cit., pp. 128 e ss..

da questão em análise noutras ordens jurídicas, à esfera do direito alemão, que em muito vem influenciando (também neste contexto) o ordenamento jurídico português³⁸⁶. A tematização próxima³⁸⁷ da questão no espaço germânico resultou de uma decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 21 de Fevereiro de 1961³⁸⁸. O problema emergiu a partir do disposto no §251 da *Reichsabgabenordnung*, nos termos do qual se permitia a suspensão da execução do acto de liquidação quando a legalidade deste último se encontrasse atacada por um recurso; ainda que esta decisão assumisse natureza discricionária, deveria o órgão administrativo suspender a execução do acto no caso de existirem sérias dúvidas (*ernstliche Zweifel*) sobre a respectiva legalidade (juridicidade)³⁸⁹. Por decisão de 12 de Dezembro de 1958, o *Bundesfinanzhof* entendeu que esta última condição se não verificava quando houvesse reservas quanto à constitucionalidade da lei pressuposta para a emissão do acto (base legal): alicerçando a sua argumentação na presunção da constitucionalidade das leis³⁹⁰ (subjacente ao princípio do Estado de direito), aquele Tribunal afirmou a existência de um dever, a cargo da Administração, de considerar uma lei conforme à Constituição, até decisão em contrário do *Bundesverfassungsgericht*³⁹¹. Ora, inclinou-se em sentido contrário a citada decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1961, para quem a existência de dúvidas sérias quanto à interpretação e aplicação da lei equivale, para efeitos do disposto no §251, à presença de reservas quanto à validade da própria lei. Acentuando que o n.º 3 do artigo 20 da *Grundgesetz* estabelece a vinculação da Administração à lei e ao direito (em especial, nos termos do n.º 3 do artigo 1, aos direitos fundamentais), o *Bundesverfassungsgericht* esclareceu que esta hipótese não vulnerava, de forma alguma, o princípio da separação de poderes, visto que este não obrigava à execução de uma lei que, provavelmente, teria de ser declarada nula. Por outro lado, o Tribunal

³⁸⁶ Salientando a relevância para o direito português das experiências germânica e italiana relativas ao problema da recusa de aplicação de leis pela Administração com fundamento em inconstitucionalidade, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 150.

³⁸⁷ Para uma análise do problema no espaço alemão em momentos anteriores, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 109 e ss..

³⁸⁸ Cf. *Juristenzeitung*, n.º 8, Abril 1961, pp. 256 e s..

³⁸⁹ Trata-se de um preceito que possui similitudes com uma parte do actual n.º 4 do §80 da VwGO.

³⁹⁰ Típica da orientação jurisprudencial daquele Tribunal, como nos ensina HOFFMANN, «Die Verwaltung...», cit., p. 194. Cf. também OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 402 e ss., entendendo que tal presunção de constitucionalidade apenas pode ser ilidida pelo Tribunal Constitucional, mas não pela Administração (*Op. cit.*, pp. 402, 404, 406 e 408).

³⁹¹ Para uma descrição deste caso, cf. MENGER, «Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit», in: *Verwaltungs Archiv*, n.º 3, vol. 52, Julho 1961, pp. 305 e ss.; BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 6 e s.; MICHEL, «Normenkontrolle durch die Vollziehende Gewalt», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 19, ano 13.º, Maio 1960, p. 841; IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 76 e s..

entendeu que esta argumentação não conduzia à existência de suspensões insuficientemente fundamentadas, contra as quais se podiam opor os órgãos administrativos superiores.

Como a doutrina e a jurisprudência logo se apressaram a sublinhar³⁹², esta decisão do Tribunal Constitucional alemão não incidia directamente sobre o problema da rejeição de leis pela Administração com fundamento em inconstitucionalidade, apenas conferindo aos órgãos administrativos a faculdade de aferir da validade das leis que serviam de pressuposto à prática do acto, para efeitos de suspensão da execução deste último – daí que não responda aos diversos problemas susceptíveis de formulação neste âmbito (quando existem dúvidas sérias sobre a validade de uma lei?; impõe-se aos órgãos administrativos um dever de fiscalização das leis?; existe um dever de rejeitar uma lei constitucional?; a rejeição pode ser imediata ou exige-se uma pronúncia do superior hierárquico sobre a questão?; em caso afirmativo, torna-se necessário suspender a execução do acto até à decisão do superior hierárquico?).

O debate em torno destas questões não se revela privativo do espaço alemão, mas continua pleno de significado também no direito português.

Relativamente à competência de fiscalização, admite-se que os órgãos administrativos fiscalizem a constitucionalidade das normas legais que mobilizam para a solução do caso concreto, por considerar que esse exame se encontra intrinsecamente relacionado com a ineliminável tarefa interpretativa que àqueles também se impõe³⁹³,

³⁹² BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 8 e s.. Decorre, aliás, da postura crítica deste Autor que os maiores obstáculos a uma generalização da posição descrita do *Bundesverfassungsgericht* decorrem da mobilização do conceito de suspensão (*Aussetzung*) utilizado pelo Tribunal (em plena consonância com o problema concreto subjacente à pronúncia judicial). Correspondendo, ao cabo e ao resto, a suspensão da execução do acto administrativo a uma suspensão da lei que lhe serve de pressuposto (uma suspensão assimilável à prevista pelo n.º 1 do artigo 100 da *Grundgesetz* para os tribunais), o Autor demonstra, através de exemplos práticos, a situação de impasse em que se encontraria a actividade administrativa se, por cada dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei, se suspendesse (e, por isso, sem que se chegasse a rejeitar) a respectiva aplicação.

³⁹³ Entendendo também que a posição maioritária da doutrina se inclina no sentido de que a Administração pode apreciar a constitucionalidade das leis, v. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 201. Cf. ainda Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 565. Para uma consideração crítica dos argumentos que afastam a competência de fiscalização e perfilhando igualmente a respectiva admissibilidade, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 163 e ss..

Em sentido diverso, parece inclinar-se BLANCO DE MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 232 e s.), que defende não poder a autoridade administrativa formular juízos acerca dos parâmetros que a vinculam e, por conseguinte, juízos relativos à apreciação da constitucionalidade ou legalidade das leis.

No plano do direito comparado, a grande excepção ao reconhecimento da competência de fiscalização administrativa da constitucionalidade das normas surge no direito francês, onde a questão nem sequer é tematizada – o que não sucede por acaso, estando nós no quadro de um ordenamento jurídico que, por tradição (a qual remonta ao artigo 10 do título II da lei de 16-24 de Agosto de 1790, sobre a organização

volvendo-se, por conseguinte, a competência de fiscalização num verdadeiro dever de fiscalização, *in casu*, num dever de verificação da constitucionalidade das normas ou, nas palavras expressivas de Gomes Canotilho³⁹⁴, na “obrigatoriedade de a administração lançar um «olhar preventivo»” sobre as leis. Tal não impede a asserção de que a competência de fiscalização deve concatenar-se com outros imperativos norteadores da conduta da Administração. Assim se compreende a doutrina que associa este problema ao da necessária preocupação com a eficiência: embora o dever de fiscalização decorra do dever, a cargo dos órgãos administrativos, de agir legalmente (*hoc sensu*, em conformidade com o direito), a Administração – que se não encontra numa situação totalmente assimilável à do juiz – deverá confiar na *grande probabilidade* de as leis não serem inconstitucionais (uma vez que foram promulgadas³⁹⁵), reconhecendo-se uma ideia de *favor legis* (o que se não pode confundir com qualquer presunção da constitucionalidade das leis³⁹⁶), com a

judiciária, nos termos do qual “os tribunais não poderão, directa ou indirectamente, interferir no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução de decretos do corpo legislativo, sancionados pelo Rei”), recusa esse poder aos tribunais. Trata-se de uma realidade que, para já, não foi significativamente modificada, mesmo perante a relevantíssima alteração decorrente da revisão constitucional de 23 de Julho de 2008, que, com efeitos a partir de 1 de Março de 2010, veio aditar o artigo 61-1 à *Constitution*, onde se prevê que, quando, num processo pendente em tribunal, se sustentar que uma norma legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o *Conseil Constitutionnel* pode ser instado a decidir a questão, mediante reenvio do *Conseil d’Etat* ou da *Cour de Cassation*. As condições de aplicação deste preceito encontram-se previstas na *Loi Organique* n.º 2009-1523, de 10 de Dezembro de 2009, que estabelece quais as condições a preencher pela designada «questão prioritária de constitucionalidade» (*question prioritaire de constitutionnalité*), bem como a tramitação processual. De qualquer modo, o sistema aqui consagrado (reenvio prejudicial) continua a não reconhecer aos tribunais a competência de fiscalização da constitucionalidade, exigindo que aqueles suspendam a instância até à decisão do *Conseil Constitutionnel*, salvo em situações excepcionais, como quando do processo depende a privação da liberdade de um sujeito, nos casos em que a lei fixe um prazo para a decisão ou em situação de urgência. Sobre esta matéria, cf., por todos, BON, «La Question Prioritaire de Constitutionnalité Après la Loi Organique du 10 décembre 2009», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 25.º ano, Novembro/Dezembro 2009, pp. 1107 e ss., com ampla bibliografia sobre a questão; v. também ROUSSEAU (dir.), *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Lextenso Editions/Gazette du Palais, Paris, 2010, com contributos sobre os problemas práticos emergentes deste mecanismo processual.

³⁹⁴ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 444.

³⁹⁵ CAUPERS (*Os Direitos...*, cit., pp. 156 e s.) erige a promulgação como um momento fulcral que, explicitando a ausência de dúvidas do Presidente da República sobre a constitucionalidade das leis, dificulta um juízo (ou suspeitas) contrário(as) de inconstitucionalidade por parte dos órgãos administrativos. Tal não significa, porém, que esse juízo se encontre impedido.

³⁹⁶ Também OSSENBUHL («Normenkontrolle...»), cit., p. 404) se refere a um *Favor des Gesetzes*, mas liga-o à presunção de constitucionalidade das leis (cf., sobre a posição deste Autor, *supra*, em nota). Nos casos em que o Tribunal Constitucional já emitiu um juízo sobre a inconstitucionalidade da norma legal e proferiu uma decisão negativa, a probabilidade de a lei não ser inconstitucional avoluma-se, acentuando-se também o referido *favor legis* – neste sentido, e embora aludindo à emergência de uma presunção de inconstitucionalidade, v. CAUPERS, *Os Direitos...*, cit., p. 156.

consequência de apenas se afigurar legítimo questionar a constitucionalidade das mesmas quando existir um motivo (argumentos) para tal³⁹⁷.

Uma vez afirmada a competência de fiscalização e entendendo o órgão administrativo que a lei (ou a norma legal) aplicável se encontra ferida de inconstitucionalidade, duas soluções se revelam equacionáveis (para além da resolução do caso concreto pela mediação da norma, não obstante a sua inconstitucionalidade): a suspensão da aplicação da norma ou rejeição dessa aplicação.

A possibilidade de suspensão da aplicação da norma e subsequente representação do problema ao superior hierárquico (sugerida, de início, por Hoffmann³⁹⁸) não pode assumir-se como a solução ideal para as hipóteses em que a Administração se defronta com o problema da inconstitucionalidade das normas legais aplicandas, por se mostrar amiúde inadequada à prossecução do interesse público que pauta o agir administrativo. Em grande parte das situações, a Administração encontra-se perante a necessidade de tomar

³⁹⁷ Assim, BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 16 e ss.. Aliás, salienta este Autor, quanto mais elevada for a posição hierárquica do órgão administrativo em causa e, por conseguinte, quanto mais aprofundados se revelarem os seus conhecimentos jurídicos, maior força assumirá este dever (*Op. cit.*, p. 18). Em sentido próximo, embora já no quadro de uma argumentação tendente ao reconhecimento (limitado) da competência de rejeição, v. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 204.

³⁹⁸ HOFFMANN, «Die Verwaltung...», cit., pp. 201 e s., 203. Este Autor propõe que o órgão administrativo, em caso de dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei, deva suspender a aplicação desta e colocar a questão perante o superior hierárquico, com o que fica cumprido o dever de respeito pela Constituição e a vinculação constitucional da Administração. Se o imediato superior hierárquico partilhar das dúvidas do primeiro órgão, exercerá o dever de representação junto do seu superior hierárquico, assim acontecendo sucessivamente até a questão chegar ao respectivo ministro. Este último estará em condições de apresentar o problema ao Governo para discussão; subsistindo neste órgão dúvidas sobre a constitucionalidade da lei, desencadeará o processo de fiscalização abstracta contemplado no artigo 93, n.º 1, alínea 2), da *Grundgesetz*. Trata-se de uma solução transponível, no que tange à Administração estadual directa e com algumas adaptações, para o direito português, visto que, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição, detém o Primeiro-Ministro a legitimidade processual activa para desencadear o processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade.

Neste sentido, SCHAAR («Die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei Verfassungsrechtlich Zweifelhafteu Steuergesetzen», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 19, ano 13.º, Maio 1960, p. 852) defende que, ao contrário do que sucede com a rejeição de normas legais, somente a sua suspensão (à semelhança da suspensão do procedimento administrativo com fundamento em dúvidas quanto à lei aplicável) não faz perigar a divisão de funções entre a Administração e os tribunais.

A articulação entre a suspensão e o processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade encontra acolhimento também na doutrina de IPSEN («Vorwirkungen Verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidung», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 51, ano 31.º, Dezembro 1978, pp. 2570 e ss.), que admite a suspensão do procedimento e a correspondente não aplicação da lei (também nos casos em que contra ela estivesse pendente no Tribunal Constitucional um processo de fiscalização da constitucionalidade), equacionando, a este propósito, o problema da existência de uma «pré-vinculação» (*Vorwirkung*) das decisões daquela Alta Instância. Cf. também WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 389, que se referem, neste domínio, à existência de uma competência de suspensão (*Aussetzungskompetenz*), sempre que tal se revele possível e necessário para evitar danos irreparáveis.

Entre nós, a suspensão da aplicação da norma legal ferida de inconstitucionalidade foi defendida por Martins CLARO, *Introdução ao Estudo do Princípio da Igualdade em Direito Constitucional*, polic., Lisboa, 1983, pp. 129 e ss. (citado por Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 247, n. 568).

decisões que se não compadecem com a demora resultante da suspensão da aplicação de uma lei que se considera inconstitucional e a simultânea suspensão do procedimento tendente à adopção da decisão. Como cabalmente exemplifica Bachof³⁹⁹, *quid iuris* se a repressão da desordem depender do uso de armas de fogo prevista numa lei relativamente à qual o órgão administrativo tem dúvidas quanto à sua constitucionalidade? E não se argumente que a suspensão da aplicação da lei constitui uma solução menos onerosa relativamente à respectiva rejeição, não deixando de se assumir como uma rejeição camuflada⁴⁰⁰: uma suspensão duradoura afecta da mesma forma a execução da lei pela Administração que a sua não aplicação no caso concreto. Como salienta Maurer⁴⁰¹, nesta hipótese, a Administração encontra-se no meio de um inelutável conflito – uma verdadeira encruzilhada entre a Constituição e a lei e, para resolver o caso, terá necessariamente de optar por uma delas: e por que não justificar a rejeição pelo dever de obediência à «lei mais forte» (*Pflicht zum vorrangigen Gehorsam gegenüber dem stärkeren Gesetz*⁴⁰²), *in casu*, a Constituição? Além disso, e a admitir-se a possibilidade de suspensão da aplicação de uma lei com fundamento em dúvidas sobre a respectiva constitucionalidade, não seria de admitir, por maioria de razão, a suspensão da lei com fundamento no facto de estar pendente de apreciação pelo Tribunal Constitucional um processo de fiscalização de constitucionalidade⁴⁰³?

Para lá dos especiais problemas emergentes nos sistemas jurídico-constitucionais que conhecem a figura do Tribunal Constitucional, a discussão sobre a actuação a adoptar pelo órgão administrativo quando depare com uma norma legal inconstitucional (aplicar a norma ou rejeitá-la) polariza-se essencialmente em torno de três princípios: o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade (*stricto sensu*) da Administração – a

³⁹⁹ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 10 [morosidade tanto mais preocupante quanto os processos de fiscalização abstracta desencadeados ao abrigo do artigo 93, n.º 1, alínea 2), podem demorar anos (*Op. cit.*, p. 11)]. Além da citada crítica reclamada pelas decisões urgentes, o Autor acentua ainda que a suspensão não resolve todas as dificuldades: pense-se, *v. g.*, na hipótese de a lei arguida de inconstitucionalidade revogar outra lei, o que levará o órgão a, não aplicando nem uma nem outra, suspender a actuação administrativa.

⁴⁰⁰ BACHOF («Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 11) refere-se a uma «perigosa camuflagem de uma rejeição» (*gefährliche Verschleierung einer Verwerfung*). Entendendo igualmente a suspensão como uma mera solução parcial para o problema, cf. OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 397, n. 6. Entre nós, recusando a suspensão, *v.* Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 247 e s.; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 203 e ss..

⁴⁰¹ MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 91.

⁴⁰² BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 20.

⁴⁰³ Neste sentido, Gomes CANOTILHO, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/94 – Processo n.º 530/92», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3841 e 3842, ano 127.º, Agosto/Setembro 1995, pp. 151 e s..

inclinarem a balança para o não reconhecimento aos órgãos administrativos da competência de desaplicação –, e o princípio da constitucionalidade da acção administrativa – a apontar para uma competência administrativa de rejeição.

Acentuámos *supra* que o sentido actual do princípio da legalidade, longe de apelar para uma obediência cega à lei, corresponde a uma obediência a todo o sistema jurídico⁴⁰⁴ e, portanto, também às disposições constitucionais (como resulta, aliás, do n.º 2 do artigo 266.º da CRP, quando determina que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei”),volvendo-se num autêntico princípio da juridicidade, a postular uma obediência a todo o direito e, portanto, impreterivelmente também à Constituição: “o direito constitucional e o mero direito legal não se apresentam como dois níveis normativos separados, mas ambas as camadas normativas se relacionam uma com a outra e estão estreitamente ligadas. O direito legal é concebido, interpretado e realizado tendo a Constituição como pano de fundo”⁴⁰⁵; ou, se quisermos invocar as palavras (quase proclamatórias) do *Conseil Constitutionnel*, numa reacção contra a concepção revolucionária da lei como a fonte inicial em todas as matérias, “a lei votada (...) só exprime a vontade geral no respeito pela Constituição”⁴⁰⁶.

A par desta vinculação (geral) administrativa pela Constituição, assume ainda significado determinante a (especial) vinculação directa da Administração aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1)⁴⁰⁷. A vinculação das entidades públicas pelos direitos liberdades e garantias colocá-las-ia, para alguma doutrina, numa situação

⁴⁰⁴ Daí que os opositores e os defensores da admissibilidade de um controlo administrativo da constitucionalidade das leis oscilem entre a invocação da vinculação administrativa à lei (*Gesetzesgebundenheit*) e da vinculação administrativa ao direito (*Rechtsgebundenheit*) – cf. IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., p. 76. Atente-se, v. g., na posição de WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 389, que defendem não possuir a Administração uma competência de não aplicação por a mesma se revelar contrária ao princípio da vinculação à lei, plasmado no artigo 20, n.ºs 2 e 3, da *Grundgesetz* – a indiciar um entendimento estrito do princípio da legalidade (e sem prejuízo de o referido n.º 3 do artigo 20 consagrar igualmente uma vinculação ao direito).

⁴⁰⁵ OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 396. É a simbiose entre legalidade, constitucionalidade e juridicidade que também não permite afirmações absolutas segundo as quais enquanto a vinculação da Constituição se dirige somente ao legislador, encontrando-se a Administração sempre vinculada (apenas) à lei – cf. SCHWERDTFEGGER, *Öffentliches Recht...*, cit., p. 309.

⁴⁰⁶ Cf. *Décision* 85-197 DC, 25.08.1985.

⁴⁰⁷ A tutela dos direitos, liberdades e garantias dos administrados permite ainda sublinhar que a não admissibilidade da competência de rejeição, ao obrigar a Administração a aplicar leis inconstitucionais, inviabilizará qualquer forma de tutela (administrativa) *ex ante* daqueles direitos: como salienta RUI MEDEIROS (*A Decisão...*, cit., p. 206), sendo a questão de inconstitucionalidade susceptível apenas de apreciação judicial, “multiplicar-se-ia inutilmente o esforço dos tribunais em situações em que a Administração estaria disposta a satisfazer o pedido, promover-se-ia a consumação de inconstitucionalidades (...) e os interessados (...) teriam de percorrer um longo processo jurisdicional até verem reconhecidos os seus direitos pelos tribunais”.

semelhante à dos particulares: podendo estes recusar obediência a leis inconstitucionais por violação de direitos, liberdades e garantias (recorrendo até ao direito de resistência, numa situação de *ultima ratio* de defesa), dificilmente se compreenderia que tais leis possuíssem, sob qualquer circunstância, força obrigatória para os órgãos administrativos encarregados de as aplicar⁴⁰⁸ – tendo em conta que os actos administrativos atentatórios do conteúdo essencial de um direito fundamental padecem de nulidade, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA.

Por outro lado, e actuando no mesmo sentido, a Constituição é compreendida como a norma superior do ordenamento jurídico, dando corpo ao princípio da constitucionalidade – dimensão do princípio do Estado de direito –, que torna inconstitucionais quaisquer actos normativos violadores da Lei Fundamental. O problema da rejeição de normas legais pela Administração com fundamento em inconstitucionalidade não coloca, pois, o órgão administrativo numa autêntica encruzilhada em que deva optar por seguir o princípio da constitucionalidade ou o princípio da legalidade (ambos unidos no quadro do princípio da juridicidade)⁴⁰⁹, mas – o que é diferente – obriga a pensar na solução para o problema de escolher qual a norma a aplicar no caso concreto: a norma constitucional ou a norma legal⁴¹⁰.

Como consequência destes dois princípios (princípio da constitucionalidade e da legalidade), o direito alemão consagra um princípio de responsabilidade da Administração pela legalidade da sua conduta: tal como decorria do n.º 1 do §38 da

⁴⁰⁸ *V.*, por exemplo, Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., p. 497, fazendo decorrer esta consequência da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais. Cf., porém, Maria da Assunção ESTEVES, *A Constitucionalização...*, cit., pp. 244 e s..

⁴⁰⁹ Sem prejuízo de toda a doutrina nacional que acentua a mutação do sentido tradicional do princípio da legalidade da Administração, cumpre salientar que, já em 1967, Jorge MIRANDA (*Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 79) chamava a atenção para a semelhança entre a natureza íntima do princípio da constitucionalidade e do princípio da legalidade: “são, realmente, dois princípios que apontam ambos para a eficácia e a validade das normas e que, assim orientados, se completam: submissão à Constituição, submissão à lei, aplicação da Constituição, aplicação da lei, vigência do direito”.

⁴¹⁰ Se, quanto ao modo como se perfilam os princípios da constitucionalidade e da legalidade da Administração, nos distanciamos um pouco da posição de Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., p. 202), não deixamos de concordar com este nosso Professor quando refere que esta questão não respeita ao problema de saber qual o direito prevaLENTE (o direito constitucional ou o direito legal), mas quem pode (qual o órgão legitimado para) fazer um juízo sobre a constitucionalidade do direito legal e, acrescentamos (na senda do pensamento do Autor), retirar daí as respectivas consequências jurídicas.

Também Paulo OTERO (*Conceito...*, cit., p. 181, n. 314, e *O Poder...*, cit., p. 535) se refere a um possível conflito entre o princípio da vinculação da Administração aos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais e o princípio da subordinação da Administração à lei, mas considera-o resolvido (pelo menos, no que tange à matéria dos direitos, liberdades e garantias) pelo n.º 1 do artigo 18.º da Constituição, na medida em que este preceito vincula a Administração à aplicabilidade directa das normas sobre direitos, liberdades e garantias, implicando, enquanto tal, um reforço do princípio da constitucionalidade.

Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) e do n.º 1 do §56 da *Bundesbeamtenengesetz* (BBG) e hoje resulta do n.º 1 do § 63 da *Bundesbeamtenengesetz* de 2009 (BBG 2009), o órgão assume a total responsabilidade pessoal pela juridicidade (*Rechtmäßigkeit*) da sua conduta funcional⁴¹¹, sendo que essa juridicidade se aprecia não apenas em função da observância da lei, mas também do respeito pela Constituição⁴¹². Também o direito português actual parece indiciar a existência de um princípio idêntico⁴¹³, ao estabelecer a ligação do pressuposto da ilicitude à violação de normas, *in casu*, da norma prevalecente (artigo 9.º, n.º 1, primeira parte, do RRCEE), sem prejuízo, naturalmente, da necessária associação dessa violação à ofensa de posições jurídicas substantivas de terceiros (artigo 9.º, n.º 1, *in fine*)⁴¹⁴. Por outro lado, e olhando para a outra face da questão, também os órgãos

⁴¹¹ Nesta medida, exigem aqueles preceitos que, verificando-se a existência de dúvidas contra a legalidade de uma instrução, o órgão deve imediatamente representá-la perante o seu superior hierárquico que, quando a confirme, obriga ao cumprimento da instrução e exonera o órgão inferior daquela responsabilidade pessoal; tal apenas não sucede nos casos em que o comportamento ilegal conduza à prática de um crime ou de uma contra-ordenação, susceptíveis de serem por ele conhecidas, ou atente contra a dignidade da pessoa humana (cf. §38, n.º 2, BRRG, e §56 n.º 2, BBG, e §63, n.º 2, BBG 2009).

⁴¹² Cf., por todos, HOFFMANN, «Die Verwaltung...», cit., p. 200. V. Ainda BACHOF («Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 42), que encontra na responsabilidade da Administração pela legalidade da respectiva actuação um arrimo para suportar a sua tese da admissibilidade da competência de rejeição limitada. Para uma crítica à posição de BACHOF, cf. OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 407, que defende, nos casos de inconstitucionalidade da lei, que as consequências desta última não de emergir não da actuação administrativa que aplique a lei, mas do legislador que a emanou.

V., em Itália, admitindo desaplicação de normas por força da responsabilidade inerente à aplicação de leis ilegítimas, SANDULLI, *Manuale...*, vol. 1, cit., p. 95.

⁴¹³ Concordamos com A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., pp. 313 e s., na senda de OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 408) que a responsabilidade da Administração pela legalidade da sua conduta não constitui o argumento decisivo para o problema da competência administrativa de rejeição de normas legais inconstitucionais. O Autor conclui, por isso, que tal responsabilidade só existirá quando existir competência de desaplicação: “é a competência que delimita a responsabilidade e não o contrário” (*Op. cit.*, p. 314).

Por outro lado, e mesmo para o sector doutrinal que não admite, por princípio, a rejeição de leis inconstitucionais pela Administração (e, nessa medida, afirma um dever de aplicação de leis inconstitucionais), torna-se inegável que a não aplicação de normas legais pelos órgãos administrativos com fundamento na sua inconstitucionalidade não os faz incorrer em responsabilidade civil, uma vez que a natureza retroactiva do juízo de inconstitucionalidade “apaga a ilicitude” – nestes termos, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 165.

Sobre a responsabilidade emergente da aplicação indevida de leis inconstitucionais, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 448 e ss..

⁴¹⁴ Incluindo, não obstante o teor literal equívoco do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967 (já revogado), no pressuposto da ilicitude a antijuridicidade e a ofensa de posições jurídicas substantivas, cf., por todos, Gomes CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de Dezembro de 1989», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3816, ano 125.º, Julho 1992, p. 84, Autor para quem não só a violação de normas procedimentais apenas originará responsabilidade por factos ilícitos se aquelas tiverem alguma refração na posição jurídico-material do interessado, como, sobretudo, a violação de normas de direito material “não postula obrigatoriamente o desencadeamento dos esquemas de responsabilidade extracontratual se não existir uma «conexão de ilicitude» (...) entre a norma e o princípio violado e a posição juridicamente protegida do particular”. V. também Margarida CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, *Studia Iuridica* 52, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra

administrativos incorrerão em responsabilidade civil pelos danos emergentes da não aplicação de uma lei erroneamente considerada inconstitucional, refutando o «argumento *ad terrorem* da anarquia administrativa», antagónico ao princípio da segurança jurídica, amiúde convocado para negar a possibilidade de desaplicação de normas legais pela Administração⁴¹⁵.

Numa palavra, se a consideração isolada do princípio da legalidade e do princípio da constitucionalidade (aliados no seio do princípio da juridicidade) não se revela suficiente para a solução deste problema, permite desde já uma conclusão no sentido de que não se pode declinar, *in limine* e em qualquer circunstância, o reconhecimento de uma competência de rejeição.

A invocação do princípio da separação de poderes como fundamento contra a rejeição da norma pelo órgão administrativo oferece duas vias argumentativas. Por um lado, estaria a Administração a usurpar o poder judicial, porquanto constitui uma competência constitucionalmente atribuída aos tribunais (em especial, ao Tribunal Constitucional) o controlo da constitucionalidade das leis⁴¹⁶ – o que, no limite (e, sobretudo, em ordens jurídicas que não conhecem a *judicial review*, como é o caso alemão), conduziria a uma conclusão no sentido de que a lei gozaria de uma presunção de constitucionalidade que apenas pode ser ilidida por uma decisão do Tribunal Constitucional⁴¹⁷. Por outro lado, na mesma direcção aponta a consideração de que cabe ao

Editora, Coimbra, 2000, pp. 70 e ss. (em especial, pp. 71, 79 e s.). Repare-se que a equivocidade da formulação legal havia levado Marcello CAETANO (*Manual...*, vol. II, cit., p. 1225) a entender, no que tange à responsabilidade emergente de actos administrativos inválidos, que “a ilicitude coincide com a ilegalidade do acto e apura-se nos termos gerais em que se analisam os respectivos vícios”.

⁴¹⁵ Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 216 (onde considera a assunção da responsabilidade pelos juízos erróneos sobre a inconstitucionalidade da lei determinante para evitar o alastramento de decisões administrativas levianas tendentes à rejeição de normas legais pretensamente inconstitucionais), e, sobre o argumento *ad terrorem*, pp. 265 e ss.. Sobre a responsabilidade decorrente da desaplicação indevida de normas legais, v. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 457 e ss..

⁴¹⁶ Cf., sobre este argumento, OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 393. Entre nós, v. F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., pp. 439 e s.; Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., p. 413.

⁴¹⁷ Nestes termos, OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 402 e 404. A inexistência de um sistema de *judicial review* leva este Autor a conceber o Tribunal Constitucional como o (único) «guardião da Constituição», pelo que qualquer decisão da Administração que determinasse a não aplicação de uma norma legal com fundamento em inconstitucionalidade representaria uma antecipação do juízo daquele órgão jurisdicional, antecipação essa inadmissível, porquanto se tornaria uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade de uma lei, transferindo-se temporariamente a competência de interpretação da Constituição do Tribunal Constitucional para a Administração (*Op. cit.*, p. 405). Sobre os problemas que esta teoria cria, inclusivamente no âmbito do direito alemão, por conduzir a uma deslocação e concentração do controlo normativo dentro do poder judicial para o Tribunal Constitucional, v. MICHEL, «Normenkontrolle...», cit., p. 843. Aliás, no horizonte do nosso sistema jurídico, aquela posição não se revelaria consentânea com o disposto na Constituição: apenas se poderia afirmar (como faz, por exemplo, F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., p. 440; cf., em termos próximos, CAUPERS, *Os Direitos...*, cit., p. 157) que

Parlamento o controlo do Executivo e não o contrário⁴¹⁸. Além disso, constituindo a função administrativa uma função de segundo grau (em confronto com a função legislativa), não podem as dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei pôr em causa a aplicação desta última⁴¹⁹. Não se omite, porém, que a concepção do problema da óptica do princípio da separação de poderes comporta alguns cuidados. Por este motivo, já Bachof⁴²⁰ se interrogava sobre o relevo real deste princípio, isoladamente considerado, para a solução do problema da desaplicação pelos órgãos administrativos de normas legais com fundamento em inconstitucionalidade: a admissibilidade da desaplicação de leis pela Administração não se prenderá sobretudo com a forma como a Constituição constrói o equilíbrio (e a interdependência) de poderes no quadro do princípio da separação de poderes, sendo certo que, em abstracto, este apenas proíbe a concentração e o abuso do poder, determinando a atribuição de funções diferentes a órgãos diferentes e garantindo, em simultâneo, um controlo recíproco⁴²¹?

Não se julgue, porém, que o princípio da separação de poderes, ao favorecer a inadmissibilidade da recusa de aplicação de normas legais inconstitucionais pela Administração, deixa o problema sem solução. Como resulta da análise das posições perfilhadas pelos Autores que negam a competência administrativa de rejeição e erigem um dever constitucional de aplicação das leis, a dilucidação da questão poderá passar pela afirmação de um dever de representação hierárquica, acompanhado do desencadear de um processo de controlo abstracto da constitucionalidade⁴²².

Actualmente, a doutrina inclina-se para posições moderadas, que admitem a desaplicação das normas legais inconstitucionais, mas sempre sob determinado circunstancialismo, sem perder de vista que qualquer juízo administrativo sobre a constitucionalidade das leis se revela sempre susceptível de revisão e repetição judicial,

apenas os tribunais têm competência para recusar a aplicação de uma norma legal com fundamento em inconstitucionalidade – a eventual presunção de inconstitucionalidade, acrescentaríamos, só seria ilidida por uma decisão judicial.

⁴¹⁸ Neste sentido, entendendo que o reconhecimento de um poder administrativo de controlo inverte a relação entre as funções legislativa e administrativa, cf. Salis GOMES, «Produção...», cit., p. 397.

⁴¹⁹ V. também OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 393 e 405.

⁴²⁰ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz», cit., pp. 14 e s., que, por conseguinte, entende ser esta uma questão apenas resolúvel no âmbito de cada ordenamento jurídico-constitucional, dependendo da forma como o equilíbrio de poderes se encontra arquitectado por uma Constituição concreta.

⁴²¹ Cf. também MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 158 e s..

⁴²² V. OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 410.

atento o princípio da tutela jurisdicional efectiva, a implicar a submissão aos tribunais de qualquer actuação administrativa lesiva de direitos e interesses legalmente protegidos⁴²³.

Convém, todavia, acentuar que o problema da rejeição de leis inconstitucionais pela Administração não se pode formular exactamente nos mesmos termos em que sucede quanto à desaplicação de normas legais pelos tribunais⁴²⁴, dada a diferença entre administrador e juiz⁴²⁵, este último profissional e funcionalmente vinculado à interpretação da lei e à realização do direito⁴²⁶. Não se compadecendo a função jurisdicional com um

⁴²³ É interessante a posição manifestada por RUI MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 217 e 254 e ss. (264 e s.). O Autor descreve a possibilidade de, no horizonte da Justiça Administrativa, se adoptar uma regra de conteúdo análogo ao constante dos n.ºs 3 e 5 do artigo 280.º da Constituição (cf. também artigo 72.º, n.º 3, da LTC), prevendo o dever do Ministério Público de interpor recurso contencioso (hoje, de intentar uma acção administrativa especial) de actos administrativos que hajam recusado a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que tenham aplicado uma norma já julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

⁴²⁴ Assim também BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 22 e s. Cf. ainda Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 296, e tomo VI, cit., p. 198; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., p. 330, anotação XV.

⁴²⁵ A acentuação desta diferença assume especial relevância no espaço alemão, em virtude do disposto no n.º 1 artigo 100 da *Grundgesetz*: “se um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, suspende o processo e submete a questão à decisão do tribunal estadual (do *Land*) competente em assuntos constitucionais, se se tratar da violação da Constituição de um Estado (*Land*), ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), se se tratar de violação desta Lei Fundamental”. O problema da competência de rejeição da Administração face a leis inconstitucionais tem encontrado na citada norma da Constituição algum apoio, quer para os que se mostram favoráveis ao reconhecimento da *Verwerfungskompetenz* (precisamente por não existir uma norma similar à do artigo 100, que obriga os tribunais a suspender o processo e submeter a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional), quer para os que a recusam (fundamentando-se no argumento *a fortiori*: se a desaplicação está vedada aos tribunais – que devem suspender a decisão –, por maioria de razão, a mesma proibição se estenderá aos órgãos administrativos. Cf., *v. g.*, sobre os diversos argumentos esgrimidos a propósito do artigo 100, BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 26 e ss., e, recuperando a mesma posição, «Normenkontrolle...», cit., p. 661; numa perspectiva sintética OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 401 e s..

⁴²⁶ A consideração da diferença administrador/juiz para este efeito pode suscitar problemas quando estejam em causa os poderes jurisdicionais (ou parajurisdicionais) conferidos a certas entidades administrativas, em geral, às entidades/órgãos independentes, em especial, às autoridades reguladoras. Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 218 e ss.; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 350 e ss. *V.* também Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 231 e ss. (que entende como excepcionalmente admissível o reconhecimento do poder de rejeição pela autoridade administrativa sempre que esta se encontre no exercício de poderes parajurisdicionais, *i. e.*, sempre que a desaplicação da norma legal ocorra no quadro da prática de um acto administrativo parajurisdicional (pp. 261 e 265). Sobre o problema do exercício de funções materialmente jurisdicionais pela Administração, cf. Joaquim Pedro Cardoso da COSTA, *O Princípio...*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 35 e ss. (especialmente relevante para a temática que nos ocupa é a defesa, empreendida pelo Autor, de que a devolução de uma competência decisória à Administração nos casos de fronteira entre a função administrativa e a função judicial é admissível, desde que se assegure a revisão jurisdicional plena dessa actuação – cf. *Op. cit.*, pp. 36, 91 e 93; assim, a defesa de qualquer competência de rejeição de leis inconstitucionais nesta matéria não pretendia precluir as possibilidades de controlo dessa rejeição pelos tribunais administrativos).

A estes poderes parajurisdicionais também são assimiláveis os já tradicionais poderes sancionatórios da Administração. Era esta a opinião anteriormente perfilhada por Jorge MIRANDA [*Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3.ª ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 432], em princípio contrário ao reconhecimento aos órgãos administrativos de uma competência de rejeição de leis constitucionais, mas que admitia, nos casos em que a Administração fosse chamada a proferir decisões baseadas em critérios de justiça

non liquet, a nossa Constituição resolveu o problema, determinando o poder-dever do juiz de não aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 204.º). Sem que isto signifique, como resulta já das considerações precedentes, que somente os tribunais têm acesso directo à Constituição – o que, no limite, levaria à rejeição da competência de fiscalização –, impõe especiais cautelas quanto ao reconhecimento de um irrestrito poder administrativo de rejeição. O que não poderá nunca significar é o sufrágio do monopólio no acesso ao direito por parte de quaisquer órgãos do Estado (em especial, pelos magistrados), contra os quais se rebelava Barbosa de Melo⁴²⁷, mas, pelo contrário, a defesa, com este nosso Professor, da inexistência de «oráculos da coisa jurídica» (cumprindo a todos a «função jurídica»), ou, com Häberle, de uma «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição»⁴²⁸. Daí a conveniência do afastamento, por princípio, de posições, como, *v. g.*, a propugnada por Ossenhühl⁴²⁹, que, à força de invocar a competência do Tribunal Constitucional para o controlo da constitucionalidade das leis, acaba a defender a necessidade de salvaguardar o monopólio daquele órgão nesta matéria, concluindo que os únicos casos especiais em que admite a *Verwerfungskompetenz* são aqueles que conduzem ao reforço e ao respeito da posição do *Bundesverfassungsgericht* – corroborando as posições que advogam uma «aristocracia do saber jurídico-constitucional», materializada no Tribunal Constitucional^{430 431}. Por seu lado, o artigo 204.º da Constituição também não se revela decisivo a este propósito: o facto de o preceito apenas aludir à possibilidade (*rectius*, ao dever) de os tribunais, nos feitos submetidos a julgamento, não aplicarem normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados não preclui que os órgãos administrativos também

material (*v. g.*, apreciação de queixas e reclamações de particulares, graduação da pena em processo disciplinar, classificação de alunos em exames e candidatos em concursos), os órgãos pudessem afastar uma norma legal com fundamento na sua inconstitucionalidade. Cf. ainda hoje Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., p. 330, anotação XV.

⁴²⁷ V. Barbosa de MELO, *Sobre o Problema...*, cit., p. 7.

⁴²⁸ Trata-se do conhecido título da obra de HÄBERLE, «Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», in: *Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlim, 1978, pp. 155 e ss. (esp.^{ic} pp. 160, 162, salientando o Autor que o juiz constitucional não está sozinho na tarefa de interpretação da Constituição – p. 172), também recuperado a este propósito por Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 178, sem significar, como salienta este Autor (*Op. cit.*, p. 179), uma aceitação integral da concepção haberliana. Sobre o «pluralismo de intérpretes», com alguma contenção, cf. também Gomes CANOTILHO, «Direito...», cit., pp. 35 e s.

⁴²⁹ OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 410.

⁴³⁰ Paráfrase à expressão de MODUGNO, *apud* Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 177.

⁴³¹ Cf., todavia, a posição do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 24/85, de 6 de Fevereiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 5.º, 1985, p. 357 («à Administração é proibido desobedecer à lei por inconstitucionalidade, desde logo porque tal controlo cabe unicamente aos tribunais, difusamente, e ao Tribunal Constitucional, centralizadamente»). V. também Salis GOMES, «Produção...», cit., p. 397.

possam (ou devam) afastar normas (legais) inconstitucionais no exercício da tarefa – que também é sua – de realização do direito no caso concreto⁴³². E admitir isto não significa, como já assinalámos, propugnar uma qualquer substituição do controlo judicial da constitucionalidade das leis por um controlo administrativo, porquanto terão sempre os tribunais a última palavra quanto à questão da inconstitucionalidade, dada a sujeição à Justiça Administrativa de todas as actuações da Administração Pública, em virtude do princípio (*rectius*, do direito fundamental de natureza análoga) da tutela jurisdicional efectiva. Só que – e aqui reside o limite do reconhecimento de qualquer competência administrativa de rejeição –, perante a impossibilidade de alcançar uma certeza (argumentativamente fundada) quanto à inconstitucionalidade da norma legal aplicanda, o órgão administrativo deverá, por força do princípio da legalidade *stricto sensu*, resolver o caso pela mediação da norma em causa⁴³³.

Não se estranhará, por conseguinte, a preferência por soluções de equilíbrio que não se inclinem nem para a admissibilidade incondicional da competência de rejeição, nem para uma recusa extrema da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração.

Só será de equacionar uma possibilidade de rejeição quando exista uma convicção (e não meras dúvidas) argumentativa e juridicamente fundada da inconstitucionalidade das leis. Trata-se de uma convicção apenas alcançável se ancorada num adequado exercício do dever de fiscalização e fundamentada numa análise cuidada dos diversos argumentos que militam contra a inconstitucionalidade – o que se tornará comprovável na fundamentação da decisão⁴³⁴. Provavelmente, quanto mais elevada for a posição do órgão, maior será o grau de certeza quanto à conclusão no sentido da inconstitucionalidade, razão que leva alguma doutrina a reservar a competência de rejeição para os órgãos superiores da Administração⁴³⁵, sem prejuízo do dever dos subalternos de apreciar a constitucionalidade das leis, nem que seja para efeitos do exercício do direito de representação⁴³⁶.

⁴³² Defendendo já a inadmissibilidade de interpretação *a contrario* do artigo 204.º, cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 210 e ss..

⁴³³ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 20.

⁴³⁴ Sobre o problema do grau de convicção (*Überzeugung*) do órgão administrativo, BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 21 e s., e 45, que seguimos. Entre nós, em sentido próximo, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 204.

⁴³⁵ Assim, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 204. Recusando a competência de desaplicação pelos subalternos (ressalvadas algumas excepções, como nos casos de inconstitucionalidade superveniente ou de leis inexistentes), cf. a argumentação de Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 239 e ss., desenvolvida a partir do n.º 2 do artigo 271.º da Constituição. Cf., *supra*, em nota, a posição de BACHOF quanto à maior responsabilidade dos órgãos superiores no exercício da competência de fiscalização.

⁴³⁶ V. também Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 237.

Uma outra das condições exigíveis para a rejeição pode cifrar-se na «teoria da evidência», admitindo-se a rejeição sempre que a violação da Constituição se revelar elementar, ostensiva ou evidente e grave⁴³⁷ ou, no caso de violação de direitos fundamentais, quando a lei atente contra direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio (cf. artigo 19.º, n.º 6)⁴³⁸. A verificação de uma inconstitucionalidade evidente, aliada, por vezes, a uma teoria da gravidade dos vícios (conducentes, em alguns casos, à inexistência da lei – pense-se, entre nós, na falta de promulgação ou referenda) tem inclusivamente persuadido a doutrina mais renitente à admissibilidade de uma competência administrativa da rejeição, podendo a esta hipótese assimilar-se as situações ainda mais graves em que se está perante uma «não-lei» (*Nicht-Gesetz*)⁴³⁹ ou de uma «lei injusta»⁴⁴⁰. Mas, note-se, restringir a possibilidade de rejeição às leis claramente inconstitucionais não solucionará sempre todos os problemas, dado que estas situações também não serão muito frequentes; inserir-se-á, contudo, nestas hipóteses, sem prejuízo de uma análise casuística de pendor interpretativo, a lei que contenha uma norma igual ou semelhante a outra que, incluída numa lei já sujeita ao juízo do Tribunal Constitucional, este último haja considerado inconstitucional⁴⁴¹. A esta ideia de evidência poderá, contudo, conferir-se um

⁴³⁷ Neste sentido, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 50, e *Os Direitos...*, cit., pp. 216 e s.; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», p. 330, anotação XV; Maria da Glória GARCIA/António CORTÊS, «Artigo 266.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 565, anotação IV (exigindo que “a inconstitucionalidade seja, nas circunstâncias, razoavelmente evidente”); Casalta NABAIS, «Os Direitos na Constituição Portuguesa», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 400, Novembro 1990, p. 23; Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 535 e s.; Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 166 e ss.. Diversamente, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 228 e ss. (cf. também p. 252); Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., p. 498.

Trata-se de posição por vezes seguida pela própria Administração – cf., v. g., a Deliberação n.º 199/2002, de 3 de Dezembro, da *Comissão Nacional de Protecção de Dados*, que entende não poder desaplicar uma lei inconstitucional, por não se tratar de “uma situação de inconstitucionalidade «clara», «manifesta» e «rotunda», que coloque em causa o direito à vida ou que fundamente o direito de resistência dos particulares”.

⁴³⁸ Assim, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 444; Jorge MIRANDA, *Manual...*, cit., tomo IV, cit., p. 297; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 330 e s., anotação XV.

⁴³⁹ V. OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 408 e s. (ainda que o Autor distinga entre as hipóteses em que a Administração está diante de uma «não-lei» ou de uma lei claramente inconstitucional, em ambos os casos para admitir excepcionalmente a competência de rejeição). Já KELSEN («La Garantie...», cit., p. 216) chamava a atenção para o facto de as autoridades públicas não deverem considerar como lei todos os actos normativos que como tal se intitulassem, aludindo às «pseudo-leis», às quais aqueles não deviam obediência. Cf. ainda Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 444; Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 563 (v. também, na mesma p., n. 139).

⁴⁴⁰ Cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 991.

⁴⁴¹ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 24 e s., e OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 409. V. também Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 297, e Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., p. 330, anotação XV, onde encontramos uma referência às hipóteses de desaplicação administrativa quer de uma norma relativamente à qual o Tribunal Constitucional, em fiscalização preventiva, se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade, mas que, por

sentido mais forte, associando-a às hipóteses em que a aplicação da lei inconstitucional implique a prática de um crime⁴⁴² – o que se revelará facilmente detectável quando a norma atentar simultaneamente contra direitos fundamentais⁴⁴³ (pense-se, v. g., numa lei que permitisse aos órgãos policiais a tortura de suspeitos pela prática de crimes relacionados com o terrorismo, contra o disposto no n.º 2 do artigo 25.º da Constituição). Não constituindo um critério decisivo, a teoria da evidência pode representar um importante auxílio no sentido de refutar a acentuada probabilidade de a lei não ser inconstitucional.

A opção por uma visão moderada alicerça-se fundamentalmente na invocação do princípio da proporcionalidade, exigindo-se ao órgão administrativo uma «tarefa de concordância prática», um juízo prudencial de ponderação, no caso concreto, entre as vantagens e as desvantagens da desaplicação (um juízo de ponderação de riscos ao jeito de Bachof), optando pela solução que se revele menos onerosa para os interesses (públicos e particulares) em presença. Trata-se, aliás, de uma posição consonante quer com os juízos típicos da função administrativa, quer com a especificidade do exercício deste poder, sempre funcionalmente orientado para a consideração dos resultados da sua actuação. O recurso ao princípio da proporcionalidade permitirá ainda, nos casos em que se não exija uma urgência na decisão e a inconstitucionalidade não seja evidente (e, nessa medida, as

ter sido confirmada, entrou em vigor (v. também tomo III, p. 565, anotação IV ao artigo 266.º; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 367), quer de uma norma que, sem revisão constitucional, reproduz uma outra já declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Para além destes dois casos, parece-nos igualmente razoável permitir aos órgãos administrativos a rejeição de normas já julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, em fiscalização concreta (A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 369 e ss. admite esta solução, mas exige uma consolidação jurisprudencial no sentido da inconstitucionalidade).

⁴⁴² Em sentido próximo (mas não contextualizando no quadro da «teoria da evidência»), Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º, e Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 444, em ambos os casos a defender a prevalência das normas constitucionais sobre o princípio da legalidade quando a observância deste conduzir à prática de um crime; cf. também A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 361 e ss..

Não ignoramos as dificuldades que esta asserção pode, na prática, acarretar, quando a norma inconstitucional (constante de uma lei da Assembleia da República) for contrária a uma norma do Código Penal (por aquela autorizar uma conduta neste criminalizada) e, nessa medida, ser interpretada como operando a revogação tácita desta última. Quem entenda que a inconstitucionalidade, para se afirmar, necessita de uma decisão judicial nesse sentido, dificilmente poderá defender que a obediência à norma inconstitucional implica a prática de um crime, precisamente por a conduta em causa haver sido descriminalizada por essa mesma norma inconstitucional.

⁴⁴³ Criticando a assimilação entre as hipóteses de rejeição de leis manifestamente inconstitucionais e de leis inconstitucionais que violam o núcleo essencial de direitos fundamentais, cf. Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 170 e s.; na opinião da Autora, a aproximação efectuada permite, de alguma forma, obliterar a eficácia normativa da Constituição que, em qualquer circunstância (e não apenas quando estão em causa direitos fundamentais), compete à Administração observar e promover, propugnando no sentido da ponderação autónoma da figura das leis manifestamente inconstitucionais como fundamento do poder de rejeição.

dúvidas do órgão se revelem mais ténues), equacionar a possibilidade de suspender o procedimento para efeitos de representação ao superior hierárquico⁴⁴⁴.

Poderá, então, afirmar-se que o reconhecimento, ainda que sob determinado circunstancialismo, do poder de desaplicação de normas legais pelos órgãos administrativos com fundamento em inconstitucionalidade viola o princípio da separação de poderes? Sopesando, contudo, o peso deste argumento no quadro da tematização do problema – com repercussão ao nível das condições exigidas para o reconhecimento do poder de rejeição –, a verdade é que a *ratio* do princípio da separação de poderes se não revela, em termos impreteríveis, incompatível com as soluções intermédias aventadas pela doutrina. Fazendo corresponder, no essencial, uma função a um poder, este princípio pretende evitar, também com o objectivo de tutela dos direitos dos cidadãos, a concentração pessoal dos poderes e o respectivo abuso: na formulação sobejamente conhecida de Montesquieu⁴⁴⁵, “a liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas não existe sempre nos Estados moderados; ela só aí existe se se não puder abusar do poder. (...) Para que se não possa abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder”. Ora, tal se apresenta justamente a situação em análise, ao permitir ao Executivo controlar também a validade da acção do legislador. Sem dúvida que o poder de controlo da constitucionalidade compete, em primeira linha, aos tribunais; mas isso não parece excluir que, em certos casos justificados, tal tarefa caiba aos órgãos administrativos⁴⁴⁶, sobretudo quando essa fiscalização constitua decorrência de uma adequada compreensão do princípio da juridicidade, vinculador do agir administrativo⁴⁴⁷.

Desta faculdade de desaplicação da norma no caso concreto torna-se ainda possível avançar para a defesa, em certos casos, de um autêntico dever de rejeição das normas legais inconstitucionais. As concepções mais generosas, no que tange ao reconhecimento

⁴⁴⁴ Trata-se de uma solução próxima da defendida por MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 91; para uma referência ao confronto de riscos, v. BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 42 e s.. Cf. também Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 204, e, com uma posição similar, M. Afonso VAZ, *Lei...*, cit., pp. 309 e s.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º (com uma posição mais aberta que a resultante da 3.ª ed., p. 146); A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 375.

⁴⁴⁵ MONTESQUIEU, *De l'Esprit...*, cit., Livro XI, Capítulo IV, §§ 1 e 2.

⁴⁴⁶ Aliás, existe doutrina que opina no sentido de que o princípio da separação de poderes não proíbe, antes propicia, o controlo normativo pela Administração – assim, MICHEL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 843 e s..

⁴⁴⁷ Cf. Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., p. 501 (embora sem aderir à ideia de fiscalização do Legislativo pelo Executivo).

da possibilidade de desaplicação, agregam, sob qualquer circunstancialismo, o dever de rejeição à vinculação administrativa ao princípio da constitucionalidade, o qual fundamenta um dever para a Administração idêntico ao que o artigo 204.º consagra para os tribunais⁴⁴⁸. Ainda quem não advogue uma posição tão ampla e negue, como Bachof⁴⁴⁹, em princípio, a existência de um dever de rejeição, acaba por concluir no sentido da afirmação desse dever, pelo menos em casos excepcionais ou, como defende o Autor, sempre que a inconstitucionalidade seja indubitável ou evidente para o órgão administrativo. Perante leis que padeçam de inconstitucionalidade decorrente da violação de direitos fundamentais, a asseveração de um dever administrativo de desaplicação metamorfoseia por completo o perfil tradicional da Administração Pública na sua relação com a lei e os cidadãos, convertendo-a, se não sempre numa «guardiã da constitucionalidade», pelo menos, em (mais) uma «guardiã dos direitos fundamentais»⁴⁵⁰.

O excuro que empreendemos pelo problema paralelo da recusa de aplicação de normas legais pela Administração com fundamento em inconstitucionalidade permite-nos agora retirar algumas conclusões essenciais para a compreensão dos traços mais delicados suscitados pela recusa de aplicação de normas regulamentares pela Administração com fundamento em invalidade.

Primo, o consenso no sentido da existência de um dever de fiscalização (mais do que uma *Prüfungskompetenz*, o reconhecimento de uma *Prüfungspflicht*) implica que sobre os órgãos administrativos recaia a obrigação, alicerçada no princípio da juridicidade, de averiguar da validade das normas jurídicas mobilizadas para a realização do direito no caso concreto. Trata-se de uma conclusão que, neste momento, causará pouca surpresa em face das considerações já tecidas a propósito da tarefa interpretativa reclamada a qualquer órgão confrontado com o problema da decisão de casos concretos. Mas constitui este um ponto determinante que nos vai levar a discorrer sobre a questão (decisiva para os órgãos administrativos) de saber quando estamos diante de normas regulamentares inválidas.

⁴⁴⁸ Neste sentido, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 205.

⁴⁴⁹ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 45, 47 e s., entendendo que, apenas em casos excepcionais (para além dos casos em que o Parlamento intencionalmente violou a Constituição, nas hipóteses em que uma norma paralela já foi apreciada no seio da Justiça Constitucional e se concluiu no sentido da inconstitucionalidade), se verificará a existência de um dever de rejeição.

⁴⁵⁰ A expressão «guardiã dos direitos fundamentais» pertence a PAULO OTERO, *O Poder...*, cit., p. 537, Autor que corrobora o seu entendimento com a invocação das disposições do CPA determinantes da nulidade dos actos administrativos que violem o conteúdo essencial de um direito fundamental (e respectivo regime jurídico).

Secundo, a afirmação de uma competência de fiscalização não responde ainda ao problema procedimental que se levanta ao órgão administrativo de conhecer qual a conduta a adoptar quando depare com uma norma inválida. A resposta não se resume, porém, à escolha (argumentativamente fundamentada) entre a aplicação da norma e o poder de a recusar; mesmo quando consentido este último, subsistem questões relacionadas, v. g., com a aferição da existência de um dever de recusa de aplicação de normas inválidas e com a identificação dos respectivos titulares.

Tertio, qualquer opção a tomar nesta sede não deverá ser efectuada em abstracto, pois que este problema se encontra incindivelmente ligado às especificidades de cada ordem jurídica concreta. Tal como sucede com a rejeição administrativa de leis inconstitucionais, o enquadramento da questão da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade deverá ocorrer num discurso que tenha como cenário o direito português, sem olvidar que uma adequada compreensão do sistema jurídico o concebe como integrado por diversos estratos (e não apenas pelo direito prescritivamente imposto) – a apontar para a projecção do problema ao nível dos princípios normativos orientadores do *agere* administrativo e para a defesa de soluções privilegiadoras da *prudentia*. Na ausência de qualquer disposição (constitucional) destinada a solucionar a questão, só mediante o auxílio proporcionado pela convocação dos princípios constitucionais e dos princípios normativos que regem a Administração se tornará possível tematizar e oferecer propostas de orientação da conduta a seguir pelos órgãos administrativos confrontados com a iminência da aplicação de um regulamento inválido.

2.4.3. A recusa de aplicação de regulamentos inválidos pelos tribunais

A temática da recusa de aplicação de regulamentos pelos tribunais tem afinidades com um dos tipos de controlo judicial do exercício do poder regulamentar: o controlo concreto e incidental.

O nosso sistema jurídico consagra formas de reacção directa contra normas administrativas inválidas, quer no âmbito da Justiça Constitucional, quer no horizonte da Justiça Administrativa. Todavia, e ao invés do que sucedeu quando avaliámos da existência dos meios jurisdicionais de defesa contra regulamentos inválidos (cf. *supra*, Parte I, 3.4.3.2.), o propósito deste número não se cifra na avaliação dos meios de garantia dos cidadãos contra normas regulamentares ilegais lesivas dos seus direitos, e, em consonância,

do cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efectiva, mas na determinação das circunstâncias sob as quais os tribunais podem recusar a aplicação de uma norma regulamentar e quais os efeitos decorrentes dessa recusa. Impõe-se apreciar o alcance, o sentido e os efeitos do *controlo incidental* de regulamentos pelos tribunais.

A circunstância de os regulamentos constituírem actos normativos («fontes de direito») destinados a disciplinar relações jurídicas não necessariamente administrativas (mas civis, comerciais ou laborais⁴⁵¹) implica a sua mobilização para a resolução judicial de litígios submetidos também aos tribunais não integrados na ordem jurisdicional administrativa (e fiscal). Na verdade, o facto de os regulamentos constituírem uma forma típica de actuação administrativa não coíbe que a respectiva aplicação ocorra no âmbito do processo civil ou do processo penal, sempre que em causa esteja uma situação jurídica integrável no respectivo âmbito de aplicação⁴⁵². Face a este condicionalismo, impõe-se

⁴⁵¹ Cf. também M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 482, comentário 3 ao artigo 72.º; M. ESTEVES DE OLIVEIRA, «A Impugnação...», cit., p. 43. V. ainda M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., p. 233. Neste sentido, também Pedro GONÇALVES («Regulação Administrativa e Contrato», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 993 e s., n. 24), considerando os regulamentos como *normas regulatórias* de origem administrativa, sublinha que aqueles podem integrar a esfera do direito público ou do direito privado, em função dos destinatários a que se dirigem e do respectivo conteúdo. Cf. ainda Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., p. 109.

⁴⁵² Sobretudo no âmbito do direito penal secundário com alguma facilidade encontramos exemplos de situações em que os tribunais podem ser colocados perante o problema da apreciação da validade de uma norma regulamentar. Assim sucederá perante crimes que pressupõem um grau de acessoriedade do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo, na medida em que a respectiva configuração dependa da violação de disposições legais ou regulamentares de Direito Administrativo. Pense-se, *v. g.*, no crime de poluição previsto no artigo 279.º do Código Penal, que pune “quem, não observando disposições legais, *regulamentares* ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições” (itálico nosso) adoptar as condutas previstas nas várias alíneas do n.º 1.. De acordo com Anabela RODRIGUES («279.º – Anotação», in: *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 961 e s., 967, embora em face da redacção do preceito anterior a 2007), o crime de poluição, visando a protecção imediata do ambiente (e, por conseguinte, exigindo uma conduta danosa para o ambiente), alcança-a de forma derivada, ao surgir configurado como um crime de desobediência às referidas prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente baseadas, designadamente, em normas *regulamentares*. Situação similar ocorre, *e. g.*, também no quadro do crime previsto pela alínea *a*) do n.º 1 do artigo 277.º, relativo à infracção de regras de construção, que pune “quem, no âmbito da sua actividade profissional infringir regras legais, *regulamentares* ou técnicas que devam ser observadas no planeamento, direcção ou execução de construção, demolição ou instalação, ou na sua modificação, e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado”. Pressupondo ambos os crimes a aferição da existência de uma conduta ofensiva de normas regulamentares, poder-se-á o tribunal deparar com o problema de a conduta em causa se revelar desconforme com uma norma regulamentar inválida, questão decisiva para a decisão da condenação do respectivo autor na prática do crime.

O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de aferir do problema da constitucionalidade das normas penais que remetem aspectos técnicos para regulamento – cf. Acórdão n.º 427/95, de 6 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 31.º vol., 1995, pp. 702 e s..

As mesmas possibilidades se oferecem no horizonte da jurisdição civil. Atente-se no caso paradigmático das relações jurídico-laborais, onde encontramos regulamentos que consubstanciam instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não negociais, de carácter regulamentar – a *portaria de*

determinar se (e em que medida) os tribunais judiciais, no momento da realização do direito no caso concreto, têm competência para aferir da validade das normas regulamentares convocadas para o desempenho daquela tarefa ou se, pelo contrário, a avaliação da validade das normas regulamentares terá de ser sempre efectuada pelos tribunais administrativos

O artigo 97.º do Código Processo Civil (CPC), relativo às questões prejudiciais, determina que, quando o conhecimento da acção depender da decisão de uma questão da competência do tribunal administrativo, pode o juiz sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie; todavia, a suspensão fica sem efeito se a acção administrativa não for exercida dentro de um mês ou se o respectivo processo estiver parado, por negligência das partes, durante o mesmo prazo, decidindo, neste caso, o juiz da acção a questão prejudicial, decisão essa que apenas produz efeitos dentro do processo. Disposição análoga se encontra no artigo 7.º do Código de Processo Penal (CPP). Começando por consagrar o princípio da suficiência do processo penal, o legislador prescreve que, quando para se conhecer da existência de um crime, se revelar necessário o julgamento de uma questão não penal que não possa ser convenientemente resolvida no processo penal, pode o tribunal suspender o processo (oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do assistente ou do arguido) para que se decida esta questão no tribunal competente; esgotado o prazo de suspensão marcado pelo tribunal sem que a questão prejudicial tenha sido resolvida, ou se a acção não tiver sido proposta no prazo máximo de um mês, a questão é decidida no processo penal.

extensão e a portaria de condições de trabalho (cf. artigo 2.º, n.º 4, do Código do Trabalho). Nos termos do citado Código do Trabalho, a portaria de extensão (artigos 514.º e seguintes) destina-se a ampliar, após a sua entrada em vigor, o âmbito de aplicação de convenções colectivas de trabalho ou decisões arbitrais, sempre que as circunstâncias sociais e económicas o justifiquem; a portaria de condições de trabalho (artigos 517.º e seguinte) é emitida, na falta de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial, nos casos em que não se revele possível o recurso à portaria de extensão, quando se verifique a inexistência de associações sindicais ou de empregadores e estando em causa circunstâncias sociais e económicas que o justifiquem [cf., v. g., Maria do Rosário Palma RAMALHO, *Direito do Trabalho (Parte I – Dogmática Geral)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 251 e ss.]. Ora, na medida em que estamos diante de regulamentos incidentes sobre o conteúdo das relações jurídico-laborais, o problema da ilegalidade das respectivas normas pode suscitar-se num tribunal de trabalho, no âmbito (designadamente) de acções emergentes de contrato de trabalho. Cf. também Bernardo Lobo XAVIER, «Foro Competente para Apreciar a Legalidade das Portarias (ou Regulamentos) de Extensão», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, pp. 49 e s.. Maiores dúvidas tem suscitado a competência dos tribunais de trabalho para uma apreciação abstracta da legalidade dos regulamentos de extensão, considerando-se, em regra, que tal competência se circunscreve à conformidade do conteúdo com as disposições de direito do trabalho – cf. últ. *Op. cit.*, *passim*, esp.^{te} pp. 55 e s.; Mário Lemos PINTO, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 154 e ss..

Ora, constituirá a apreciação da validade de um regulamento uma questão prejudicial que implique a adopção do procedimento previsto no artigo 97.º do CPC ou uma questão que não possa ser convenientemente decidida no processo penal a que se refere o n.º 2 do artigo 7.º do CPP?

Em primeiro lugar, cumpre observar que o reconhecimento de qualquer poder de desaplicação normativa – ainda quando exercido por tribunais (e, sobretudo, por todos os tribunais) – impõe uma intransponível fundamentação⁴⁵³. Efectivamente, a respectiva admissibilidade constitui um ponto charneira entre princípios conflitantes: de um lado, o princípio unidade do sistema jurídico (a pressupor a não aplicação de norma inválidas ao caso concreto) e, de outra banda, o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos (a apontar para a necessidade de aplicação aos casos concretos submetidos a julgamento das normas que se encontrem formalmente em vigor na ordem jurídica).

Uma adequada compreensão do problema em análise implica a convocação do preceituado no artigo 204.º da Constituição, de acordo com o qual “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Implicando este normativo um dever (em rigor, um «direito-dever»⁴⁵⁴), a cargo dos tribunais, de apreciação da constitucionalidade das normas mobilizáveis para a resolução dos casos concretos (onde se alicerça o sistema da *judicial review*), aquele dever constitui igualmente uma decorrência de um princípio mais geral segundo o qual “os tribunais não devem aplicar normas inválidas por motivo de desconformidade com normas de grau superior ou perante as quais devam ceder”⁴⁵⁵. Deste modo, se, estando em causa um regulamento ferido de inconstitucionalidade, todos os tribunais estão vinculados à respectiva apreciação, solução idêntica deverá igualmente

⁴⁵³ Sobre a desaplicação enquanto problema de balanceamento de valores constitucionais, cf. MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., p. 678.

⁴⁵⁴ Assim, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., p. 550.

⁴⁵⁵ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 521, anotação IX ao artigo 204.º. A circunstância de a Constituição consagrar o dever de recusa de aplicação tão-só relativamente a normas inconstitucionais firma-se no facto de, nos sistemas de controlo da constitucionalidade de influência austríaca (como também é o nosso), se não reconhecer aos tribunais ordinários uma competência de fiscalização da constitucionalidade das normas (sobretudo das constantes de actos legislativos); a previsão do artigo 204.º possui um intuito esclarecedor (*Op. cit.*, p. 522).

observar-se, seguindo o princípio apontado, quando as normas regulamentares padeçam de ilegalidade⁴⁵⁶.

O poder dos tribunais para a fiscalização da legalidade poderá arrancar logo do disposto no artigo 203.º da Constituição que estabelece a sujeição dos tribunais à lei. De acordo com Gomes Canotilho⁴⁵⁷, mais do que consagrar uma qualquer subordinação do poder judicial ao poder legislativo, este normativo visa explicitar o sentido da função judicial, caracterizada pelo desenvolvimento do direito revelado, desde logo, em actos legislativos. Como logo se compreende, porém, a subordinação dos tribunais à lei mencionada pelo artigo 203.º reconduz-se a uma subordinação dos tribunais a todo o *direito*, com o objectivo de tutela da legalidade democrática («tutela do direito»⁴⁵⁸). No mesmo sentido operam ainda quer os artigos 4.º e 5.º da *Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais*⁴⁵⁹, quer o artigo 8.º do Código Civil quando estabelece o *dever de obediência à lei* por parte dos tribunais: se, ao utilizar o conceito de «lei», o legislador já tinha em mente “toda a disposição genérica e imperativa, emanada de um órgão estadual competente”⁴⁶⁰, deve hoje entender-se que tal preceito consagra genericamente um dever de obediência ao direito⁴⁶¹. Como salienta, a este propósito o Supremo Tribunal Administrativo⁴⁶², “quando a Constituição da República obriga à obediência à lei por parte dos Tribunais, isso também significa a exigência de um juízo de legalidade dos actos que lhe são submetidos, inclusivamente normativos como é o caso dos

⁴⁵⁶ No quadro da fiscalização concreta da constitucionalidade, constitui o dever referido em texto um dever diferente do que resulta para os tribunais ordinários de desaplicar a norma julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional na sequência do recurso de constitucionalidade: nesta hipótese, o dever emerge já não do artigo 204.º, mas dos efeitos da decisão positiva de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional contemplados pelo n.º 2 do artigo 80.º da LTC, que implicam a reforma da decisão do tribunal ordinário e a respectiva conformação com o acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional. V. também Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., p. 67, n. 58. Cf. ainda Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 803 e s..

⁴⁵⁷ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 658. Cf. também Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 159.

⁴⁵⁸ Baptista MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 139.

⁴⁵⁹ Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, alterada pela Leis n.ºs 103/2009, de 11 de Setembro, 115/2009, de 12 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro, e pelas Leis n.ºs 3-B/2010, de 28 de Abril, 40/2010, de 3 de Setembro, e 42/2010, de 3 de Setembro.

⁴⁶⁰ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código...*, cit., p. 51. Cf. ainda a bibliografia citada, *supra*, Parte I, 5., em nota, a propósito da força jurídica obrigatória do regulamento administrativo, à luz do n.º 2 do artigo 1.º do Código Civil.

⁴⁶¹ Daí que a ausência de consagração expressa, na legislação processual administrativa, da impugnação incidental de regulamentos não suscite qualquer problema, não se colhendo benefícios acrescidos (também para a segurança jurídica) dessa consagração – posição que nos distancia de Blanco de MORAIS, «Brevíssimas Notas...», cit., p. 4, e aproxima de F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 712.

⁴⁶² Acórdão de 15.06.1999, P. 44 380.

regulamentos e, dentro destes, das circulares, ainda que meramente internas e interpretativas”.

A subordinação dos tribunais à juridicidade implica que, no momento da realização do direito, aqueles, confrontados com a inadequação da norma mobilizada, por força da sua contradição com princípios normativos ou com outras normas do ordenamento jurídico, tenham o poder e o dever de afastar na decisão do caso concreto (sob pena de a decisão judicial ser também ela própria contrária ao direito) no exercício da sua função de «tutela do direito». Esta situação verifica-se justamente nas hipóteses em que o tribunal depara com uma norma regulamentar inválida, a originar uma verdadeira contradição normativa (*stricto sensu*)⁴⁶³. Numa palavra, o princípio da juridicidade (o princípio da obediência à lei, *lato sensu*), confere aos tribunais o poder-dever de, na sua tarefa de realização do direito, não solucionar o caso pela mediação de normas inválidas; se quisermos mobilizar as categorias já convocadas, possuem os tribunais quer uma competência de fiscalização, quer uma competência de rejeição das normas aplicandas, a exercer *ex officio*, não se configurando como uma questão prévia, no sentido dos artigos 97.º do CPC e 7.º do CPP⁴⁶⁴. A recusa de aplicação de normas representa inequivocamente o exercício da

⁴⁶³ Cf., sobre esta noção, ENGISCH, *Introdução...*, cit., p. 255. Repare-se, porém, que, para o Autor, o problema que nos ocupa corresponde ao que designa como *contradição normativa aparente*, porquanto resolúvel mediante a invocação da regra interpretativa, decorrente do princípio da unidade do sistema jurídico, *lex superior derogat legi inferiori* (sem menoscabo das dificuldades comportadas pelas várias regras destinadas à harmonização das normas).

⁴⁶⁴ Em sentido diverso, Pedro GONÇALVES («Regulação Administrativa...», cit., pp. 1003 e s.) defende que os tribunais judiciais apenas poderão afastar um regulamento com fundamento na sua invalidade no quadro do regime das questões prejudiciais, constante do artigo 97.º do CPC; de acordo com o Autor, os tribunais administrativos são a instância competente para, em processo próprio, se pronunciarem sobre a legalidade de uma norma regulamentar, concebendo esta questão, quando suscitada num tribunal de outra ordem jurisdicional, como “questão (prejudicial) da competência de outro tribunal”. Esta posição surge alicerçada na complexidade e na especialidade técnica e jurídica envolvida na apreciação da legalidade de um regulamento, para as quais não está familiarizado um tribunal judicial (em sentido próximo, aprecie-se a posição que vigora no direito francês, onde se atribui aos tribunais cíveis competência para conhecer da ilegalidade de regulamentos, desde que tal não implique «dificuldades sérias»; se as implicar, passamos a estar diante de uma questão prejudicial – cf. CHAPUS, *Droit...*, cit., p. 1013).

Levar esta posição às últimas consequências implicaria negar também aos tribunais judiciais a competência para apreciar a constitucionalidade das normas, por tal se tratar de uma competência do Tribunal Constitucional. E estranho seria que o legislador fosse mais exigente para a apreciação da *legalidade* de um regulamento que para a apreciação da *constitucionalidade* do mesmo, que pode implicar a resolução de questões delicadíssimas. A esta ideia, Pedro GONÇALVES (últ. *Op. cit.*, p. 1004, n. 70) não deixa de opor uma outra: em sede de controlo concreto da constitucionalidade, existe a possibilidade de, em via de recurso, instar o Tribunal Constitucional (o “tribunal competente” para as questões jurídico-constitucionais) a proferir um julgamento sobre a matéria, diversamente do que acontece se não qualificarmos a questão da legalidade do regulamento como questão prejudicial e vincularmos o tribunal judicial a pronunciar-se (definitivamente) sobre ela. Parece-nos, porém, que esta perspectiva, além de fragilizar os tribunais (em geral) como órgãos de defesa da legalidade, minimiza, de alguma forma, a sua posição como órgãos de controlo da constitucionalidade.

função judicial, não se podendo invocar contra esta forma de controlo normativo a circunstância de estar em causa um acto de normaçoão negativa⁴⁶⁵.

As mesmas possibilidades de controlo abrem-se, naturalmente e por maioria de razão, aos tribunais administrativos⁴⁶⁶. Como vimos, para lá do controlo concreto da

⁴⁶⁵ V., sobre esta problemática, BETTERMANN, «Die Rechtsprechende Gewalt», in: ISENSEE/KIRCHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, Müller, Heidelberg, 1988, p. 789.

⁴⁶⁶ Apesar de parecer evidente o controlo incidental de regulamentos administrativos no contexto de quaisquer processos a decidir nos tribunais administrativos, a mesma certeza não se afirma noutros ordenamento jurídicos – problema que assume especial acuidade nos sistemas em que a impugnação dos regulamentos depende de prazo. Veja-se o que acontece em Itália, onde, desde meados dos anos 50 se contesta a cognição prejudicial e a título incidental dos regulamentos administrativos: assimilando-os, no quadro dos *atti amministrativi*, aos *provvedimenti*, a doutrina e a jurisprudência defendiam que a ilegalidade de normas regulamentares deveria ser arguida pelos interessados, no tempo e no modo (*i. e.*, através dos meios processuais principais) legalmente previstos para o efeito. Na expressão lapidar de BACCARINI («Il Consiglio...», cit., pp. 570 e s.), “a norma regulamentar deve ser objecto de um ataque específico, não podendo, em sede de impugnação de actos administrativos fundados nessa mesma norma, censurar o poder da Autoridade de que promana, sem impugnar a disposição que conferiu tal poder” (em contraposição à ideia segundo a qual “as disposições regulamentares, porque normalmente não lesam interesses individuais, podem ser impugnadas só quando a Administração faça a sua concreta aplicação”).

Todavia, à jurisdição ordinária já se reconhecera sempre o poder de desaplicação (cf. *supra*), porque esta não detinha o poder de anular os regulamentos: os tribunais comuns podiam desaplicar, mas não anular; os tribunais administrativos podiam anular, mas não desaplicar. Esta conclusão radicaria nas diferentes natureza e finalidades da jurisdição civil e da jurisdição administrativa: enquanto a primeira assumiria carácter predominantemente subjectivo, destinado à protecção dos direitos dos cidadãos, a segunda revestiria natureza objectiva, dirigida à tutela da legalidade administrativa (adoptando uma perspectiva bastante crítica quanto a esta diferenciação entre os poderes do juiz ordinário e do juiz administrativo, cf. CANNADA-BARTOLI, «Disapplicazione di Atti Amministrativi Illegittimi e Giurisdizione del Consiglio di Stato», in: *Giurisprudenza Italiana*, Parte III, 1953, cols. 73 e ss.). No fundo, a possibilidade aberta de desaplicação de *atti amministrativi* pelos tribunais ordinários (cujos contornos dogmáticos se esfumavam por entre as controvérsias doutrinárias) constituiria uma solução algo semelhante à que o CPTA prevê no artigo 38.º (embora com o fundamento reforçado de que, não podendo pedir a protecção do direito violado na Justiça Administrativa porque tal questão extravasaria o seu âmbito, a invocação a título incidental do regulamento representaria a única solução possível de defesa).

A doutrina constata que as recentes tendências jurisprudenciais no sentido da admissibilidade da desaplicação das normas regulamentares pelos tribunais administrativos conduzem a uma nova impostação (mais actualizada, parece-nos) da Justiça Administrativa, no seio da qual os particulares detêm direitos que exercem contra a Administração (assim, ROMEO, «La Disapplicazione dei Regolamenti Illegittimi: Una Pratica Giudiziale dagli Esiti Incerti», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, ano XVI, Março 1998).

No âmbito da jurisprudência do *Consiglio di Stato*, assumem índole precursora a decisão n.º 154/1992 (Sez. V) – onde se defende, em caso de contrariedade entre uma norma legislativa e uma norma regulamentar que afecte direitos subjectivos de terceiros, a desaplicação da norma de grau inferior (sumário e síntese da decisão in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. III, ano XII, Setembro 1994, pp. 564 e ss., com anotação de BACCARINI, «Il Consiglio...», cit.; para uma apreciação crítica, MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., pp. 665 e ss.; CANNADA-BARTOLI, «Disapplicazione di Ufficio di Norma Regolamentare Illegittima», in: *Giurisprudenza Italiana*, Parte III, 1993, cols. 653 e ss.) – ou a decisão n.º 1332/95 (Sez. V), a qual vem reconhecer, dentro de alguns condicionalismos, aos tribunais administrativos o poder de, *ex officio*, desaplicarem as normas regulamentares violadoras da lei ou mesmo da Constituição, desobrigando-as do dever de aplicarem regulamentos ilegítimos (in: *Il Foro Amministrativo*, ano LXXI, Setembro 1995, p. 1894; v. as considerações a este propósito tecidas por MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., pp. 687 e s.; cf. também as sentenças citadas por FERRARI/AIROLDI, «Disapplicazione...», cit., pp. 39 e ss.). Por outro lado, alguma jurisprudência dos *T.a.r.* já tem ido mais além, propugnando que a designada «desaplicação normativa» prescinde da existência de uma posição jurídica substantiva em jogo, fundamentando-se directamente no princípio da hierarquia, princípio este que

constitucionalidade reconhecido entre nós desde 1911⁴⁶⁷, o controlo incidental da legalidade dos regulamentos (enquanto forma de impugnação indirecta) constituiu a primeira forma historicamente admitida de fiscalização de actos normativos. Embora este controlo indirecto da legalidade de normas regulamentares nos tribunais administrativos ocorra de forma precípua em relação a regulamentos mediatamente operativos (*i. e.*, regulamentos que carecem de um acto – administrativo ou judicial – de aplicação), no contexto da impugnação do acto administrativo que os aplicou, não se exclui que suceda também quanto a regulamentos imediatamente operativos.

Do controlo incidental ocorrido nos tribunais administrativos distingue-se a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto prevista no n.º 2 do artigo 73.^o⁴⁶⁸. Dispõe o citado preceito que, “quando os efeitos de uma norma se produzam imediatamente, sem dependência de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação, o lesado ou qualquer das entidades referidas no n.º 2 do artigo 9.º pode obter a desaplicação da norma, pedindo a declaração da sua ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto”⁴⁶⁹. A declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto corresponde a uma forma de controlo principal e abstracto da validade dos regulamentos, onde se inclui a apreciação não só da ilegalidade simples, mas também da

exige uma apreciação oficiosa da contrariedade de um regulamento com uma norma hierarquicamente superior (cf. MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., p. 670, n. 25).

Sobre esta questão, cf. CANNADA-BARTOLI, «Disapplicazione di Atti...», cit., *passim*, e «Disapplicazione di Ufficio...», cit., *passim*; ROMEO, «La Disapplicazione...», cit., pp. 12 e s., 18 e ss.; FERRARI/AIROLDI, «La Disapplicazione...», cit., *passim*, esp.^{te} pp. 35 e ss.; MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., *passim* (Autor que afirma inequivocamente a existência de um poder-dever de desaplicação para o exercício do qual têm competência todos os tribunais – *Op. cit.*, p. 675); BACCARINI, «Disapplicazione dei Regolamenti nel Processo Amministrativo: C'è Qualcosa di Nuovo Oggi nel Sole, Anzi d'Antico», in: *Il Foro Amministrativo*, ano LXIX, Fevereiro/Março 1993, pp. 466 e ss.; CASSETTA, *Compendio...*, cit., pp. 419 e ss..

Já em França, e apesar da existência de prazo para a interposição do *recours pour excès de pouvoir*, desde o *Arrêt* «Poulin», de 29 de Maio de 1958, se entende que a «excepção de ilegalidade» (*exception d'illégalité*) é perpétua, podendo impugnar-se uma medida de execução de um regulamento, com fundamento na invalidade deste último (por falta de base legal), ainda que o mesmo já não seja atacável a título principal (cf. CHAPUS, *Droit...*, cit., pp. 803 e s., 1013; GAUDEMET, *Droit...*, cit., p. 123; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLLE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., p. 742). Trata-se de uma regra que comporta excepções, como ilustra o artigo L. 600-1 do *Code de l'Urbanisme*; sobre este preceito, cf., *infra*, Parte III, 3.4.1., II.

⁴⁶⁷ Nos termos do artigo 63.º da Constituição de 1911, “o poder judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiveram sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagradas”.

⁴⁶⁸ Trata-se, aliás, de uma distinção dotada de elevado alcance prático, como o demonstra claramente o Acórdão do STA, de 03.06.2009, P. 124/09 (sobre a diferença entre impugnar um acto, solicitando a desaplicação da norma ilegal, e cumular os pedidos de impugnação do acto e de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto).

⁴⁶⁹ Como decorre do teor literal da norma, existe igualmente uma diferença, no que tange ao objecto da recusa de aplicação e da declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto: enquanto a recusa de aplicação (enquanto controlo incidental) incide sobre quaisquer regulamentos, a acção administrativa especial prevista no n.º 2 do artigo 73.º atinge apenas regulamentos imediatamente operativos.

inconstitucionalidade e da ilegalidade reforçada⁴⁷⁰ de normas regulamentares, porquanto, restringindo-se os efeitos da sentença ao caso subjacente à propositura da acção, não se verifica qualquer conflito de competências com o Tribunal Constitucional⁴⁷¹. Dentro dos assinalados tipos de controlo, estamos, pois, diante de um híbrido: embora o tribunal seja chamado, em primeira linha, a apreciar a validade da norma – que consubstancia, por conseguinte, a questão principal⁴⁷² –, um juízo positivo de ilegalidade não determina a extirpação da norma do ordenamento jurídico, podendo a mesma, noutros casos, constituir objecto de aplicação quer pela Administração, quer pelos tribunais. Por outras palavras, a declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto constitui uma simbiose da *Prinzipalverwerfung* e da *Inzidentverwerfung*, em que, por um lado, o objecto principal do processo se consubstancia na apreciação da legalidade de um regulamento, mas, por outro, a eficácia da sentença se esgota no caso concreto. Em rigor, e ao contrário do que resulta do teor literal da norma, a procedência desta acção não conduz a uma «desaplicação» (*stricto sensu*, uma recusa de aplicação) da mesma – a qual pressupõe a existência de um conflito a dirimir através da mobilização de uma norma –, visto que, neste processo, o tribunal não está a apreciar o caso concreto ou até as implicações que para este decorrem da inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma, mas cinge unicamente o seu conhecimento ao problema da constitucionalidade ou legalidade da norma, o que se reflecte no próprio conteúdo da sentença⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Esta consideração implica uma necessária articulação com o recurso de constitucionalidade (ou de legalidade reforçada) para o Tribunal Constitucional, pois estando em causa a apreciação daqueles vícios por um tribunal ordinário, embora não em sede do controlo incidental que caracteriza o processo de fiscalização concreta, impor-se-á conceber uma forma de intervenção daquela Alta Instância. Para este efeito, assimilar-se-á a sentença proferida na declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto às situações em que os tribunais apreciam, a título incidental, a constitucionalidade (ou a legalidade reforçada) das normas administrativas, existindo recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos e com os efeitos previstos no artigo 280.º Constituição e nos artigos 69.º e seguintes da LTC (parecem orientar-se também neste sentido M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 487, comentário 8 ao artigo 72.º; cf. ainda Vasco Pereira da SILVA, *O Contencioso...*, cit., pp. 427 e s.). Assim, v. g., se a norma constar de decreto regulamentar, haverá lugar a recurso obrigatório do Ministério Público, tal como decorre do n.º 3 do artigo 280.º da Constituição e do n.º 3 do artigo 72.º da LTC.

⁴⁷¹ Assume, por isso, nitidez a diferença face à declaração com força obrigatória geral (em termos de efeitos), e face à desaplicação incidental (quanto aos tribunais competentes, quanto à prejudicialidade da decisão de ilegalidade e quanto à pronúncia judicial sobre as consequências da ilegalidade na situação concreta), consubstanciando, por conseguinte, “uma pronúncia com o alcance de subtrair [o lesado] à aplicação de norma ilegal” (Freitas do AMARAL/M. Aroso de ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 56).

⁴⁷² A terminologia utilizada pelo legislador – reportando-se à obtenção da “desaplicação” da norma, através do pedido de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto – não se afigura muito rigorosa. Em regra, o vocábulo “desaplicação” inculca a ideia de um controlo incidental, em que a apreciação de uma dada situação jurídica leva ao afastamento de uma norma *prima facie* aplicável ao caso concreto, com fundamento da sua invalidade, o que não sucede no âmbito desta acção. Eis o motivo de os Autores se verem obrigados a destrinçar entre a “desaplicação a título incidental” (desaplicação *proprio sensu*) e a “desaplicação a título principal” (declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto) – assim, M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 481, comentário 2 ao artigo 72.º. Cf., porém, M. Aroso de ALMEIDA, *Manual...*, cit., pp. 105 e s., distinguindo já entre “desaplicação incidental de normas regulamentares” e “declaração da ilegalidade de normas regulamentares sem força obrigatória geral”.

⁴⁷³ Sem prejuízo das vozes críticas que se insurgem contra a solução legal de prever a possibilidade de desencadear um processo especificamente dirigido à declaração de ilegalidade de um regulamento,

Todavia, os referidos «efeitos circunscritos ao caso concreto»⁴⁷⁴ também não se identificam com os efeitos decorrentes de uma recusa de aplicação, nem mesmo quando esta ocorre no horizonte de um processo julgado nos tribunais administrativos. Em geral, uma indagação sobre os efeitos das sentenças que apreciam a invalidade das normas regulamentares, seja de uma declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto proferida pelos tribunais administrativos, seja de uma recusa de aplicação por qualquer tribunal, não constitui tarefa fácil, por não assumir contornos pacíficos a classificação da invalidade dos regulamentos ilegais, assim como a respectiva disciplina jurídica.

Uma primeira diferença a assinalar prende-se com a necessária distinção entre efeitos *inter partes* (característicos da recusa de aplicação) e efeitos restritos ao caso concreto (produzidos pela declaração de ilegalidade prevista no n.º 2 do artigo 73.º CPTA). A eficácia restrita ao caso concreto equivalerá, sob pena de a sentença se apresentar desprovida de qualquer efeito útil, a uma proibição de ser valorada à luz da norma julgada ilegal a situação do lesado enquadrável no seu âmbito problemático: ao declarar a ilegalidade da norma regulamentar, a sentença transitada em julgado vai impedir que a situação concreta sobre a qual se construiu a legitimidade processual activa do autor (a situação concreta em que é lesado pelos efeitos da norma) seja apreciada por qualquer órgão administrativo (e não necessariamente pelo que emanou a norma) em

ilegalidade essa apreciada por via geral e abstracta, para depois os seus efeitos serem circunscritos ao caso concreto. *V.*, de forma bastante contundente, Vasco Pereira da SILVA, *O Contencioso...*, cit., pp. 421 e ss., que qualifica a solução como “mistério insondável” (sobretudo quando se trate de aferir em que consistem os efeitos circunscritos ao caso concreto), “a roçar as raias do absurdo” (nas hipóteses de acção popular) e inconstitucional, por violação do direito fundamental de impugnação de normas administrativas com eficácia externa; *v.* também Carla Amado GOMES, «Dúvidas...», cit., p. 7. Dadas as frequentes críticas desferidas contra este meio processual, as propostas mais recentes efectuadas no contexto da revisão do CPTA apontam para a sua supressão (assim, Blanco de MORAIS, «Brevíssimas Notas...», cit., pp. 6 e ss.). Atente-se, contudo, que, além de permitir “salvar” a constitucionalidade da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, cuja admissibilidade depende da precedência de três decisões judiciais no sentido da ilegalidade, trata-se ainda de um meio cujo âmbito de aplicação se revela ampliável quando admitido como forma de tutela preventiva no âmbito de regulamentos mediatamente operativos, com o objectivo de inviabilizar a aplicação do regulamento ao caso concreto ou, mais precisamente, destina-se a impedir que aquele caso seja valorado, desde logo (mas não só) pelos órgãos administrativos, à luz do regulamento inconstitucional ou ilegal (cf., *supra*, Parte I, 3.4.3.).

⁴⁷⁴ Apesar de o legislador não efectuar qualquer alusão aos efeitos decorrentes de uma declaração de ilegalidade nos termos do n.º 2 do artigo 73.º, entende-se que esta acção produz efeitos retroactivos, determinando ainda a repristinação das normas revogadas pela norma considerada ilegal. Não se encontrará, porém, o juiz habilitado a restringir os efeitos das sentenças, visto que a atribuição de efeito prospectivo à sentença não permitiria, as mais das vezes, satisfazer as pretensões dos interessados. A impossibilidade de restrição dos efeitos das sentenças poderá ditar, no âmbito da acção particular, uma preferência no sentido do recurso à declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto, em detrimento da utilização da declaração com força obrigatória geral, ainda quando esteja cumprido o requisito da prévia desaplicação em três casos concretos; por outras palavras, os particulares poderão tentar evitar o risco de uma declaração com força obrigatória geral que, quando não possua efeitos retroactivos (como admite n.º 2 do artigo 76.º), lhes não conferirá sempre a tutela pretendida, por não determinar a “queda” automática dos actos (jurídicos ou materiais) praticados ao seu abrigo. Apontando também para esta preferência por motivos similares, Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 249 (v. n. 551 da mesma p.); M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 236 e s., 238 e s., e *Manual...*, cit., pp. 108 e s. (aduzindo o Autor que, nas hipóteses de limitação de efeitos na acção proposta por interessado lesado por norma directamente aplicável, mas já desaplicada em três casos concretos, aquele terá direito a indemnização pelos danos causados, em consequência da responsabilidade da Administração por facto ilícito).

função do que ela prescreve; por outras palavras, o “caso concreto” subjacente à acção não se identifica apenas com a relação material controvertida que opõe um determinado interessado (o autor) à entidade administrativa no seio da qual foi emanada a norma jurídica⁴⁷⁵. De forma diversa, os efeitos de uma recusa de aplicação restringem-se ao processo, vinculando apenas autor e réu e tão-só quanto à relação material controvertida (questão principal) sobre a qual a acção incidiu.

Não se pense, porém, que a destriça entre efeitos *inter partes* e efeitos restritos ao caso concreto constitui um qualquer exercício conceitual de pendor mais ou menos barroquista. Como logo se compreende, constitui esta uma decorrência da circunstância de a recusa de aplicação surgir como questão incidental e prejudicial para a apreciação da questão principal que suscitou a intervenção judicial, enquanto a avaliação da legalidade da norma regulamentar no horizonte da declaração com efeitos restritos ao caso concreto consubstancia a questão principal a ser aferida abstractamente, mas cuja legitimidade pressupõe a existência (real ou previsível em momento próximo) de uma lesão na esfera jurídica do particular.

Esta consideração conduz-nos directamente à outra diferença que separa os efeitos da recusa de aplicação dos efeitos da declaração de ilegalidade. Enquanto forma de controlo abstracto e principal, a acção administrativa especial em causa *qua tale* dirige-se (e esgota-se) apenas à aferição da validade da norma regulamentar, não reflectindo o tribunal sobre quais as consequências jurídicas que daí resultam para a esfera do particular, *i. e.*, para o caso concreto sobre o qual se erigiu a legitimidade do autor – a apreciação dos efeitos relativamente a este caso concreto poderá depender de uma cumulação do pedido impugnatório com outro pedido (*v. g.*, de reconhecimento de uma situação jurídica)⁴⁷⁶. Enquanto forma de controlo de normas, este processo integra-se

⁴⁷⁵ Como resulta do texto, a entendermos de outra forma, de pouca utilidade serviria uma declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto: deduzida a pretensão impugnatória contra a entidade titular do poder regulamentar (ou contra o Ministério que a emitiu), dar-se-ia com frequência o caso de a valoração da situação jurídica em causa (o “caso concreto”) não ser efectuada pela mesma pessoa colectiva pública; a restrição de efeitos ao processo estabeleceria apenas para o réu um dever de não apreciação da situação jurídica à luz da norma inválida, inoponível a órgãos de outras entidades e aos particulares. A esta consideração não obsta a circunstância de, quando a correcta execução da decisão judicial pressuponha a colaboração de outras entidades, se impor que a entidade demandada (à qual pertence o órgão que emanou a norma) promova a respectiva intervenção no processo, nos termos do n.º 8 do artigo 10.º.

Assim, *v. g.*, e quanto à oponibilidade a outras entidades públicas, pensemos num regulamento governamental (ilegal, abstraindo da causa da invalidade) que proíbe o funcionamento dos estabelecimentos comerciais para lá de certa hora, estabelecendo um conjunto de sanções aplicáveis pelos órgãos da Administração local aos prevaricadores. Um particular proprietário de estabelecimento comercial solicita ao tribunal a declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto da norma proibitiva (a única que é imediatamente operativa), obtendo vencimento de causa. O trânsito em julgado da sentença (ou na pendência de recurso, quando a este se atribua efeito meramente devolutivo) vai impedir que os órgãos da Administração local venham posteriormente aplicar àquela situação concreta as sanções estabelecidas pelo diploma, ainda que não estejam proibidas de as aplicar a outro caso concreto.

⁴⁷⁶ Assim, *v. g.*, diante de uma norma regulamentar imediatamente operativa, pode solicitar-se ao tribunal o reconhecimento de uma situação jurídica subjectiva negada por aquela norma mas afirmada incondicionalmente pela lei e, em simultâneo, a declaração de ilegalidade da mesma norma com efeitos restritos ao caso concreto. O lesado parece estar já autorizado a cumular com a impugnação do acto administrativo o pedido de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto da norma em que o acto se fundamentou, tal como aponta também a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 4.º do CPTA (que –

no que a doutrina alemã designa como «processo de contestação objectiva» (*objektives Beanstandungsverfahren*)⁴⁷⁷.

Pelo contrário, a recusa de aplicação, consubstanciando uma forma *indirecta* de reacção contra normas inválidas (mas, ainda assim, contribuindo para uma «*purgazione*»⁴⁷⁸ do ordenamento jurídico), implica a existência de um caso concreto que haja constituído o ponto de partida para ser suscitada a questão da invalidade das normas regulamentares aplicandas; nessa medida, confrontado o tribunal com o problema prejudicial da validade da norma, ele é obrigado a decidir sobre esta última (muitas vezes, até implicitamente⁴⁷⁹) com o objecto único e exclusivo de dessa decisão retirar as consequências para a resolução do caso concreto *sub iudice*.

Eis-nos perante um ponto culminante da demanda pelo conceito de recusa de aplicação e dos respectivos efeitos. Atenta a circunstância de a questão da validade da norma regulamentar consubstanciar uma questão prévia e incidental no processo em causa, a conclusão no sentido da respectiva inconstitucionalidade ou ilegalidade vai repercutir-se na questão principal, que será decidida como se a norma não existisse. Era, aliás, neste sentido, que Giannini caracterizava o instituto da *disapplicazione* como “uma declaração judicial da ineficácia do acto, conseqüente à declaração da sua ilegitimidade, com força limitada às partes em juízo”, o qual envolvia dois momentos: a verificação (*accertamento*) da invalidade do acto e uma pronúncia declarativa, que tinha como efeito a “privação da eficácia do acto para o caso concreto”⁴⁸⁰. A desaplicação ou recusa de aplicação corresponde à não valoração da relação material controvertida *sub iudice* à luz da norma inválida, eliminando quaisquer efeitos constituídos naquela situação concreta nos termos

sublinhe-se – não distingue entre declaração de ilegalidade com força obrigatória geral ou com efeitos restritos ao caso concreto). Simplesmente, esta cumulação não acarretará um *plus* de tutela judicial à situação do particular: independentemente da cumulação, o juiz estará obrigado a aferir da legalidade das normas que aplique e, quando conclua no sentido da ilegalidade, encontra-se vinculado a decidir o caso concreto como se essa norma não existisse.

⁴⁷⁷ Assim, HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 364.

⁴⁷⁸ MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit., p. 676. Cf. também CANNADA-BARTOLI, «Disapplicazione di Atti...», cit., cols. 73 e ss., aproximando, em termos de impacto, *annullamento* e *disapplicazione*.

⁴⁷⁹ Destrinçando entre uma pronúncia explícita do juiz quanto à ilegalidade da norma regulamentar (típica de um processo destinado à declaração de ilegalidade com eficácia *erga omnes*) e uma pronúncia implícita (em que a ilegalidade da norma constitui o fundamento para proferir a decisão anulatória sobre o acto de aplicação), cf. M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 481, comentário 2 ao artigo 72.º

⁴⁸⁰ GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 767.

Entre nós, a compreensão do conceito de desaplicação de uma norma inválida como privação da sua eficácia com efeitos *ex tunc* deve-se a Blanco de MORAIS (*Justiça...*, tomo I, cit., pp. 240 e ss., e tomo II, cit., pp. 783 e ss.), que assim caracteriza a sanção cominada para uma norma julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Ressalte-se que, no texto, esclarecemos que constitui esta a consequência *prática* da recusa de aplicação judicial – sobre este problema, já no quadro da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração, cf., *infra*, Parte IV, 3.1..

da mesma, e na concessão de preferência, na resolução do caso concreto, à norma dotada, no quadro do sistema jurídico em causa, de uma normatividade superior, em virtude da sua localização na hierarquia das «fontes de direito»⁴⁸¹. Na medida em que aos tribunais está vedada a denegação da justiça, caberá agora ao juiz decidir a questão pela mediação de outra norma que não a considerada inválida (em plena consonância com o princípio *iura novit curia*), nomeadamente recorrendo à norma que teria de aplicar na ausência da norma considerada inconstitucional ou ilegal⁴⁸² – o que poderá envolver a directa aplicação da norma da Constituição ou da lei na qual se baseou o juízo de invalidade. Aliás, em rigor, estas últimas são sempre mobilizadas na decisão do caso concreto: a desaplicação da norma regulamentar inconstitucional ou ilegal representa sempre uma aplicação (ainda que somente indirecta) da norma da Constituição ou da lei que aquela afronta⁴⁸³.

Uma decisão com as consequências assinaladas pode, todavia, comportar algumas dificuldades no momento do julgamento da causa. Assim acontecerá, desde logo, quando a norma regulamentar desaplicada se revelar imprescindível para a execução de uma determinada lei e, nessa medida, em consequência da recusa de aplicação, se tornar inviável, *v. g.*, o exercício de um direito contemplado legalmente. É certo que a desaplicação permitirá ao juiz da causa recorrer às normas revogadas pela norma agora desaplicada com fundamento na sua invalidade, funcionando automaticamente também nestas hipóteses a figura da repristinação – «repristinação *ad casum*»⁴⁸⁴. Mas nem sempre se dará o caso de existir uma norma anterior susceptível de mobilização para a resolução do caso concreto. Porque – insistimos – o juiz se não pode satisfazer com um *non liquet* [em coerência com a obrigação de julgar que lhe impende (cf. artigo 8.º, n.º 1, do Código

⁴⁸¹ Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 191. Cf. também Jorge MIRANDA, *Contributo...*, cit., p. 229 (relativamente ao confronto entre uma norma constitucional e uma norma infra-constitucional violadora da primeira).

⁴⁸² Exactamente nestes termos, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., p. 249, e Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 520, anotação V ao artigo 204.º, respectivamente. Cf. ainda CASSETTA, *Compendio...*, cit., p. 420.

⁴⁸³ *V.* também MORBIDELLI, «La Disapplicazione...», cit. pp. 704 e ss..

⁴⁸⁴ Neste sentido, quanto às decisões positivas de inconstitucionalidade, Blanco de MORAIS, *A Justiça...*, tomo II, cit., p. 692 (decisões proferidas pelos tribunais *a quo*) e pp. 811 e ss. (repristinação no momento da reforma da decisão do tribunal *a quo*, por força do julgamento de inconstitucionalidade proferido pelo Tribunal Constitucional). Convocando igualmente a figura da repristinação no contexto da fiscalização concreta, Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 69 e 217; Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 68, 72 e s. (que concebe a repristinação como um efeito típico das decisões do Tribunal Constitucional em fiscalização concreta – que, em parte, conteriam uma ordem de aplicação das normas invalidamente revogadas pela norma inconstitucional ou ilegal –, mas extensível às decisões positivas de inconstitucionalidade dos tribunais ordinários); SOUSA PINHEIRO, «Repristinação», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, s. n., Lisboa, 1996, p. 236.

Civil)], terá de recorrer agora a uma norma legal, a uma norma constitucional, a outros critérios vigentes na ordem jurídica ou mesmo directamente aos princípios, nos termos metodológicos gerais a fim de solucionar o caso concreto.

Não se ignora que a restrição ao processo dos efeitos das decisões de recusa de aplicação potencia a insegurança jurídica e a desigualdade de tratamento; daí que o legislador crie mecanismos destinados (a uniformizar a jurisprudência e, sobretudo) a expurgar a norma inválida do ordenamento jurídico, evitando a sua eventual aplicação num caso concreto. Trata-se, aliás, de uma questão que vem suscitando algumas preocupações, inclusivamente no plano do direito comparado. Assim sucede, por exemplo, no âmbito do direito espanhol que estabelece mecanismos destinados a generalizar os efeitos de uma apreciação incidental da legalidade dos regulamentos. Admitindo a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, nos termos do n.º 2 do artigo 26, o «recurso indirecto» contra normas administrativas (equivalente à recusa de aplicação incidental), preocupou-se o legislador em reduzir o risco de insegurança e desigualdade⁴⁸⁵ através de dois meios: por um lado, nos termos do n.º 2 do artigo 26, admitindo que o juiz declare a ilegalidade da norma com efeitos gerais, nos casos em que tenha competência para conhecer de um «recurso directo» (correspondente à nossa declaração de ilegalidade com força obrigatória geral); por outro lado, de acordo com o n.º 3 do artigo 26, permitindo ao Tribunal Supremo, quando chamado, em qualquer grau de jurisdição, a pronunciar-se sobre a invalidade de um acto administrativo com fundamento na ilegalidade de uma norma regulamentar, declarar a nulidade (com efeitos gerais) desta última⁴⁸⁶.

Objectivos similares são, entre nós, prosseguidos através do «processo misto» consagrado no n.º 3 do artigo 281.º da Constituição e no artigo 82.º da LTC, e da declaração com força obrigatória geral, prevista no n.º 1 do artigo 73.º do CPTA.

O «processo misto» visa a expurgação de uma norma do ordenamento jurídico, depois de o Tribunal Constitucional já a haver julgado inconstitucional ou ilegal em três processos: nos termos do citado n.º 3 do artigo 281.º, “o Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três

⁴⁸⁵ Assim também MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 424.

⁴⁸⁶ Idêntica questão se coloca também no ordenamento italiano, sem que se encontre prevista uma solução (em parte, devido à circunstância de apenas muito recentemente se admitir a desaplicação incidental de regulamentos, noutra parte, por o artigo 134 da *Costituzione* não permitir o controlo da constitucionalidade de actos infra-legislativos). Cf. FERRARI/AIROLDI, «La Disapplicazione...», cit., pp. 44 e s..

casos concretos”. Trata-se, pois, de um processo construído com o intuito de obviar à multiplicação de decisões dos tribunais ordinários no sentido da inconstitucionalidade ou ilegalidade reforçada, e, em simultâneo, de recursos de constitucionalidade (ou legalidade reforçada), bem como de prosseguir os imperativos ditados pelos princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento⁴⁸⁷.

O pressuposto do desencadeamento deste processo radica, pois, na existência de três decisões do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma certa norma, quer tais decisões sejam proferidas em sede de recurso de constitucionalidade, quer constituam uma recusa incidental de aplicação no âmbito de algum dos processos julgados por aquele órgão jurisdicional. Como salienta o Tribunal Constitucional⁴⁸⁸, a pré-existência de três julgamentos de inconstitucionalidade⁴⁸⁹ em relação à mesma norma⁴⁹⁰ constitui apenas um *pressuposto* necessário (mas não suficiente) ao desencadeamento (não obrigatório) do processo, o qual implica a realização de um novo juízo de inconstitucionalidade, não se encontrando o Tribunal vinculado às suas anteriores decisões e respectivos fundamentos: o controlo misto exige, assim, um acto de iniciativa que cabe, de acordo com um critério de oportunidade, a qualquer dos juizes do TC ou ao Ministério Público (artigo 82.º da LTC) e que origina um processo autónomo, no âmbito do qual o Tribunal apreciará a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, sem estar adstrito às decisões cuja existência serviu de pressuposto⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ A existência deste processo misto radica na circunstância de, não obstante o acolhimento do sistema difuso norte-americano, a ausência da regra do *stare decisis* e do valor obrigatório do *binding precedent* não conduzir a uma uniformização da jurisprudência quanto à questão da constitucionalidade da norma, como sucede com as decisões homólogas da *Supreme Court*. Cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1025; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 547 e s.

⁴⁸⁸ Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 93/84, de 31 de Julho, in: *Diário da República*, I Série, n.º 266, 16.11.1984, pp. 3481 e s.; e 400/91, de 30 de Outubro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 20.º vol., 1991, p. 142.

⁴⁸⁹ Materializados quer em acórdãos, quer em decisões sumárias proferidas pelo relator ao abrigo do n.º 1 do artigo 78.º-A da LTC – cf. F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., p. 95, n. 127 (com referências jurisprudenciais).

⁴⁹⁰ Gomes CANOTILHO (*Direito...*, cit., p. 1025) questiona se a declaração de inconstitucionalidade se pode basear em julgamentos de normas constantes de diplomas diversos, mas com o mesmo conteúdo – o que pode suceder, v. g., quanto a normas regulamentares municipais. Cf. os diplomas apreciados pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 83/2001, de 5 de Março (in: *Diário da República*, I Série, n.º 82, 06.04.2001, pp. 2054 e ss.): em causa estava a análise da constitucionalidade de normas constantes de regulamentos policiais distritais, mas cujo conteúdo era idêntico; nessa medida, e tratando-se embora de (sete) pedidos autónomos que originaram outros tantos processos, o Tribunal entendeu incorporar num único processo os autos relativos aos restantes e proferir um única decisão (p. 2056).

⁴⁹¹ Sobre este processo, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1024 e s.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 279 e ss. V. ainda Oliveira ASCENSÃO, «Os Acórdãos...», cit., pp. 253 e s..

A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, explicitamente inspirada no processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade e prevista no n.º 1 do artigo 73.º do CPTA, caracteriza-se por constituir uma forma de controlo principal e abstracto de normas destinado a erradicá-las do ordenamento jurídico, com fundamento na sua ilegalidade simples⁴⁹². O legislador condiciona, porém, o pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, efectuado por quem seja ou previsivelmente venha a ser lesado, à verificação prévia da desaplicação da norma em três casos concretos, *i. e.*, e para utilizarmos as expressões textuais, “a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral [só] pode ser pedida (...) desde que a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade”. O passo decisivo em relação à erradicação da norma já considerada ilegal em, pelo menos, três casos concretos assenta na previsão de um *dever* do Ministério Público de pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral quando tenha conhecimento da recusa de aplicação da norma em três casos concretos (artigo 73.º, n.º 4, do CPTA)⁴⁹³.

Como sucede em relação ao processo misto, a circunstância de transitarem em julgado três decisões de recusa de aplicação não conduz automática ou necessariamente a uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Tal resulta, desde logo, da circunstância de as três recusas de aplicação pressupostas pelo preceito citado não sucederem necessariamente nos tribunais administrativos, mas envolverem (não só as declarações de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, mas ainda) todas as decisões judiciais de quaisquer tribunais que afastem a aplicação da norma com fundamento na sua ilegalidade. A declaração exige a propositura de uma nova acção administrativa especial com o fito de obter a expurgação da norma do ordenamento jurídico. Por outro lado, entende-se que o tribunal tem o poder de apreciar livremente a validade daquela, não estando coarctado pela existência das três decisões de ilegalidade ou pelos fundamentos que, na perspectiva dessas decisões, determinaram a invalidade da

⁴⁹² Mas nunca, face ao que dissemos anteriormente, com fundamento na inconstitucionalidade ou na ilegalidade reforçada (cf. também o artigo 72.º, n.º 2, do CPTA), porquanto a apreciação (a título principal e abstracto) dos vícios geradores daquelas integram a competência do Tribunal Constitucional e seguem os termos previstos na Constituição e na LTC.

⁴⁹³ De molde a propiciar o exercício deste dever, o n.º 5 do artigo 73.º do CPTA determina que, após o respectivo trânsito em julgado, a secretaria remeta ao representante do Ministério Público junto do tribunal certidão das sentenças de desaplicação. Tal não significa, porém, que, independentemente dessa remessa, tendo o Ministério Público conhecimento de três decisões judiciais que hajam julgado a norma ilegal (designadamente decisões dos tribunais comuns) não surja, da mesma forma, o mencionado dever.

norma, embora se afigure inegável o peso proporcionado pela existência de vários precedentes jurisprudenciais a apontar no sentido da ilegalidade da norma⁴⁹⁴.

Do périplo pelos meandros da desaplicação judicial de regulamentos importa agora retirar quais os contributos que dele avultam para a questão que nos ocupa.

Uma primeira observação atende à própria admissibilidade do poder de recusa de aplicação de regulamentos. A naturalidade com que, entre nós, é encarada a atribuição aos juízes a faculdade (volvida num autêntico «poder-dever») de recusar normas regulamentares inconstitucionais ou ilegais não se verificará quando estiver em causa a realização administrativa do direito. O fundamento do poder de desaplicação judicial de normas radica no âmago do sentido da função judicial dirigido à garantia e desenvolvimento do direito⁴⁹⁵ (o *ius dicere*), e cuja actuação se orienta pelo princípio *iura novit curia*, em ordem a uma necessária unidade do ordenamento jurídico, alcançável mediante a resolução de antinomias normativas⁴⁹⁶. A análise do eventual reconhecimento de semelhante poder de recusa de aplicação aos órgãos administrativos carecerá, pois, de uma argumentação que não poderá perder de vista as singularidades da função administrativa, neste ponto oscilante entre o respeito pelo princípio da juridicidade (com

⁴⁹⁴ Não ignoramos a relevância das sentenças tendentes à ultrapassagem das divergências jurisprudenciais – as sentenças de uniformização da jurisprudência –, as quais constituem, da mesma forma, relevantes mecanismos destinados a obviar os perigos para os quais alertámos em texto. Todavia, afigura-se igualmente inegável que, por mais forte que seja o valor de tais decisões, não possuirão uma eficácia comparável àquelas que se dirigem *ex professo* à erradicação da norma inválida.

Relativamente aos acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos no âmbito dos processos de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, a LTC prevê duas formas de uniformização da jurisprudência: a decisão do recurso de constitucionalidade em plenário (artigo 79.º-A da LTC) e o recurso para o plenário nos casos em que o Tribunal Constitucional vier a julgar a questão de inconstitucionalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma, por qualquer das suas secções (artigo 79.º-D da LTC; v. também artigo 224.º, n.º 3, da CRP). Sobre o recurso previsto no artigo 79.º-D, cf. F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 96 e s., n. 128; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 774 e s.; Carla Amado GOMES, «Os Pressupostos do Recurso para Uniformização de Jurisprudência Constitucional: Breves Notas ao Artigo 79.º-D/1 da LOTC», in: *O Direito*, pp. 511 e ss., esp.^{te} 520 e ss..

Já a utilização, no contexto em que nos movemos, dos mecanismos de uniformização da jurisprudência disponibilizados pela Justiça Administrativa – o julgamento ampliado do recurso e o recurso para uniformização da jurisprudência (consagrados, respectivamente, nos artigos 148.º e 152.º do CPTA) – poderão suscitar algumas perplexidades. Efectivamente, possuindo os tribunais o poder para declarar a ilegalidade de uma norma com força obrigatória geral, parecerá que, ao invés de proferir um acórdão uniformizador, tornar-se-ia preferível prever a possibilidade de o STA ou o TCA declararem a ilegalidade com força obrigatória geral, sempre que se verificasse o circunstancialismo previsto no artigo 148.º. Não se admitindo esta solução, estes mecanismos alicerçarão, de qualquer modo, uma tendência jurisprudencial no sentido da ilegalidade da norma, facilitando-se o cumprimento do pressuposto estabelecido no n.º 1 do artigo 73.º.

⁴⁹⁵ Assim também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 658.

⁴⁹⁶ V. BACCARINI, «Disapplicazione...», cit., p. 576.

toda a complexidade que hoje lhe é inerente) e a observância dos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da protecção da confiança e da boa fé.

O segundo núcleo problemático reside nos efeitos emergentes da recusa de aplicação. O controlo incidental, enquanto tal, pressupõe a existência de um litígio concreto (questão principal) para cuja resolução se pretende mobilizar uma norma regulamentar. As consequências jurídicas da rejeição da norma inválida significarão, também quando essa rejeição seja efectuada por um órgão administrativo, uma impossibilidade de encontrar a solução para o caso concreto pela mediação da norma considerada inconstitucional. Como assinalámos no devido momento, constitui este o ponto nevrálgico respeitante às consequências jurídicas da recusa de aplicação. Não obstante a distância que existe entre a posição ocupada pela Administração e a aquela desempenhada pelos tribunais no quadro da realização do direito, a admissibilidade da recusa de aplicação pelos órgãos administrativos confrontá-los-á com o problema da escolha dos critérios de decisão. Impõe-se, pois, uma necessária reflexão sobre o problema.

Uma terceira questão a ponderar consiste na harmonização das decisões que recusem a aplicação das normas regulamentares inválidas. No que respeita às recusas judiciais de aplicação, o legislador prevê um conjunto de mecanismos com esse objectivo; todavia, problema idêntico emerge nas hipóteses em que o afastamento das normas ocorre na tarefa de resolução de casos concretos cometida também à Administração. A admitirmos a possibilidade de recusa de aplicação pelos órgãos administrativos, urgirá, pois, ponderar sobre os instrumentos que assegurem a igualdade de tratamento e a segurança.

Por último, todas as questões enunciadas impõem a dilucidação de uma questão prévia, a saber, o regime jurídico da invalidade dos regulamentos. Apenas a intelecção dos casos em que a violação dos parâmetros de vinculação acarreta a invalidade das normas, bem assim como a compreensão das sanções que lhe estão associadas, permitirão uma subsequente análise do problema (do regime jurídico) da recusa de aplicação. Ora, é justamente aquela a matéria sobre a qual recairão as reflexões da Parte subsequente.

Parte III

A Invalidade do Regulamento como Fundamento da Recusa de Aplicação

Normen sind stets multivalent. Sie treffen die Adressaten in unterschiedlichen Interessenlagen. Vor allem schaffen sie Ordnungen und möglicherweise irreversible Zustände. Dem muss eine Fehlerlehre Rechnung tragen.

OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre für Untergesetzliche Normen», p. 2808

Esclarecido na Parte anterior o sentido a conferir à recusa de aplicação, importa agora apreciar o outro termo do problema: a invalidade do regulamento e o respectivo regime jurídico. Trata-se de questão dotada de significativa complexidade no ordenamento jurídico português que, em regra, é versada sob a óptica contenciosa, ao contrário do que sucede, v. g., na teoria do acto administrativo ou do contrato administrativo.

O tratamento dogmático deste tema postula, antes de mais, uma conexão com a problemática – a que já aludimos em momento anterior (cf. *supra*, Parte I, 4.) – dos limites jurídicos do poder regulamentar. Recuperando a consideração da dupla face dos regulamentos («fonte de direito» e forma de actuação administrativa), urge avaliar qual o plano normativo e, por conseguinte, quais os parâmetros de vinculação (*Bindungsmaßstäbe*, ou, sob outra perspectiva, *Prüfungsmaßstäbe*)¹ do regulamento para, concomitantemente, apreciar em que medida a respectiva violação acarreta a invalidade: daí a necessidade de perspectivar em separado os vários níveis de vinculação, identificados com os diversos planos normativos, sem, todavia, se olvidar que a submissão da actividade administrativa ao direito se não circunscreve à obediência às normas positivadas, mas, enquanto dirigida a criar direito, carece de uma impreterível refração nos fundamentos da juridicidade.

Só então nos encontraremos em condições de avaliar o regime jurídico da invalidade do regulamento que, sem obliterar uma necessária consideração da disciplina contenciosa relativa à fiscalização da validade dos regulamentos, procurará conciliá-la com

¹ Como se concluirá a partir do discurso subsequente, com esta invocação não nos estamos a reportar à *Lehre von den Maßstäben des Verwaltungshandeln* – sobre esta doutrina, cf., por todos, SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 312 e ss.; para uma conciliação entre a teoria e o problema das invalidades, v. BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 264 e ss..

as conclusões extraídas no que tange à forma e à intensidade da vinculação operada pelos parâmetros a cuja observância os regulamentos se encontram adstritos.

1. Fundamentos da recusa de aplicação e limites jurídicos do poder regulamentar

A figura da recusa de aplicação – enquanto fenómeno intimamente conexionado com a tarefa interpretativa – revela-se, como vimos na Parte II, sempre que, no momento da solução do caso concreto, o intérprete conclui pela inadequação prático-normativa da norma (*in casu*, regulamentar) para assimilar a situação decidenda. Resulta também das considerações tecidas que tal inadequação pode emergir em virtude da convergência de diversos factores, entre os quais se contabiliza justamente a *invalidade* da norma *prima facie* convocada para decidir o caso concreto.

O problema da validade do regulamento possui uma relação forte com os limites jurídicos ao poder regulamentar. Nos termos da teoria geral do direito, a validade corresponde ao sentido normativo, à específica normatividade, que, associada à eficácia, enquanto momento da realidade da existência histórica, constitui uma das dimensões do específico modo de existência do direito (o «dever-ser que é»): a vigência². Nesta medida, e orientando o problema para as normas, a validade destas últimas depende do respeito pelos valores, pelas exigências axiológicas, que densificam o sistema jurídico.

Estas considerações permitem também esclarecer que o facto de se associar a validade do regulamento à observância dos seus parâmetros de vinculação não pretende escamotear o imprescindível respeito pela normatividade – não é senão esta realidade que o princípio da juridicidade pretende espelhar, ao sublinhar a vinculação de toda a actividade administrativa ao direito vigente (e não apenas às normas pré-escritas), a abranger também o respeito pelos princípios normativos, entendidos justamente como os fundamentos da juridicidade³ ou o momento de validade da normatividade jurídica⁴. Sem perder de vista estas considerações, a alusão, neste contexto, aos parâmetros de vinculação do regulamento por referência aos diversos blocos normativos a que o exercício do poder regulamentar se encontra adstrito visa facilitar a identificação das consequências jurídicas da invalidade, com repercussões em sede de regime jurídico da recusa de aplicação – até

² Cf. Castanheira NEVES, *Curso (Extractos)...*, cit., pp. 146 e ss., e Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 584 e ss., Autores que, neste ponto, seguimos de perto.

³ Castanheira NEVES, *Curso (Extractos)...*, cit., p. 125.

⁴ Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 627.

porque a irreduzível abertura dos fundamentos (amiúde sublinhada pela doutrina⁵) os torna menos prestáveis que os critérios (as normas) também para a orientação da tarefa de emissão de regulamentos, sem prejuízo de o sistema conter, em regra, explicitações pré-escritas dos mesmos, que assumem, enquanto tal, uma função desoneradora. Eis o que sucede, por exemplo, relativamente aos princípios que se encontram corporizados no texto constitucional ou ainda, no que tange à actividade administrativa, no CPA, assumindo-se, muitas das vezes, como *princípios escritos*; sem descurar a sua natureza de fundamentos da normatividade jurídica, as consequências da violação desses princípios surgirão enquadradas no problema da ofensa ao parâmetro de vinculação que os precipita.

Se, sob pena de cedermos a um redutivismo de pendor normativista, a referência à validade não pode deixar de se reportar aos fundamentos axiológicos do direito, a verdade é que a solução do problema da validade das normas regulamentares também não prescinde do confronto das mesmas quer com os blocos normativos dotados de força normativa superior, quer com os princípios normativos⁶. Esta ideia pressupõe que, a questão da validade/invalidade das normas seja posta relativamente à ofensa quer dos fundamentos axiológico-normativos que caracterizam o direito como tal, quer dos vários níveis normativos de um concreto ordenamento jurídico positivado. Por outras palavras, e agora sob a nossa perspectiva teleologicamente interessada, o problema da validade das normas regulamentares depende ainda de uma análise dos diversos planos normativos em que os regulamentos se enquadram – planos esses que não se encontram sempre hierarquicamente organizados –, para determinar, nos termos pressupostos pelo direito positivo português, quais aqueles que, quando contrariados, inquinam as normas regulamentares com eles incompatíveis.

2. Validade e parâmetros de vinculação do regulamento

Na sequência do que acabámos de acentuar, a alusão aos parâmetros de vinculação do regulamento afigura-se relevante em dois momentos: no momento da emissão das normas regulamentares, tal referência orienta os órgãos administrativos com competência normativa; no momento da aplicação dos regulamentos, permite ao órgão decisor aferir da validade das normas regulamentares mobilizadas para a resolução do caso concreto. Esta

⁵ Cf., v. g., Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 631.

⁶ Pois que a validade representa um *plus* face à legalidade, mas possui um sentido axiológico ancorado nos fundamentos normativos. Cf. Castanheira NEVES, *Curso (Extractos)...*, cit., p. 152.

referência aos parâmetros de vinculação possui, como resulta da sua inserção sistemática no trabalho que vimos desenvolvendo, um propósito teleologicamente orientado: ao avaliar em que medida os vários níveis normativos constituem padrões aos quais os regulamentos devem obediência, pretende-se, em simultâneo, concluir quando se encontram os regulamentos feridos de invalidade.

A menção aos parâmetros de vinculação do regulamento não pode abstrair das delicadas questões relacionadas com o relacionamento entre os diversos escalões normativos, tarefa que aparece dificultada pela hiper-complexidade que pauta os actuais ordenamentos e que promove um autêntico «pensar em rede» (*Denken in Netzwerken*)⁷. Daí que não ignoremos as críticas de que o modelo da pirâmide normativa vem hoje padecendo, no seio de sistemas jurídicos (como os hodiernos) que, ao lado das normas provenientes de fontes (*manifestandi*) nacionais (no interior das quais não se poderá recorrer, sem mais, a uma concepção piramidal do sistema), inclui necessariamente aquelas produzidas nos horizontes europeu e internacional. Com efeito, em consequência da fragmentação do poder do Estado com que hoje nos deparamos – e que leva Casalta Nabais a expressivamente aludir à «“salamização” interna e externa do Estado»⁸ –, assistimos a um corresponsivo fenómeno de entrelaçamento de várias fontes normativas, a pressupor um exigente esforço de inteligência para compreender as relações existentes entre todas elas.

Encontrando-nos num cenário de complexidade de níveis normativos, a própria tentativa de dilucidação dos escalões aos quais os regulamentos administrativos se encontram vinculados constitui uma tarefa compreensivelmente mais difícil do que seria se ainda nos deixássemos guiar por um modelo similar ao da pirâmide normativa: com efeito, as relações entre os referidos níveis normativos não se pautam hoje exclusiva ou primacialmente pelo princípio da hierarquia, interferindo aqui outras coordenadas como o

⁷ HILL, «Normsetzung...», cit., p. 1024.

⁸ Casalta NABAIS, «Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 972 e ss. [aludindo ao “Estado «salamizado»”, enquanto fenómeno resultante da “fragmentação ou fraccionamento do (poder do) Estado em virtude da intensa disputa que os mais diversos pólos de poder político e sócio-económico vêm travando, reivindicando para si parcelas cada vez mais significativas do poder estadual como se este estivesse em saldos ou mesmo em liquidação”], e, mais recentemente, «A Autonomia Financeira...», cit., pp. 57 e s.. A este propósito, o Autor refere-se a uma “salamização” interna e externa do Estado (cf. o quadro sinóptico a p. 57, últ. *Op. cit.*), a sublinhar, por um lado, e a jusante, a absorção do poder estadual emergente das diversas formas de descentralização territorial (polarizada em torno de “regionalismos e municipalismos protagonistas contínuos de processos aparentemente inesgotáveis de ‘autonomia progressiva’”) ou associativa (onde emergem as pretensões dos grupos de pressão, com especial destaque para as associações públicas de profissionais liberais, a defender interesses “de grupo”), e, por outro lado, e a montante, a perda de poder resultante da integração (*maxime*, europeia) política e económica.

princípio da competência e o instituto da prevalência (associado ou não ao princípio da especialidade).

Esta erosão da perspectiva tradicional, acompanhada do surgimento de novos esquemas regulativos, leva alguma doutrina a aludir a uma «relativização dos parâmetros jurídicos», hoje essencialmente marcados pelo seu carácter variável, aberto e opcional⁹. Tais dificuldades não nos podem, porém, desorientar, a ponto de deixarmos de equacionar o lugar dos regulamentos no seio do sistema jurídico.

Do ponto de vista expositivo, tendo em conta a especificidade característica de cada uma das vinculações, e por razões dogmático-explicativas, autonomizaremos a análise dos termos da vinculação dos regulamentos aos princípios normativos, à Constituição, ao direito europeu e internacional, à lei e a outros regulamentos, sem ignorar a impossibilidade de uma verdadeira cisão entre cada um destes blocos normativos, cuja articulação deve ser compreendida nas suas mútuas cumplências.

2.1. A vinculação do regulamento aos princípios normativos

O problema da subordinação dos regulamentos aos princípios não reveste uma total novidade. Recorde-se que já Afonso Queiró¹⁰ concebia como limites ao poder regulamentar os princípios jurídicos fundamentais não escritos, os princípios constitucionais escritos e os princípios gerais de Direito Administrativo. A referência dogmática à vinculação administrativa a princípios reporta-se, por via de regra, à actividade decisória da Administração e à coetânea necessidade de os órgãos afeiçoarem, no caso concreto, a convergência de princípios com exigências díspares. Trata-se agora de aferir qual o sentido da vinculação dos órgãos com competências regulamentares aos princípios normativos, para efeitos de o projectar sobre o problema da validade dos regulamentos.

⁹ Cf. BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 147 e 150.

¹⁰ Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., pp. 231 e s.. Em sentido análogo, o *Conseil d'Etat* vem apelando aos «princípios gerais de direito» (aludindo igualmente aos «princípios fundamentais de direito», «princípios de direito público» ou ainda às «regras gerais ou fundamentais do nosso direito público») para controlar os regulamentos, designadamente, com o objectivo de verificar a não invasão do domínio da lei – cf. STECK, *La Contribution...*, cit., pp. 421 e ss.. V. também PAREJO ALFONSO, *Lecciones...*, cit., pp. 147 e ss., referindo-se aos princípios gerais de direito como limites materiais dos regulamentos; RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., pp. 1133 e ss., sobre o relevo dos princípios gerais de direito (*allgemeine Rechtsgrundsätze*) enquanto parâmetro da acção administrativa.

Como ensina, entre nós, Castanheira Neves¹¹, o momento de validade do sistema jurídico é constituído pelos *princípios normativos*, *i.e.*, pelos fundamentos axiológico-normativos e constitutivos do direito, fundamentos esses que, em virtude da abertura que os predica, enunciam uma intenção regulativa, mas não oferecem um critério imediato para a resolução de um problema¹².

Esta caracterização permite antever a heterogeneidade substancial do estrato dos princípios normativos. Com clareza se compreende que existe uma diferença de intencionalidade normativo-axiológica entre o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade (*stricto sensu*) da Administração¹³ e o princípio da gratuidade do procedimento administrativo: se o primeiro traduz o étimo fundante do direito (princípio suprapositivo) e o segundo representa um princípio informador e constitutivo do Direito Administrativo enquanto domínio jurídico-dogmático (princípio transpositivo), o último constitui apenas um princípio que vale como tal na medida em que consagrado no sistema jurídico pré-objectivado (princípio positivo¹⁴).

¹¹ Cf. Castanheira NEVES, *Curso...*, cit., pp. 125 e ss., «A Unidade...», cit., pp. 175 e ss., e *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito*, polic., Coimbra, s.d., p. 50; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 627 e ss. – Autores que seguiremos de perto, no que tange à caracterização dos princípios normativos.

A perspectiva aqui perfilhada não constitui objecto de unanimidade na doutrina nacional. Vejam-se, *v. g.*, a diferente posição propugnada por Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1159 e ss.; cf. ainda as interessantes posições-síntese de F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 81 e ss., n. 117, e Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 165 e ss..

Atente-se, por outro lado, que os princípios normativos não se confundem com os «princípios gerais de direito», cunhados pelo positivismo jurídico, que não consubstanciavam senão meras induções ou generalizações lógicas das normas positivas (cf. Castanheira NEVES, *Curso...*, cit., p. 127; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 627 e s.), muito próximos dos que Afonso QUEIRÓ («Teoria...», cit., p. 232) identificava como «princípios gerais de Direito Administrativo».

¹² Sem prejuízo da existência de *princípios em forma de norma*, susceptíveis de convocação para dar resposta a um problema jurídico: pense-se, *v. g.*, no princípio da decisão (artigo 9.º do CPA), do qual decorre, no mínimo, um dever de pronúncia do órgão administrativo, relativamente a todas as pretensões que lhes sejam apresentadas pelos particulares. Sobre os princípios em forma de norma, cf., *v. g.*, Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 639.

¹³ Sem omitir que o princípio da legalidade administrativa constitui uma especificação transpositiva do princípio suprapositivo da formalização. Sobre o princípio da formalização, cf., por todos, Aroso LINHARES, *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos*, polic., Coimbra, 2009, pp. 102 e 131.

¹⁴ A noção de «princípio positivo» aqui equacionada possui um sentido restrito, incluindo na sua *intensio* os princípios que, em simultâneo, se apresentam como contingentes e positivos, *i.e.*, que se revelam “sensíveis à intenção político-jurídica ou ético-social integrante” e que o direito se vê compelido a objectivar, para afastar caminhos alternativos igualmente viáveis (nestes termos, Aroso LINHARES, *Introdução...*, cit., pp. 100 e ss.). Esta contingência não significa, porém, que o fundamento do princípio positivo se reconduza à norma legal (ou constitucional) que o concretiza (tal era a concepção do positivismo jurídico, relativamente aos «princípios gerais de direito»): os princípios positivos constituem *concretizações possíveis* de princípios transpositivos e suprapositivos, correspondendo a opções político-legislativas; todavia, se essas normas-concretizações possuem uma ineliminável dimensão teleológica (*ratio legis*), esta última surge sempre temperada por uma dimensão normativa fundamentante (*ratio iuris*).

A afirmação dos princípios como parâmetro de vinculação dos regulamentos comporta, porém, duas questões: por um lado, compreender o sentido da *autonomização* da vinculação das normas regulamentares aos princípios normativos (I.); por outro lado, determinar qual a *operatividade* dos princípios no horizonte do exercício do poder regulamentar (II.).

I. O primeiro problema destina-se a aferir se os princípios normativos se assumem como um parâmetro de vinculação dos regulamentos *diferente* dos demais. A questão equaciona-se, em virtude de a maioria dos princípios específicos do Direito Administrativo encontrarem precipitações positivas a nível constitucional e/ou legal (assumindo-se como princípios escritos), o que dificulta a percepção de que a sua ofensa possa constituir uma autónoma causa de invalidade dos regulamentos (como o é a violação de normas da Constituição ou da lei).

Efectivamente, a submissão da actuação administrativa a certos princípios encontra-se prevista no artigo 266.º da Constituição – a «Carta Ética da Administração Pública»¹⁵ –, onde se contempla o respeito pelos princípios da prossecução do interesse público, do respeito pelos direitos dos administrados, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé. A subordinação administrativa a princípios normativos, *ex vi constitutionis*, não se esgota, porém, neste preceito: assim, *v. g.*, do artigo 267.º decorrem os princípios da desburocratização, da participação dos interessados, da descentralização e desconcentração, da unidade da acção administrativa; por sua vez, a consagração constitucional (no artigo 2.º) do princípio do Estado de direito traz ínsita a submissão dos poderes públicos aos princípios da legalidade da Administração, da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, da protecção jurídica e das garantias processuais¹⁶; de outras disposições especiais emergem os princípios da vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 2), da responsabilidade da Administração (artigo 22.º), da audiência e defesa em procedimento sancionatório (artigo 32.º, n.º 10); em especial, quanto ao exercício do poder regulamentar, o artigo 112.º estabelece os princípios da preferência ou preeminência da lei, e o logicamente correspondente princípio do

¹⁵ Maria da Glória GARCIA/António CORTÊS, «Artigo 266.º», cit., p. 558, anotação I.

¹⁶ Sobre o princípio do Estado de direito e os subprincípios concretizadores, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 256 e ss.; J. Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 49 e ss..

congelamento do grau hierárquico (n.º 6), bem como o princípio da precedência de lei (n.º 7).

Também o CPA dedica um Capítulo aos «Princípios gerais» (artigos 3.º a 12.º), onde figuram os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos dos cidadãos, da igualdade e da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade, da boa fé, da colaboração da Administração com os particulares, da participação, da decisão, da desburocratização e da eficiência, da gratuidade e do acesso à justiça. Trata-se de princípios que, em geral¹⁷, se destinam a reger “toda e qualquer actuação da Administração Pública”, tal como expressamente dispõe o n.º 5 do artigo 2.º do CPA, não se vislumbrando qualquer fundamento para do seu âmbito de aplicação se subtrair a actividade regulamentar. Se se aceita que alguns dos princípios enunciados se afeiçoarão menos à emissão de regulamentos (como sucede, *v. g.*, com o princípio da decisão ou o princípio da gratuidade), outros existem cujo alcance não se circunscreve a certas formas de acção administrativa (em especial, o acto administrativo), mas constituem fundamentos axiológicos pressupostos por toda a actividade da Administração e, por conseguinte, também pelo exercício do poder regulamentar: tal é o caso, paradigmaticamente, dos princípios da justiça, da imparcialidade, da igualdade, da proporcionalidade, da boa fé ou da legalidade.

Repare-se, aliás, que a precipitação constitucional e/ou legal dos princípios não inviabiliza, nem substitui o imperativo da subordinação da Administração a todo o direito, o qual implica uma submissão também aos princípios jurídico-normativos, *independentemente de estes constituírem objecto de consagração na Constituição*

¹⁷ Com a única excepção do princípio do acesso à justiça (artigo 12.º), o qual, em rigor, não consubstancia um princípio rector da *actividade* administrativa ou um princípio geral do *procedimento* administrativo, tratando-se antes de um *princípio do Direito Administrativo*. Na verdade, a garantia da tutela jurisdiccional efectiva (associada a este preceito) constitui um imperativo dirigido ao legislador, para que este discipline os mecanismos (designadamente, processuais) que facultem aos particulares o acesso aos tribunais para o controlo dos actos (*lato sensu*) da Administração. Não se estranha, por isso, que este princípio tenha já assento constitucional, quer, em geral, nos artigos 20.º (acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva) e 52.º, n.º 3 (acção popular), quer, especificamente quanto às actuações administrativas, no artigo 268.º, n.ºs 4 e 5, encontrando-se recuperado (repetido) na legislação processual administrativa (cf. artigo 2.º do CPTA).

Em sentido diverso, admitindo-o como “princípio geral do procedimento administrativo”, cf., porém, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 136, comentário I ao artigo 12.º; sem prejuízo da diversidade de posições, concordamos com os Autores quer quando apresentam as refracções procedimentais do princípio do acesso à justiça (nomeadamente, quanto à impugnabilidade dos «actos destacáveis»), quer quando defendem uma ampliação do mesmo, no sentido de garantir o direito ao recurso administrativo.

(*formal*)¹⁸ e/ou na lei. Eis-nos diante de uma consideração plenamente válida em relação aos princípios suprapositivos e transpositivos, pois que as exigências de sentido que lhes são inerentes impõem-se ao legislador constituinte¹⁹ e ordinário; tal significa que, ainda quando tais princípios não se encontrem (ou deixem de estar) positivados, permanecem os requisitos de validade normativa que polarizam. Assim, *v. g.*, a ausência de consagração constitucional do princípio da igualdade nunca abriria caminho para a possibilidade de a Administração legitimamente emitir normas regulamentares que efectuassem uma discriminação em função da raça.

Tal não significa, porém, que a consagração constitucional ou legal de princípios (suprapositivos e transpositivos) se revele juridicamente indiferente. Se um princípio se encontrar plasmado numa norma constante da Constituição ou da lei (norma essa que não constitui senão uma concretização possível do princípio), compreende-se que o imediato referente do intérprete (e também do órgão com competência regulamentar) se reconduza a essa norma que, neste contexto, desempenha uma função desoneradora²⁰. Daí que se, em geral, um regulamento vulnerar um princípio constitucional ou legalmente previsto (de forma expressa ou implícita) se possa reconduzir a invalidade à violação da Constituição e da lei, em termos de afirmar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade do regulamento em causa²¹. E esta conclusão não infirma as considerações precedentes, relativas à superioridade axiológica dos princípios (suprapositivos e transpositivos) face às normas que os positivam: não é por constarem de tais normas que os princípios se assumem como válidos no ordenamento jurídico; mas, uma vez que aí encontram uma concretização, o

¹⁸ É por isso que Maria da Glória GARCIA/António CORTÊS, («Artigo 266.º», cit., p. 564, anotação IV) defendem que a subordinação à Constituição deve significar um “acréscimo de juridicidade da actuação administrativa a desenvolver”, e, como tal, a referência efectuada no n.º 2 do artigo 266.º se reporta à constituição material, encontrando-se a Administração “vinculada ao próprio princípio primeiro em que se fundamentam as leis e as Constituições”: o Direito.

¹⁹ Não se ignoram as dificuldades que tal suscita, sob a óptica dos limites ao poder constituinte originário. De qualquer modo, a doutrina mais recente vem denegando a onipotência do poder constituinte, reconhecendo-lhe vinculações jurídicas. Cf., entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 81; Luzia Cabral PINTO, *Constituição e Teoria dos Limites Materiais do Poder Constituinte*, Studia Iuridica 7, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994, *passim*; Miguel Nogueira de BRITO, *A Constituição Constituinte – Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 387 e ss..

²⁰ Para este raciocínio concorrem ainda as dificuldades na aferição da juridicidade dos princípios não escritos e da sua qualificação como princípios *de* direito – cf. Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 638.

²¹ Nas hipóteses em que o princípio receba acolhimento a nível constitucional e legal, a violação reporta-se ao parâmetro mais elevado, *in casu*, a Constituição. Em regra, a consagração legal do princípio não traduz qualquer acréscimo normativo, limitando-se o legislador ordinário a recuperar (a repetir) as exigências que, de forma directa ou indirecta, já constam da Lei Fundamental: eis o que sucede, *v. g.*, com o princípio da proporcionalidade, cujo referente (constitucional) se revela mais amplo que a precipitação contida no n.º 2 do artigo 5.º do CPA.

parâmetro imediato de vinculação do regulamento reconduz-se a essas normas (e não directamente aos princípios), em virtude da maior proximidade que estas apresentam face ao exercício concreto daquela competência²².

Idênticas reflexões já se não podem transpor acriticamente para os princípios positivos. Ao contrário dos princípios suprapositivos e transpositivos, a subsistência daqueles pressupõe a respectiva consagração (ainda que implícita) no sistema jurídico pré-objectivado – a implicar a possibilidade da sua alteração pela Constituição ou pela lei, consoante os casos. Em rigor, nestas últimas hipóteses (princípios positivos), verifica-se uma coincidência entre a vinculação do regulamento aos princípios e a vinculação dos regulamentos à Constituição e à lei, em termos de não fazer sentido (por desnecessária) a autonomização da violação daqueles como causa de invalidade dos regulamentos. Nestas hipóteses, a violação do princípio (positivo) identifica-se, na íntegra, com a ofensa do preceito constitucional ou legal em que se encontra consagrado.

II. Uma vez admitidos os princípios como parâmetros autónomos de vinculação dos regulamentos, urge aferir qual a sua prestabilidade aquando do exercício do poder regulamentar. Sem menoscabo da ideia segundo a qual os princípios constituem, em qualquer caso, o referente último da validade do sistema jurídico (e, por conseguinte, também das normas regulamentares), a mobilização dos princípios normativos assume uma relevância decisiva nos casos em que o legislador confere *discricionariade regulamentar*, chamando o regulamento a desempenhar a função de dinamização da ordem jurídica (e, em certos casos, de dinamização legislativa). Observámos já (cf., *supra*, Parte I, 3.4.1.) que este conceito traduz os casos em que o titular do poder regulamentar detém uma liberdade (mais ou menos ampla) de opção ou de alternativas, no interior das margens permitidas pela norma exequenda. Nestas hipóteses, a indeterminação e a abertura da

²² Em abstracto, poder-se-á ainda suscitar a questão da invalidade do regulamento por violação de princípios suprapositivos ou transpositivos não escritos. É certo que o actual estágio do desenvolvimento dos instrumentos internacionais a que Portugal se encontra vinculado, bem como a ampla recepção (expressa ou implícita) que a Lei Fundamental efectua dos vários referentes axiológicos da normatividade jurídica transmitem alguma tranquilidade quanto à positivação de muitos princípios normativos. Todavia, a levarmos a sério a concepção dos princípios como o fundamento de todo o sistema jurídico, não poderíamos deixar de negar a validade a uma norma regulamentar que ofendesse um princípio suprapositivo ou transpositivo não escrito. Claro está que esta posição se não revela isenta de perplexidades: por um lado, leva imanente um conflito entre os valores da certeza e da justiça, pois que as normas (aí incluídas as de natureza regulamentar) são, pela sua concretude, muito mais densas que os princípios; por outro lado, e ao contrário do que sucede quando em conflito se encontram normas de hierarquia diferente, o confronto entre princípios e normas implica um confronto entre validade jurídica e legitimidade política. Cf. Castanheira NEVES, *Curso...*, cit., p. 125.

norma legal são preenchidas pela convocação dos princípios, visto que apenas a pressuposição destes últimos permite controlar a consonância normativa do regulamento emitido, em termos de averiguar se este responde às exigências de sentido que devem pautar a actividade administrativa. A menor densidade dos vínculos legislativos do exercício do poder regulamentar não significa, pois, uma ausência de subordinação jurídica²³.

Note-se, porém, que esta construção nem sempre se afigura pacífica, do ponto de vista jurisprudencial, atento apego a concepções já perimidas do princípio da legalidade. Assim, v. g., o STA²⁴ já admitiu que, quando o órgão emitir um regulamento dirigido à concretização do “espaço de liberdade” legislativamente conferido, ao arrepio de algum dos princípios a que a conduta da Administração se deve subordinar, a ilegalidade deve reportar-se à lei habilitante, que se entende violada na medida em que, embora formulada em termos abertos, não permitiria que a competência regulamentar fosse exercida daquele preciso modo.

Trata-se de uma posição que incorre em duas inexactidões. Por um lado, e arreigado à lei habilitante como único parâmetro de vinculação, o STA pretende reportar toda e qualquer violação de princípios como ofensa àquela lei. É justamente nos “espaços de liberdade” – aqueles que, por definição, não se encontram pré-determinados pelo legislador – que a autonomia da vinculação pelos princípios se manifesta. Como a doutrina já vem sublinhando a propósito da discricionariedade administrativa, o exercício de poderes discricionários não remete a Administração para o arbítrio, não constitui uma zona livre do direito ou de indiferença normativa, impondo-se o respeito pelos princípios orientadores do actuar administrativo (desde logo, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, boa fé), visto que a ampliação do grau de constituição criadora do órgão com competência regulamentar não acarreta a abdicação do carácter jurídico e normativo da respectiva «vontade»²⁵.

Por outro lado, a segunda incorrecção prende-se com uma inadequada compreensão do cânone da interpretação (da lei habilitante) em conformidade com os princípios²⁶. Não

²³ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, p. 251.

²⁴ Acórdão de 30.09.2009, P. 220/05, que anotámos nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril 2010, pp. 50 e ss., com considerações que agora recuperamos.

²⁵ Cf., por todos, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 47, e *O Dever...*, cit., pp. 373 e 376.

²⁶ Sobre o cânone da interpretação em conformidade com os princípios, cf. as considerações tecidas e a bibliografia citada, *supra*, Parte II, 2.2.3.1..

se ignora que a determinação da normatividade da norma convoca sempre a consideração de todo o sistema jurídico e, por conseguinte, também dos seus fundamentos, pelo que os princípios normativos em que aquela se louva consubstanciam o último factor da determinação da intencionalidade prático-normativa da norma. Transpondo este cânone para o nosso problema, temos que a lei habilitante contém normas destinadas a orientar (de forma mais ou menos fechada) o exercício do poder regulamentar e tais normas devem constituir objecto de uma interpretação em conformidade com os princípios, privilegiando-se o sentido que melhor se adegue aos fundamentos – promovendo-se uma unidade do sistema jurídico, reportada às respectivas opções axiológicas, em função das quais as normas hão-de ser compreendidas²⁷. Todavia, esta asserção pressupõe que a lei habilitante forneça ainda algumas balizas materiais para as soluções a consagrar nas normas regulamentares: apenas na medida em que se puder afirmar que uma correcta interpretação (que atenda aos fundamentos axiológicos) da(s) norma(s) legal(ais) impediria a adopção de determinadas disposições regulamentares, se revelará admissível reconduzir o vício à violação da lei.

Contudo, este raciocínio capitula nas hipóteses em que a lei habilitante se limite a definir a competência subjectiva e objectiva para a emissão do regulamento, dando azo à emissão de normas primárias sobre a matéria: eis o que sucede no horizonte dos regulamentos independentes e dos regulamentos autónomos. A ausência de especificações legais relativas ao sentido do exercício do poder regulamentar (substancialmente limitado tão-só pelo fim) embarga a defesa de que o conteúdo da lei habilitante ainda poderá ser interpretado em conformidade com os princípios, visto que, nestas hipóteses, não existe um mínimo de densidade legal material orientadora das soluções a plasmar no regulamento susceptível de constituir objecto de interpretação. Compreende-se, pois, que, nestas situações, o conteúdo regulamentar possa ofender directamente os princípios, sem, todavia, violar qualquer norma legal²⁸.

²⁷ Cf. Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., p. 166.

²⁸ Esta consideração carece de duas explicitações complementares. Em primeiro lugar, a ideia de acordo com a qual o conteúdo regulamentar pode ofender os princípios sem violar uma norma legal não fica infirmada pelo facto de tais princípios se encontrarem plasmados na lei. Ainda que, *formalmente*, à vulneração do princípio corresponda um atentado à disposição legal que o consagra, observámos já que, em certos casos, a respectiva subsistência é independente da posituação. Complementarmente, e em segundo lugar, esta asserção pressupõe que esteja em causa a violação de princípios suprapositivos ou transpositivos: se o regulamento afrontar um princípio positivo (*hoc sensu*, contingente e positivado), embora possa não existir uma violação da lei habilitante, verificar-se-á sempre uma ofensa da norma legal consagradora do princípio.

2.2. A vinculação do regulamento à Constituição

O princípio da juridicidade que pauta toda a actividade administrativa postula impreterivelmente uma subordinação da Administração à Constituição (v. artigo 266.º, n.º 2, da CRP), enquanto fonte interna primeira (*fons fontis, norma normarum*) do ordenamento jurídico português²⁹. Aliás, esta asserção representa uma consequência ancilar do princípio do Estado de direito, que conhece como uma das suas dimensões estruturantes o princípio da constitucionalidade, o qual, na sua acepção ampla, postula a vinculação constitucional dos poderes públicos, e no seu sentido restrito, faz depender a validade³⁰ de todos os actos jurídico-públicos da sua conformidade com a Constituição (cf. artigo 3.º, n.º 3, da CRP)³¹.

Como resulta das considerações tecidas a propósito do princípio da juridicidade (em geral) e do princípio da constitucionalidade (em especial), poderemos afirmar que, mesmo indirectamente³², a Constituição é sempre o padrão (interno) último de referência de validade dos actos do Estado e demais entes públicos e, por conseguinte, também do exercício do poder regulamentar. Tal não inviabiliza, porém, que a observância da Constituição pelos órgãos administrativos surja, em elevado grau, mediada pelo princípio da legalidade³³.

A afirmação da subordinação administrativa à Lei Fundamental permite acentuar o fundamento constitucional da função administrativa, revestindo autonomia dentro do

²⁹ Cf. as recentes reflexões de Dinamene de FREITAS, *O Acto Administrativo Inconstitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 21 e ss., relativas ao sentido da vinculação da Administração à Constituição.

³⁰ Embora a invalidade dos actos jurídico-públicos que atentem contra a Constituição não corresponda necessariamente a uma sindicância jurisdicional: assim, v. g., a maioria dos actos políticos ou de governo não são susceptíveis de controlo judicial. Sobre este aspecto, da perspectiva do princípio do Estado de direito, cf. Jorge MIRANDA, «Artigo 3.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., p. 121, anotação VII.

³¹ Sobre os sentidos amplo e restrito do princípio da constitucionalidade, cf. Blanco de MORAIS, *Justiça...*, cit., pp. 120 e ss..

³² Ainda quando se trata, como é a regra, de uma actividade administrativa mediada pela lei (e, por conseguinte, uma actividade de segundo grau), a Constituição assume-se sempre como parâmetro de validade da mesma, ainda que indirecto. Simplesmente, quando se alude ao problema da possibilidade (ou não) de recusa de aplicação de um regulamento com fundamento em violação da Constituição, atende-se às situações em que existe um desrespeito *directo* de normas e princípios constitucionais, tendo em vista as hipóteses em que também se verifica uma vinculação constitucional *directa* dos regulamentos, porquanto a Administração actua com fundamento *directo* na Constituição – cf. *infra*, em texto, e, sobre o problema da inconstitucionalidade dos regulamentos e a sua necessária autonomização face à ilegalidade, o que diremos em 2.2.3..

³³ Em sentido próximo (a propósito da vinculação administrativa pelos direitos fundamentais), v. STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1344.

exercício dos poderes discricionários concedidos pelo legislador (existentes, também no plano das competências regulamentares), sem descurar a relevância que essa subordinação assume quando a Administração se depara com uma lei inconstitucional. Além disso, hoje atingem uma relevância cada vez maior as situações em que se admite que a Administração actua com fundamento directo no texto constitucional – eis o que sucede primacialmente no âmbito dos regulamentos independentes do Governo. Aliás, se o facto de a função administrativa se caracterizar como uma função de segundo grau parecia afastar a Constituição como parâmetro *directo* da actividade regulamentar, a verdade é que tal não sucede, desde logo, por encontrarmos normas constitucionais especificamente dirigidas ao modo do exercício do poder regulamentar (v., paradigmaticamente, os n.ºs 6 e 7 do artigo 112.º). Além disso, é ainda ao nível constitucional que se encontram consagradas as autonomias normativas a favor das universidades, das regiões autónomas e das autarquias locais [cf., respectivamente, artigos 76.º, n.º 2, 227.º, n.º 1, alínea *d*), e 241.º], bem como a genérica competência do Governo para emitir os regulamentos necessários à boa execução das leis [cf. artigo 199.º, alínea *c*].

A simples afirmação da vinculação da actividade administrativa e, por conseguinte, do exercício do poder regulamentar não permite descrever com exactidão as condições em que tal vinculação se processa. A correcta compreensão do problema postula, pois, que nos debruçemos sobre o problema da *intensio* e *extensio* do bloco da constitucionalidade (2.2.1.), sem perder de vista a especial vinculação da Administração aos direitos, liberdades e garantias (2.2.2.). Por outro lado, atenta a circunstância de os regulamentos se afirmarem como normas de segundo grau, tendo a lei como parâmetro directo de vinculação, importa aferir da questão da autonomização da sanção da inconstitucionalidade face à ilegalidade (2.2.3.).

2.2.1. O «bloco de constitucionalidade»: significado e funções

A relevância assumida pelo bloco normativo da constitucionalidade resulta da ultrapassagem da concepção segundo a qual a lei conteria sempre (porque concretizava) as decisões fundamentais (*Wertentscheidungen*) e os princípios constitucionais; a partir do momento em que se compreendeu que a própria Administração era chamada a actuar as

normas constitucionais³⁴, torna-se premente densificar o conteúdo do «bloco da constitucionalidade» e as funções que a Constituição exerce relativamente ao exercício da actividade administrativa, *maxime*, de natureza normativa³⁵.

I. A referência ao «bloco da constitucionalidade» no quadro dos parâmetros de vinculação do regulamento pretende sublinhar a indefectível subordinação das normas administrativas aos princípios jurídico-constitucionais e às normas decorrentes da Constituição formal. Neste cenário, a Constituição surge também como o *genetic code* da Administração Pública³⁶, que marca indelevelmente o sentido normativo do Direito Administrativo, sentido normativo esse que, aliado a uma vocação de inovação e flexibilização, encontra sempre na realidade (constitucional) um arrimo propiciador do seu desenvolvimento progressivo³⁷. Sem a pretensão de discorrer sobre o conteúdo do *corpus* constitucional ou de caracterizar cabalmente o «sistema aberto de regras e princípios» que a Constituição corporiza³⁸, impõe-se uma breve referência à tipologia das normas da Lei Fundamental vinculativas do *agere* administrativo, em especial, do poder regulamentar.

Numa perspectiva estrutural, Vieira de Andrade³⁹ distingue, neste domínio, três estratos: o primeiro, composto pelos princípios jurídicos fundamentais que, consolidados na consciência jurídica da comunidade, dão corpo a uma concepção material de Constituição e que, enquanto tal, consubstanciam limites ao exercício do próprio poder constituinte originário (*inter alia*, o princípio da dignidade da pessoa humana, da protecção

³⁴ Cf. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 140. Com esta asserção não se pretende escamotear que a percepção das íntimas relações entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional nasce cedo e que, no fundo, se encontrava já subjacente à famosa (mas incompreendida) afirmação de Otto Mayer, segundo a qual “o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativa permanece”, ou à perspectiva de Lorenz von Stein, de acordo com a qual “está subjacente à natureza da Administração que as respectivas categorias não se alteram como as da Constituição, nem em si, nem ao nível do direito positivo”, para logo a seguir concluir que à menor permeabilidade do Direito Administrativo às transformações sociais não corresponde a sua inalterabilidade quando as revoluções atingem os fundamentos da sociedade e do Estado – neste sentido, cf. BACHOF, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts», in: *Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatslehrer*, n.º 30, 1972, p. 204 (v. também pp. 195 e s., acentuando o carácter impreciso das fronteiras entre a dogmática constitucionalista e a dogmática administrativista).

³⁵ A repercussão directa das normas constitucionais sobre a Administração Pública e a actividade administrativa não se revela idêntica em todos os ordenamentos. Cf., v. g., na Alemanha, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 189 e ss.; em Itália, CASSESE, *Le Basi...*, cit., pp. 335 e s.; CARINGELLA/DELPINO/DEL GIUDICE, *Diritto...*, cit., pp. 29 e s.; CASETTA, *Compendio...*, cit., pp. 13 e ss.; em Espanha, GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 100 e ss.; em França, CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, cit., pp. 33 e ss..

³⁶ BECKER, *apud* WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 189.

³⁷ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., pp. 16 e s..

³⁸ Sobre estas questões, v., por todos, entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1129 e ss., 1159 e ss., respectivamente.

³⁹ Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., pp. 49 e s..

boa fé, da proibição do arbítrio); o segundo, integrado pelas normas correspondentes a «decisões fundamentais» que constituem o núcleo essencial ou identidade da Constituição e, nessa medida, dotadas de maior «capacidade de resistência» à alteração; e o terceiro, que compreende as normas incluídas neste nível normativo tão-só por se encontrarem consagradas na Constituição formal⁴⁰.

Encarando agora as normas constitucionais sob a perspectiva do respectivo conteúdo, temos que as mesmas se podem reportar a aspectos formais ou a questões materiais: entre as primeiras contam-se aquelas que prevêm competências e/ou requisitos de forma [atente-se, *v. g.*, na alínea *c*) do artigo 199.º e no n.º 6 do artigo 112.º]; as segundas constituem critérios de decisão vinculantes⁴¹ das diversas formas do *agere* administrativo, como sucede paradigmaticamente com as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos de natureza análoga), dotadas de aplicabilidade directa, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º.

Adoptando um critério subjectivo – que atenda às posições jurídicas alicerçadas pelo «bloco da constitucionalidade» – torna-se possível destringir entre as normas das quais se deduzem directamente direitos subjectivos (quer para os cidadãos, como sucede com os direitos fundamentais, quer para os entes administrativos, como acontece, *v. g.*, com o direito à autonomia das universidades), aquelas que fundamentam deveres constitucionais (pense-se, por exemplo, nos deveres de informação e de fundamentação de actos administrativos) e aquelas que se limitam a fixar objectivos gerais (entre as quais se contam os artigos 9.º e 81.º)⁴².

II. A dependência da actividade administrativa em geral, e do exercício de poder regulamentar em especial, relativamente à Constituição permite afirmar que também a

⁴⁰ Subjacente a esta estruturação está a destringência entre normas e princípios; sobre este problema, *v.* Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1160 e ss., e «Direito...», cit., pp. 37 e s.; cf. também CANARIS, *Pensamento...*, cit., pp. 80 e ss. (confronto entre sistema de princípios e sistema de normas); ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 44; ALEXY, *A Theory...*, cit., pp. 19 e ss.. Entre nós, *v.* ainda Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 76 e ss. (tipologia de princípios); Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 656 e s. (princípios e normas); F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 81 e ss. (distinção entre normas e princípios, à luz do artigo 204.º da Constituição).

⁴¹ Sem prejuízo de, ao nível do conteúdo, encontrarmos também normas de conteúdo programático dirigidas à Administração, fixando os respectivos fins ou tarefas. *V. infra*, em texto.

⁴² Adoptando esta distinção para caracterizar a eficácia e o sentido da vinculação das normas constitucionais, cf. ZIPPELIUS/WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 43.

actividade normativa da Administração leve subjacente uma decisão constitucional⁴³. Se nos interrogarmos sobre as funções desempenhadas pelo «bloco da constitucionalidade» assim delineado, no que à vinculação dos regulamentos à Constituição tange, diremos que a Lei Fundamental pode surgir sob diversas vestes (apenas dogmaticamente cindíveis), perfilando-se quer como norma habilitante, quer como pano de fundo da interpretação das leis exequendas, quer como critério de conformação do conteúdo regulamentar⁴⁴.

Assim, quando se trata do exercício do poder regulamentar, a Constituição surge, desde logo, com uma função determinante ao nível hermenêutico, assumindo aqui especial relevo o cânone da interpretação em conformidade com a Constituição. Diferentemente do que vimos na Parte II (2.2.3.1.), o referido cânone é agora convocado não no âmbito da resolução de um caso concreto pela mediação de um regulamento perspectivado sob a lupa constitucional, mas para sugerir que, aquando da emissão de uma norma regulamentar destinada a executar ou a complementar uma determinada lei, a esta última se conferirá um sentido e alcance que a torne compatível com a Constituição. Por outras palavras, o órgão com competência normativa tem o dever de contemplar no regulamento as soluções decorrentes de uma interpretação da lei exequenda que favoreça a conformidade constitucional da mesma.

Já a assunção de uma função habilitante pela Lei Fundamental ocorre fundamentalmente no âmbito dos regulamentos independentes. Neste cenário, a vinculação regulamentar à Constituição reveste uma natureza orgânico-formal, com refrações materiais. Seguindo o entendimento que perfilhámos na Parte I (3.4.), admitimos, por conseguinte, nas condições aí expostas, a emissão de regulamentos independentes do Governo em execução directa da Constituição, tarefa que compreende a emissão de regulamentos dirigidos à satisfação de todos os fins públicos.

Por fim, a Constituição constitui um critério de conformação material do regulamento, que, sobretudo no domínio discricionário (incluindo o da discricionariedade regulamentar), determinam, completam e limitam as aberturas deixadas pelo legislador⁴⁵.

⁴³ Estamos a parafrasear WOLFF/BACHOF/STOBER (*Verwaltungsrecht*, cit., p. 190), para quem “cada decisão da Administração é uma potencial decisão constitucional”.

⁴⁴ Em sentido próximo, a propósito da substituição da lei pela Constituição, como fundamento do agir administrativo, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 735 e ss.) identifica duas áreas de incidência daquela substituição: a Constituição como norma habilitadora de competência administrativa e a Constituição como critério imediato de decisão administrativa.

⁴⁵ SCHMIDT-ASSMAN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 50. E tal sucederá também nos casos em que encaremos apenas os princípios constitucionais, cujas decorrências podem fundar

Os regulamentos, mesmo quando executivos, enquanto actos típicos da função administrativa, constituem uma forma de concretização da Constituição, ainda que mediados pelo legislador. Fora dos domínios reservados à lei, a Administração surge como «destinatária de imposições constitucionais de bem-estar»⁴⁶, competindo-lhe também, através de instrumentos normativos emitidos sob a égide das opções fundamentais adoptadas pelo legislador, orientar a sua acção para o cumprimento das tarefas cometidas ao Estado (*lato sensu*). Esta ideia apresenta uma força decisiva no quadro dos regulamentos independentes e autónomos: não só o reconhecimento e o alcance da norma administrativa primária que estes corporizam devem ser sempre cotejados com as restantes normas e princípios constitucionais (mormente com o princípio da reserva de lei), como também a presença de discricionariedade regulamentar (que não equivale a um espaço livre do direito) concita um confronto mais directo com os preceitos constitucionais, porque mais largas se apresentam as malhas definidas pela legislação⁴⁷. É justamente neste âmbito que se torna determinante a vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias.

Mas a Constituição funciona também como limite negativo à actividade regulamentar, não podendo os órgãos administrativos emitir normas contrárias ao disposto na Lei Fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Constitui esta a feição que maior relevância desempenha no quadro do estudo da invalidade do regulamento. Como veremos, a aferição da inconstitucionalidade dos regulamentos pode, contudo, revestir contornos delicados, em face da sua delimitação perante a figura da ilegalidade.

2.2.2. Em especial, a vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias

A genérica vinculação da Administração Pública à Constituição proclamada pelo já citado n.º 2 do artigo 266.º possui uma concretização especial na vinculação administrativa

positivamente as soluções adoptadas pelos regulamentos administrativos. Parecendo, contudo, apontar em sentido diverso, cf. Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 264, n. 2.

⁴⁶ Assim, Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 596 e ss., e *Legalidade...*, cit., p. 740.

⁴⁷ Trata-se de uma solução com repercussões análogas àquela que a doutrina francesa designa como doutrina do *écran législatif transparent* (cf. *infra*, em nota), ao sublinhar que, quando o legislador não fixa critérios materiais de actuação administrativa, esta (quase) ausência de lei não isenta o órgão administrativo do respeito pela Constituição, que, nesse momento, assume uma feição mais nítida, permitindo, desde logo, o controlo da constitucionalidade da actuação administrativa em causa; assim acontece quando a lei habilitante reenvia a matéria para regulamento, não contendo regras de fundo sobre a mesma, caso em que a validade (material) das normas regulamentares há-de ser aferida em função de parâmetros supra-legislativos. Cf. CHAPUS, *Droit...*, cit., p. 34; ABRAHAM, «Conclusions, CE, 17 mai 1991, *Quintin* – Le Contrôle de Constitutionnalité Opéré par le Juge Administratif et la Théorie de la “Loi-Ecran”», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Setembro/Outubro 1991, pp. 1430 e s..

aos direitos fundamentais, o que nos faculta o ensejo de testarmos as considerações tecidas no número anterior a propósito de uma matéria determinada. Colocar a actividade administrativa sob a égide do princípio do Estado de direito (cf., *supra*, Parte I, 1.) apresenta repercussões a nível individual-subjectivo que implicam a aliança entre a concepção do direito como ordenador do *agere* da Administração e a vinculação administrativa à protecção e defesa dos direitos dos cidadãos, com todas as implicações que comporta da perspectiva da submissão da acção administrativa às exigências de proporcionalidade, igualdade e segurança jurídica, enquanto reflexos das necessidades humanas de racionalidade, consideração e orientação⁴⁸.

Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição, a vinculação de todas as entidades públicas aos direitos, liberdades e garantias consiste numa das coordenadas do regime específico constitucionalmente delineado deste tipo de direitos. Ora, a actividade administrativa, por se encontrar no ponto de confluência entre a prossecução de interesse público e a afectação das posições privadas, afigura-se especialmente permeável ou sensível à vinculação exercida pelos direitos fundamentais⁴⁹.

A vinculação da Administração aos direitos, liberdades e garantias constitui um caso especial de vinculação administrativa à Constituição, onde se projecta a subordinação directa da actividade administrativa ao bloco da constitucionalidade. Uma das dimensões dessa vinculação projecta-se justamente em sede de elaboração de regulamentos administrativos e, como veremos na Parte IV (2.1.2.1.), ao nível das possibilidades de recusa de aplicação de normas regulamentares pelos órgãos administrativos. A tematização da vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias (e, em geral, à Constituição) suscita questões delicadas, em virtude da centralidade que assume na busca do equilíbrio entre a observância dos direitos fundamentais e o respeito pela lei, que constitui precisamente um dos mais importantes factores de limitação dos mesmos direitos⁵⁰. Note-se, aliás, que, para além da genérica observância dos direitos, liberdades e garantias (e direitos de natureza análoga), a CRP consagra um conjunto de direitos que têm como destinatários os órgãos administrativos: eis o que sucede com as diversas posições jurídicas emergentes dos artigos 267.º e seguintes (v. g., direito de participação, direito à

⁴⁸ Assim, SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., pp. 19 e s..

⁴⁹ SCHMIDT-ASSMANN (*Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 62, 69 e ss.) alude à forte sensibilização (*starke Sensibilisierung*) do Direito Administrativo aos direitos fundamentais, sobretudo em atenção às actuações administrativas de autoridade, em consequência da sua concepção inicial como o oposto da actividade administrativa.

⁵⁰ Neste sentido, STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1343.

informação procedimental e não procedimental e direito ao arquivo aberto, direito de audiência e defesa em procedimento disciplinar).

A vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias – fundamentalmente alicerçada em torno das notas da aplicabilidade directa e da vinculação de entidades públicas – vai permitir a formulação de três ordens de problemas, de natureza objectiva, subjectiva e material, respectivamente: I. quais as actividades visadas (considerando que a Administração também actua em forma privada)?; II. quais as entidades vinculadas (tendo em conta a devolução de tarefas administrativas a particulares)?; III. em que se traduz a vinculação (mormente no que tange ao exercício do poder regulamentar)?.

I. Relativamente à primeira questão mencionada – a vinculação da Administração ainda quando actua em forma privada –, a mesma não emerge no horizonte problemático em que nos movemos. Com efeito, não persistem dúvidas de que o exercício do poder regulamentar corresponde ao desempenho de uma função pública, assumindo-se o regulamento como uma das formas típicas de agir administrativo. Não está, portanto, em causa o exercício de uma tarefa pública através de forma privada, nem o puro desempenho de uma tarefa privada – os pontos que suscitariam maiores dificuldades⁵¹ –, mas sim o desempenho de um poder público através de uma forma jurídico-pública.

Não é por acaso que alguma doutrina⁵² equaciona a inclusão da vinculação de todos os actos *normativos* públicos na vinculação do legislador (num sentido extensivo) aos direitos, liberdades e garantias, sublinhando que aqui se encontram compreendidos também os regulamentos administrativos. Trata-se de uma solução que não assume apenas contornos dogmáticos, mas permite, quando esteja em causa o exercício de uma qualquer actividade normativa, submetê-la imediatamente aos direitos fundamentais, sem ter de averiguar com que função estadual se coaduna – o que se pode relevar importante perante normas administrativas emitidas por entidades privadas. De qualquer modo, esta

⁵¹ Embora a doutrina venha entendendo que, quando actuam nas vestes de direito privado, os entes públicos se encontram, enquanto tal, vinculados da mesma forma aos direitos, liberdades e garantias (não se verificando uma assimilação à hipótese de vinculação de entidades privadas). Cf., v. g., Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1285 e ss.; Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., pp. 505 e ss..

⁵² Cf., v. g., STERN, *Staatsrecht...*, vol. III/1 cit., pp. 1271 e ss. (cf. ainda pp. 1327 e ss., 1337 e ss., especificamente sobre a vinculação do poder normativo regulamentar aos direitos fundamentais); entre nós, v. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 441.

perspectiva possui sempre a vantagem de alertar para a pluralidade normativa do sistema jurídico, que se não esgota na lei parlamentar.

II. Com maiores dificuldades nos poderemos deparar quanto ao âmbito das entidades envolvidas pela vinculação aos direitos, liberdades e garantias, visto que a titularidade do poder regulamentar não se circunscreve apenas às pessoas colectivas públicas, encontrando-se cometida, sob certas circunstâncias, a entidades privadas – como o admite, aliás, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF⁵³.

Neste horizonte, deparamo-nos com diversificados exemplos que dão testemunho da devolução de poderes normativos públicos àqueles sujeitos. Assim sucede, desde logo, com as pessoas colectivas privadas criadas e formadas por entidades públicas, onde avultam as sociedades de participação pública, cuja conceptualização como «entidades administrativas privadas»⁵⁴ não oblitera a sua consideração como sujeitos privados (embora só em sentido formal-organizatório)⁵⁵. Além disso, no horizonte da devolução de tarefas públicas a privados, encontramos ainda os concessionários, as entidades privadas que exercem uma actividade cujo objecto se traduz no desempenho de uma função administrativa, assim como as instituições particulares de solidariedade social e as pessoas colectivas de utilidade pública⁵⁶.

⁵³ Aliás, a doutrina nacional não tem colocado grandes entraves à admissibilidade de emissão de regulamentos por parte de entidades privadas com funções administrativas – cf., v. g., Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 247; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., 152, 155 e ss.; Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 547; Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 694 e ss. V. também as considerações tecidas *supra*, Parte I, 2.2., III, ainda que somente a propósito da previsão do exercício do poder regulamentar por entidades privadas no âmbito de contratos administrativos.

⁵⁴ Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 285 e s.; v. ainda pp. 280 e ss., 541 e ss.; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 304 e ss..

⁵⁵ Pense-se, por exemplo, no amplo poder regulamentar conferido às administrações portuárias, que revestem a forma de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos. Cf., v. g., artigo 11.º, n.º 2, alínea *c*), dos *Estatutos da Administração do Porto da Figueira da Foz* (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 210/2008, de 3 de Novembro), que comete ao conselho de administração o poder para elaborar os regulamentos necessários à exploração dos portos [v. também alínea *d*), relativa à regulamentação das actividades portuárias, ou das actividades com estas directamente relacionadas, respeitantes a movimento de navios e de mercadorias, a armazenagem e outras prestações de serviços, como fornecimento de água, energia eléctrica, combustíveis e aluguer de equipamentos].

⁵⁶ Sobre os poderes regulamentares das instituições particulares de solidariedade social, cf. Licínio LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 486 e ss..

Outro exemplo característico reconduz-se à competência regulamentar atribuída por lei às federações desportivas com estatuto de utilidade pública desportiva. A obtenção do estatuto de utilidade pública desportiva confere ao seu titular a competência para o exercício, em exclusivo, de *poderes regulamentares*, disciplinares e outros de natureza pública, prerrogativas compensadas pela imposição das obrigações de cumprir os objectivos de desenvolvimento e generalização da prática desportiva, garantir a representatividade e o funcionamento democrático internos (em especial através da limitação de mandatos), bem como a transparência e regularidade da sua gestão (cf. artigo 19.º da *Lei de Bases de Actividade Física e*

Repare-se que, para além dos limites impostos pelo princípio da legalidade (designadamente, pelo princípio da precedência de lei), estas entidades só poderão emitir regulamentos no âmbito do exercício das funções administrativas que lhes estão cometidas: a devolução de uma competência normativa pública a uma entidade privada apenas ocorre se existir um acto de natureza pública (um acto legislativo ou um acto jurídico-público com base num acto legislativo prévio) a efectuar-la directa e ineludivelmente⁵⁷, conferindo-lhe o poder de emitir normas jurídico-públicas (e não apenas de propor a sua emissão) em virtude e para o desempenho das funções administrativas que aquela entidade prossegue e pelas quais é responsável⁵⁸.

Já, todavia, não parece de admitir a existência de regulamentos de entidades privadas ao abrigo de uma autonomia normativo-regulamentar, cuja defesa decorreria da ideia segundo a qual as organizações colectivas privadas (associativas ou representativas de uma certa colectividade) dotadas de poderes de auto-regulação sobre os seus membros constituem a terceira alternativa institucional da Administração autónoma⁵⁹. A resolução deste problema pressupõe uma necessária articulação com o regime jurídico da delegação de poderes públicos em entidades privadas: trata-se, pois, de avaliar se basta ao acto que opera a devolução desses poderes determinar que certo órgão tem competência para a emissão dos regulamentos que se revelem imprescindíveis ao desempenho das tarefas públicas assumidas pelo ente em que se integra. Em primeiro lugar, e ao contrário do que vimos suceder com as entidades públicas autónomas, não existe nenhum arrimo constitucional que permita a defesa de uma tal posição. Por outro lado, da Constituição resulta claramente o princípio de que o exercício de poderes de autoridade (onde se inclui

Desporto – Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro). Além da competência para a elaboração do regulamento disciplinar (cf. artigo 1.º da Lei n.º 112/99, de 3 de Agosto, que aprova o regime disciplinar das federações desportivas, e artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro, que aprova o regime jurídico das federações desportivas), as federações estão dotadas de poder regulamentar público (cf. artigos 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008).

⁵⁷ Neste sentido se inclinam as reflexões do Tribunal Constitucional, quando se trata de avaliar se as normas de regulamentos de federações desportivas se integram no conceito de norma para efeitos de controlo da constitucionalidade (cf. Acórdãos n.ºs 472/89 e 730/95, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 14.º vol., pp. 7 e ss., e 32.º vol., pp. 255 e ss., respectivamente). Nos termos desta jurisprudência, o Tribunal Constitucional, partindo da natureza privada das federações desportivas (*in casu*, da *Federação Portuguesa de Futebol*), considera-se competente para conhecer da constitucionalidade das normas do respectivo regulamento disciplinar, por entender que as mesmas revestem natureza pública, no sentido de normas providas de um poder normativo público, em resultado da devolução de poderes públicos operada pelo legislador e da consequente submissão ao controlo público. Sobre esta matéria, v. também José Manuel MEIRIM, «A Fiscalização da Constitucionalidade dos Regulamentos das Federações Desportivas», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 66, 1996, pp. 117 e ss..

⁵⁸ Em sentido idêntico, e apontando também a referida biunivocidade, cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 738 e 742; v. ainda Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 547. Tal como acentua o primeiro Autor, a tarefa de identificação, em concreto, de uma previsão legal que atribua uma competência regulamentar a uma entidade privada pode revelar-se espinhosa e complexa, atento o facto de alguns diplomas se referirem à necessidade de *aprovação* do regulamento por uma entidade pública (v. *Entidades...*, cit., pp. 739 e ss.).

⁵⁹ Assim, Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 566 e ss. (569), na esteira de alguma doutrina alemã. Em sentido idêntico, já o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 101/88, de 9 de Fevereiro (in: *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, vol. VIII, 1988, p. 99), se referia às federações desportivas como pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública integrantes da Administração autónoma. Em sentido inverso, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 857.

o poder regulamentar) cabe a pessoas colectivas públicas⁶⁰; em consequência da excepcionalidade que singulariza a atribuição de poderes de autoridade a entidades privadas, estas deverão ser titulares de um poder regulamentar limitado e legalmente individualizado (e não um poder regulamentar “normal”), sob pena de se subverter, em termos normativos, aquele princípio em todas as áreas do exercício privado de funções públicas. Finalmente, os princípios da determinação dos poderes delegados e da enumeração das competências públicas apontam no sentido de uma identificação precisa dos poderes regulamentares atribuídos às entidades privadas⁶¹.

Esclarecido o alcance do exercício do poder regulamentar por entidades privadas, resta apreciar em que medida se verifica a vinculação das mesmas aos direitos, liberdades e garantias. Trata-se, aliás, de problema que não se prende com o *an*, mas com o *quomodo* dessa vinculação, visto que, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias abrange também a vinculação de entidades privadas. Todavia, e em atenção à diferenciação doutrinariamente estabelecida entre estas duas vinculações, urge compreender se, estando em causa a emissão de regulamentos por entidades privadas, estas se encontram vinculadas aos direitos fundamentais como privados ou como entes públicos⁶².

O exercício do poder regulamentar por entidades privadas deve ser entendido num cenário mais amplo de devolução de tarefas públicas quer a entidades constituídas sob forma privada embora materialmente públicas (privatização das formas organizativas da Administração), quer a puros privados (privatização da gestão de tarefas administrativas)⁶³. Este movimento no sentido da atribuição do exercício da função administrativa a privados conduz concomitantemente à formulação de um conceito amplo de Administração em sentido orgânico que inclui, além de pessoas colectivas públicas, as entidades privadas com funções administrativas que actuam *em vez* da Administração, desde logo, para efeitos de

⁶⁰ O desempenho de funções públicas por entidades privadas assume, pois, uma índole excepcional – cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 546; em sentido idêntico, Paulo OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 237 e s., e «Coordenadas...», cit., pp. 55 e s.; Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 952 e ss..

⁶¹ Neste sentido, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1030.

⁶² Em geral, sobre o problema da diferenciação entre a vinculação de entidades públicas e entidades privadas, assim como sobre o alcance de cada uma delas, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1285 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 298 e ss.; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 205 e ss., 231 e ss.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 384 e ss., anotações IV e V ao artigo 18.º; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 333 e ss., anotações XVIII e ss..

⁶³ Paulo OTERO, «Coordenadas...», cit., pp. 40 e s., e *Legalidade...*, cit., pp. 304 e ss. (para uma diferenciação entre estas duas formas de privatização, cf. p. 308). Entendendo que o exercício privado de funções públicas representa ainda uma forma de manifestação do princípio da subsidiariedade, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 51.

submissão de uma parcela da sua actividade ao Direito Administrativo, o que inclui necessariamente a subordinação aos direitos fundamentais (em especial, os direitos, liberdades e garantias), enquanto entidades públicas (e não nas vestes de entidades privadas)⁶⁴.

A resposta à questão de saber o que se entende por entidades públicas para efeitos do n.º 1 do artigo 18.º da CRP orienta-se em torno da titularidade de poderes públicos, *maxime*, competências e prerrogativas de autoridade: nesta ordem de ideias, a titularidade de um poder de *imperium* deve ter contraposto um factor de equilíbrio que impõe uma protecção especial dos direitos fundamentais dos cidadãos, tal como decorre da vocação originária daqueles, evitando que se crie uma espécie de «reserva da actividade pública fora da Constituição»⁶⁵. A verificação do requisito do exercício de poderes públicos de autoridade torna-se desnecessária perante as designadas entidades administrativas privadas ou pessoas colectivas privadas «de mão pública», porquanto as mesmas integram já o conceito organizatório de Administração Pública, em virtude da incindível ligação organizativa, funcional ou material à actividade administrativa que as caracteriza⁶⁶. Ou, numa perspectiva mais analítica, enquanto os particulares, aos quais se encontra cometido o desempenho de funções públicas, se encontram vinculados aos direitos, liberdades e garantias nos mesmos termos das entidades públicas se e enquanto actuam no cumprimento daquelas missões («*equiparação funcional*»), as entidades administrativas privadas, na medida em que pertencem à Administração, estão sempre vinculadas aos direitos, liberdades e garantias em plano análogo ao das entidades públicas, por decorrência de um imperativo subjectivo («*equiparação institucional*»)⁶⁷.

Esta argumentação revela-se decisiva quando está em causa, como na hipótese em apreço, o exercício de um poder de autoridade – um poder normativo público – por parte das entidades privadas, razão por que não subsistem dúvidas de que estas, quando emitem normas regulamentares, se encontram vinculadas aos direitos, liberdades e garantias nos

⁶⁴ Cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 442; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 223, e *Direito...*, cit., p. 6; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 327 e s., anotação XIV; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 798; Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 1041; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 71 e s., comentário VIII ao artigo 2.º; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., p. 52.

⁶⁵ Aludindo à «formação de uma reserva estadual fora da Constituição» através do manejo pela Administração de formas de direito privado, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 442.

⁶⁶ Assim, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 223 e s.. Cf. também Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., p. 328, anotação XIV.

⁶⁷ Neste sentido, mobilizando já a distinção entre «*equiparação funcional*» e «*equiparação institucional*» nos termos explanados em texto, cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1039 e ss..

mesmos termos e da mesma forma que estariam se fossem pessoas colectivas públicas. Qualquer outra solução se revelaria incompatível com o alcance do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, já que permitiria que, no âmbito do exercício de um poder típico de autoridade como a emissão de regulamentos, a Administração se furtasse a uma vinculação mais exigente pelos direitos fundamentais, através da criação de entidades administrativas privadas (as mais das vezes, geradas por decreto-lei do Governo) ou da devolução de tarefas públicas a particulares.

III. Resta agora apreciar em que se traduz a vinculação da Administração aos direitos, liberdades e garantias, ao nível do exercício do poder regulamentar e no necessário equilíbrio a alcançar em face da vinculação também exercida pelo princípio da legalidade, *maxime* na sua dimensão da reserva de lei. Se as dificuldades não se revelam significativas no plano dos regulamentos executivos ou complementares de leis conformes com os direitos, liberdades e garantias, as nuvens podem adensar-se quando está em causa a compreensão da vinculação relativamente aos regulamentos independentes e autónomos ou, sobretudo, quando se trata de apreciar em que medida podem os regulamentos desrespeitar as leis violadoras de direitos, liberdades e garantias.

α) Como começámos por afirmar, não suscita problemas a actividade normativa de execução ou complementação da lei, quando esta última se revele conforme com os direitos fundamentais. Nesta hipótese, a autonomia do conteúdo prescritivo constante do n.º 1 do artigo 18.º cifrar-se-á numa directriz interpretativa, a impor ao poder regulamentar que, na sua tarefa de execução legal, pressuponha que a lei adoptou sempre as soluções mais favoráveis para a promoção dos direitos, liberdades e garantias, soluções essas a concretizar ao nível do conteúdo do regulamento agora a emitir.

Embora concite mais problemas da perspectiva do princípio da reserva de lei, deverá entender-se que raciocínio idêntico valerá igualmente para os designados regulamentos complementares ou, como preferimos, para os regulamentos que exercem uma função de dinamização legislativa. Agora admite-se que os regulamentos estabeleçam algo mais que meros pormenores de execução, encontrando-se, ainda assim, adstritos à simples concretização das opções jurídico-políticas fundamentais constantes da lei habilitante, que, nesta altura, não esgota toda a matéria, mas remete para a Administração a

disciplina de aspectos menores do conteúdo do direito⁶⁸. Também aqui a intervenção normativa dos órgãos administrativos procurará, no cenário de opções traçado pela lei, estabelecer uma disciplina complementar daquela, orientada em torno das soluções mais favoráveis para a promoção dos direitos em causa.

β) As dificuldades surgem sobretudo no plano dos regulamentos independentes ou dos regulamentos autónomos. A designada discricionariedade regulamentar – proporcionada, como vimos, por uma maior abertura do legislador, e especialmente neste domínio – tem como limite inultrapassável o respeito pelos direitos fundamentais⁶⁹, que funcionam, neste âmbito, como limite autónomo do poder discricionário⁷⁰.

Todavia, a vinculação aos direitos, liberdades e garantias não se fica, contudo, por uma limitação negativa, mas exige ainda positivamente que a Administração possa estabelecer um regime de conformação dos próprios direitos, desde logo, ao nível da realização de condições práticas de exercício dos direitos fundamentais, sempre que a mesma não cumpra ao legislador. Reconhecemos que suscita delicados problemas o reconhecimento da possibilidade de intervenção regulamentar no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, matéria reservada à lei pela alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

A posição expendida a propósito da função de dinamização da ordem jurídica conferida aos regulamentos autoriza-nos agora a tecer considerações mais esquemáticas sobre a questão, partindo do pressuposto de que do princípio da reserva de lei não decorre um «imperativo de vinculação total da Administração», que exclua a atribuição de quaisquer poderes discricionários⁷¹, inclusivamente no plano normativo. Uma vez mais, o critério a mobilizar neste momento cifra-se na *densidade legislativa suficiente*, critério este

⁶⁸ Neste sentido já se inclinava Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., p. 18.

⁶⁹ A circunstância de nos debruçarmos sobre a vinculação operada pelos direitos, liberdades e garantias relativamente ao exercício de uma actividade normativa de segundo grau (*hoc sensu*, subordinada à lei) torna também mais fácil admitir que os direitos fundamentais limitativos do poder regulamentar não se confinem aos formalmente constitucionais, mas compreendam também os direitos só materialmente fundamentais, constantes da lei ou de convenções internacionais (como decorre o n.º 1 do artigo 16.º).

⁷⁰ Assim, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 225. Cf. também PIETZCKER, «Der Anspruch auf Ermessensfehlerfreie Entscheidung», in: *Juristische Schulung*, fasc. 2, ano 22.º, Fevereiro 1982, p. 109 (defendendo que, mesmo quando a Administração age sem um específico fundamento legal, os direitos fundamentais podem conduzir à emergência de um direito subjectivo a uma actuação isenta de discricionariedade); STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 494 (aludindo aos direitos fundamentais enquanto dotados de uma força vinculativa orientadora e limitadora do poder discricionário – *ermessensleitende und beschränkende Wirkung*) e 1350 (sublinhando que a menor vinculação à lei é compensada pela maior vinculação aos direitos fundamentais); SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 62.

⁷¹ Neste sentido, Vieira de ANDRADE, «Legitimidade...», cit., p. 82.

que, como defende Vieira de Andrade⁷², não prescinde de um juízo concreto, destinado a “determinar, em cada caso da vida, quando é que a densidade é normativamente suficiente”, relevando, nesta medida, de uma tarefa de ponderação e de interpretação que atente, em simultâneo, nos específicos direitos fundamentais afectados, no tipo de intervenção regulamentar e nas entidades administrativas autorizadas a emitir regulamentos.

Em termos tendenciais, poder-se-á apontar que, nas hipóteses em que a lei habilitante não se afigure suficientemente precisa para consentir uma intervenção regulamentar correspondente à emissão de regulamentos executivos (*i. e.*, regulamentos destinados a disciplinar meros pormenores de execução), a admissibilidade de normas administrativas em matéria de direitos, liberdades e garantias só poderá ocorrer se o sistema jurídico dispuser de uma densificação legislativa sobre a matéria, densificação essa que não tem de ser aferida apenas em relação à lei habilitante, mas pressupõe uma consideração alargada de todas as normas que servem de fundamento ao poder regulamentar – a incluir a lei nacional, mas também os regulamentos da União Europeia e os actos normativos de direito internacional. A possibilidade da emissão de regulamentos destinados a conformar os direitos, liberdades e garantias depende do grau e da densidade da intervenção prévia de nível legislativo, em termos de se tornar concludente que os aspectos principais da matéria em causa constam já de norma prévia, ficando para os regulamentos apenas os aspectos acessórios – acessoriedade que não tem de corresponder apenas a meros pormenores de execução, mas que, em qualquer circunstância, não abrange o poder de definição do conteúdo do direito, nem a sua restrição, a significar que a actividade normativa da Administração, não se podendo embora pretender substituir ao legislador, se destina à protecção, promoção e concretização dos direitos fundamentais⁷³.

Nos casos em que a própria Constituição consagra um poder normativo autónomo a favor das entidades administrativas, a admissibilidade de conformação normativa dos direitos, liberdades e garantias pela Administração revela-se mais ampla, afirmando-se aqui a necessidade de uma tarefa de concordância prática entre as normas que estabelecem a reserva de lei e aquelas que contemplam a autonomia normativa da Administração

⁷² Vieira de ANDRADE, «Legitimidade...», cit., p. 83.

⁷³ Em sentido próximo, entendendo que o princípio da reserva de lei não pode eliminar a actividade administrativa de aplicação directa dos preceitos constitucionais, aos órgãos administrativos cabendo, no âmbito das suas competências, proteger, promover e concretizar as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 329.

(como sucede paradigmaticamente quanto às regiões autónomas, às autarquias locais e às universidades, considerações extensivas às associações públicas que, embora não beneficiem de um poder normativo constitucionalmente plasmado, gozam de consagração constitucional). Um entendimento que não absolutize a reserva de lei permite que, mesmo em matéria de direitos, liberdades e garantias, fiquem cometidos aos regulamentos autónomos aspectos secundários, que impliquem a promoção ou a concretização dos direitos, dentro do âmbito de interesses próprios dessas entidades. Aí, onde haja um interesse próprio a tutelar, existe, *ex constitutione*, uma zona de competência exclusiva para a satisfação de interesses próprios, no cumprimento de tarefas próprias e no uso de poderes próprios⁷⁴ – a significar que qualquer intervenção normativa nessa zona não implica uma invasão da reserva de lei (negativamente delimitada em função da consagração constitucional das autonomias), visto que a regulamentação administrativa em causa assume natureza acessória ou periférica e não principal ou essencial (*i. e.*, destinada a estabelecer uma disciplina genérica, dirigida à delimitação do próprio conteúdo do direito, incluindo a respectiva restrição).

As demais hipóteses de discricionariedade regulamentar (fora do âmbito das autonomias constitucionais) em matéria de direitos, liberdades e garantias não se apresentam tão líquidas. Sem propendermos para uma posição que negue, sob qualquer condicionalismo, a admissibilidade de discricionariedade regulamentar no âmbito em que nos movemos, entendemos que as maiores cautelas postuladas pela carência de um suporte constitucional da autonomia normativa das entidades em causa passam pela exigência de que os aspectos principais da disciplina jurídica constem de lei prévia e de que a autorização da intervenção normativa da Administração se encontre aí perfeitamente delineada. Tal significa, por exemplo, que em matéria de direitos, liberdades e garantias, a emissão de um regulamento por uma entidade reguladora não poderá ser suportada apenas pela norma legal que prevê a competência do órgão executivo para emanar os regulamentos necessários à prossecução das suas atribuições, mas pressupõe a existência de uma “*habilitação qualificada*”, *i. e.*, de outra(s) norma(s) legal(is) destinadas a balizar materialmente e com uma densidade normativa especialmente acrescida a intervenção normativa do ente público⁷⁵.

⁷⁴ Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., p. 23.

⁷⁵ Assim, *v. g.*, embora se possa admitir que um regulamento autónomo desenvolva uma tarefa de concretização de direitos, liberdades e garantias, que implique uma explicitação de limites imanentes (sobre

Estas considerações conduzem a duas conclusões decisivas. Desde logo, de fora das possibilidades de intervenção regulamentar ficarão, em qualquer caso, os aspectos atinentes à limitação ou restrição de direitos, bem como os referentes à delimitação do conteúdo – matérias que, pela essencialidade que assumem quanto à definição do regime de direitos, liberdades e garantias, consubstanciam aspectos principais, como tal incluídos na reserva de lei. Por outro lado, a diminuição da discricionariedade regulamentar em matéria de direitos, liberdades e garantias tem como consequência o facto de as ponderações normativas operadas pela Administração constituírem, no máximo, decorrências de uma tarefa *interpretativa* realizada em torno dos próprios preceitos *constitucionais*, susceptíveis, enquanto tal, de serem repetidas pelo tribunal^{76 77}.

γ) Resta saber, porém, se a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias se revela ainda suficiente para permitir ao órgão administrativo contrariar uma lei inconstitucional que os viole, no âmbito do exercício do poder regulamentar. Tendo, uma vez mais, como pano de fundo o princípio da legalidade, em causa está avaliar em que medida um órgão administrativo pode desrespeitar uma lei que atenta contra direitos, liberdades e garantias e, com tal fundamento, emitir normas regulamentares contrárias a essa mesma lei. Embora tratando-se de uma questão associada ao necessário reconhecimento de um controlo judicial pleno sobre as normas regulamentares que se afastam da lei (a postular poderes de cognição do tribunal sobre as condições da admissibilidade da contrariedade), a simples formulação do problema neste ponto permite compreender que da respectiva dilucidação dependem as respostas a fornecer ao órgão com competência regulamentar que se vê na alternativa entre emitir um regulamento conforme

esta ideia, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 329, n. 49), já intervenção idêntica não parece admissível quando esteja em causa um regulamento de uma entidade reguladora. Apesar desta abertura relativamente aos regulamentos autónomos, não ignoramos as dificuldades que pode suscitar a delimitação da fronteira entre a conformação que implique a concretização de limites imanentes e a restrição aos direitos, liberdades e garantias.

⁷⁶ Isto significa que, por exemplo, não caberá a um regulamento resolver um conflito entre direitos (porquanto tal conferiria à Administração o poder de delinear o conteúdo de cada um dos direitos envolvidos), mas já não lhe ficará vedada uma determinação, dentro dos quadros interpretativos, das faculdades inerentes aos direitos. Por outras palavras, se a «concretização jurídico-política» (que pressupõe decisões políticas fundamentais) se encontra cometida apenas ao legislador, o mesmo não sucede com a «concretização jurídico-interpretativa». Sobre os conceitos de concretização jurídico-política e concretização jurídico-interpretativa dos direitos fundamentais, v. Vieira de ANDRADE, «Legitimidade...», cit., pp. 80 e 84.

⁷⁷ Não ignoramos que, neste domínio, as soluções possam assumir contornos diversos se forem adoptadas construções diferentes em sede de intervenções normativas em matéria de direitos, liberdades e garantias. Para uma exposição crítica de várias concepções, cf. João LOUREIRO, *Constituição...*, cit., pp. 755 e ss..

com a lei, mas inconstitucional (por violação dos direitos, liberdades e garantias) e um regulamento contrário à lei, mas compatível com a Constituição. Sem prejuízo das considerações que teceremos *infra*, a propósito das consequências associadas à contrariedade de uma norma legal inconstitucional por um regulamento, cabe agora analisar se e em que medida o órgão com competência normativa pode afastar-se da lei para respeitar os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias⁷⁸.

Constitui esta uma questão paralela à já avançada na Parte II (cf. 2.4.2.), a propósito da recusa de aplicação de leis pela Administração com fundamento na inconstitucionalidade daquelas, em virtude de a ofensa da Lei Fundamental se corporizar, na perspectiva ora em análise, na violação de direitos, liberdades e garantias. Todavia, reportamo-nos agora à não observância de leis no exercício de um poder de criação normativa e não ao afastamento de normas legais no desempenho de um poder de decisão no caso concreto. A diferença que intercede entre os dois problemas não se afigura despicienda, atentos os óbices colocados à possibilidade de afastamento das leis pela Administração com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Primo, o problema da admissibilidade da contrariedade de normas legais pelos órgãos com competência regulamentar há-de colocar-se precipuamente quando a incompatibilidade se fundamenta no plano material, e não já tanto ao nível orgânico-formal. Se esta percepção se assume como evidente no quadro do tratamento do problema neste ponto – contrariedade entre regulamento e lei para que o primeiro possa respeitar os direitos, liberdades e garantias violados pela segunda –, constitui igualmente uma condição essencial para a compreensão genérica da questão. A contrariedade entre o regulamento e a lei constitui, em regra, uma contrariedade entre conteúdos: o conteúdo do regulamento não observa o conteúdo constante da lei, por este se revelar contrário à Constituição. À parte estas situações, conseguimos vislumbrar poucas hipóteses em que o regulamento se afaste da lei, não observando um requisito formal (*lato sensu*) por esta estabelecido, com o objectivo de respeitar a Lei Fundamental: tal acontecerá, *v. g.*, se se tratar de um regulamento independente do Governo relativamente ao qual a lei previsse a adopção através de uma forma diferente da de decreto regulamentar ou quando esteja em causa a

⁷⁸ Embora versemos este problema no quadro da vinculação administrativa pelos direitos, liberdades e garantias, reconhecemos que aquele emerge em todos os casos em que o titular do poder regulamentar se confronta com a necessidade de executar uma lei inconstitucional (independentemente de a inconstitucionalidade se identificar com a violação de direitos, liberdades e garantias). Optámos por referir a questão neste contexto devido à maior impressividade inerente às soluções encontradas.

emissão de normas regulamentares para as quais a Constituição estabeleça direitos de participação [cf., v. g., artigos 54.º, n.º 1, alínea *d*), 56.º, n.º 2, alínea *a*), 65.º, n.º 5]⁷⁹, excluídos pela lei habilitante.

Secundo, um dos principais obstáculos ao reconhecimento de uma genérica competência de exame das leis a favor dos órgãos administrativos reside na insegurança⁸⁰ que tal propiciaria, inclusivamente da perspectiva dos particulares. Trata-se, contudo, de um problema que surge com um impacto mais diminuído quando encaramos o problema da perspectiva do exercício do poder regulamentar, já que a contrariedade com a lei não assumiria uma feição casuística, mas cristalizar-se-ia numa norma – o que impediria, em princípio, a procedência do argumento do tratamento desigualitário de situações em função de diferentes juízos sobre a constitucionalidade da norma.

Tertio, o facto de não estar em causa a solução de um caso concreto propicia, pelo menos em primeira linha, o afastamento da ideia da urgência (ou premência) decisória, a permitir, quando estejam em causa subalternos, a defesa de que o juízo sobre a constitucionalidade da norma legal deva ser precedido da representação ao superior hierárquico, ainda quando tal envolva a suspensão do procedimento regulamentar.

Exceptuando estas especificidades, entendemos que, também no plano da inobservância pelos órgãos com competência regulamentar das normas legais, o problema deve ser resolvido de forma idêntica – o que, desde logo, permite afastar quaisquer posições que apontem, sem mais, no sentido da possibilidade de contrariedade de normas legais pela Administração sempre que esteja em causa a tutela de direitos fundamentais, *maxime*, direitos, liberdades e garantias. Também aqui a resolução da questão não prescinde das ponderações associadas ao princípio da proporcionalidade, aliado a uma ideia de evidência. Sem olvidar a dupla natureza do regulamento, poderemos considerar que o exercício da competência regulamentar ainda se volve numa sorte de aplicação (execução) da lei⁸¹, a permitir a convocação neste cenário das soluções esgrimidas quanto à

⁷⁹ Sobre a participação de terceiros no procedimento regulamentar, v., *supra*, as considerações tecidas na Parte I, 3.4.3.1..

⁸⁰ Cf., v. g., Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 296.

⁸¹ Referindo-se expressamente à emissão de normas regulamentares como aplicação da lei, cf. BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, cit., pp. 317 e ss., situando o problema no contexto do direito alemão, onde o artigo 80 da *Grundgesetz* impõe que da lei habilitante constem o conteúdo, o fim e o alcance da *Verordnung*, motivo pelo qual o Autor acaba por aproximar a emissão regulamentar da prática de actos administrativos, pelo menos da perspectiva da previsibilidade da medida para os cidadãos – o que explica também as possibilidades de controlo judicial. Como se deduz do texto, não é exactamente neste sentido que utilizamos a expressão do regulamento como aplicação da lei, mas para salientar que está em causa uma

admissibilidade de uma competência de rejeição de leis inconstitucionais na resolução administrativa dos casos concretos.

Assim, embora admitindo-se um dever geral de exame das normas legais pelos órgãos administrativos, deverá considerar-se que nem sempre a essa competência de exame corresponde um poder de contrariar por via regulamentar uma norma legal. Tal só poderá acontecer perante uma convicção fundada (mas já não perante algumas dúvidas) acerca da violação legal de direitos, liberdades e garantias, agora comprovada pela fundamentação constante do diploma regulamentar⁸². A avaliação do grau de convicção fundada sobre a inconstitucionalidade da lei surge alicerçada formal e materialmente: por um lado, apenas os órgãos superiores se encontram legitimados para, por via regulamentar, contrariarem uma lei inconstitucional, o que torna obrigatório, neste domínio, o exercício do dever de representação; por outro lado, estando em causa uma solução de *ultima ratio*, a verificação da contrariedade entre a lei e as disposições constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias pressupõe que exista uma verdadeira contradição normativa insolúvel por via dos cânones interpretativos, em especial, da interpretação em conformidade com a Constituição (*in casu*, interpretação em conformidade com os direitos, liberdades e garantias).

Em termos materiais, exige-se que a inconstitucionalidade da norma legal contrariada pelo regulamento seja evidente⁸³. Considerando que o problema surge colocado na óptica da contrariedade entre uma norma legal inconstitucional e uma actuação administrativa de natureza *normativa*, torna-se mais difícil a averiguação da evidência da inconstitucionalidade. De qualquer modo, deverão considerar-se aqui incluídas as hipóteses em que o Tribunal Constitucional já considerou a norma inconstitucional: assumirão especial relevância as situações em que, na sequência de um

actividade que, pese a sua natureza normativa, ainda se destina a concretizar opções tomadas pelo legislador, uma actuação que, pelo seu carácter administrativo, é heteronomamente definida.

⁸² O relevo da fundamentação dos diplomas regulamentares, a que aludimos *supra* (cf. Parte I, 3.4.3.1.), assume agora contornos decisivos. Sem que defendamos, de plano, a invalidade do regulamento que contrarie uma norma legal inconstitucional com base na ausência de uma fundamentação justificadora da discrepância, a verdade é que uma fundamentação com este conteúdo evita equívocos do ponto de vista interpretativo, clarificando a existência da contrariedade e estribando argumentativamente a respectiva pertinência.

⁸³ Como decorre das considerações tecidas na Parte II e do que diremos já a seguir, em texto, o critério da evidência aqui convocado não pretende apelar a qualquer ideia lógico-formal (criticada, por exemplo, por A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 340 e ss.), apontando antes para uma perspectiva funcional, *i. e.*, a evidência não resulta de uma pretensa contradição alcançável e resolúvel através de juízos lógicos, mas constitui o resultado de uma tarefa interpretativa e do confronto da norma legal em causa com outros estratos do sistema jurídico, designadamente, a jurisprudência.

processo de fiscalização preventiva, houve uma pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, embora a lei tenha entrado em vigor em virtude de confirmação na Assembleia da República; idêntico raciocínio valerá também quando o Tribunal Constitucional já julgou, no quadro de um processo de fiscalização concreta, a norma inconstitucional⁸⁴.

Em suma, perante uma convicção fundada sobre a inconstitucionalidade (evidente) de uma norma legal, por violação de direitos, liberdades e garantias, caberá ao órgão com competência regulamentar (ou, sendo este um subalterno, ao seu superior hierárquico) a formulação de um juízo (jurisdicionalmente sindicável), iluminado pelo princípio da proporcionalidade, sobre os benefícios e as desvantagens da emissão de um regulamento contrário à lei, com o intuito de aferir se a juridicidade, o interesse público e a garantia dos direitos, liberdades e garantias (em geral, e não apenas do que está a ser vulnerado) ficam mais satisfeitas com um regulamento administrativo contrário a uma lei ou com a ausência de qualquer regulamento. A partir daqui, e reunidas as demais condições, as ponderações efectuadas pelo princípio da proporcionalidade apontarão em duas direcções, todas elas dirigidas à prevalência da tutela da constitucionalidade: ou a emissão do regulamento constitui a solução que melhor satisfaz a garantia dos direitos, do sistema jurídico e do interesse público e o órgão competente o dever de o emanar em conformidade com a Constituição mas *contra legem*, sob pena de inconstitucionalidade; ou, pelo contrário, existem razões fundadas que orientam a resposta no sentido da abstenção normativa e o órgão não exercerá a sua competência normativa, para não agravar mais a ofensa da Constituição resultante da inconstitucionalidade da lei⁸⁵. *A contrario*, encontra-se excluída qualquer solução que, não obstante a inconstitucionalidade da norma legal exequenda,

⁸⁴ Ainda que, no âmbito em que nos movemos, esta última hipótese revista menor significado. Aliás, quando estejam em causa normas legais cuja operatividade dependa, em absoluto, da emissão do regulamento, não existirá certamente qualquer prévio processo de fiscalização concreta, uma vez que, por definição, as normas não se poderiam aplicar aos casos antes da emanação do respectivo regulamento.

⁸⁵ Trata-se de solução a defender, como resulta do texto, ainda quando existe um dever de regulamentar as normas legais inconstitucionais. Asserção que possui consequências não despidiendas no plano contencioso: entendemos que, nestas hipóteses, não pode o tribunal administrativo dar provimento a um pedido de declaração de ilegalidade por omissão deduzido nos termos do artigo 77.º do CPTA, uma vez que a inconstitucionalidade da norma legal carente de execução faz cessar o dever de regulamentar. Podendo embora justificar, em sede de contestação, os motivos que fundamentaram a não emissão do regulamento (cf. artigo 83.º do CPTA), a inexistência do dever de regulamentar é de conhecimento oficioso pelo tribunal, ainda por força do artigo 204.º da Constituição. Na verdade, o reconhecimento de tal dever implicaria a atribuição de um qualquer efeito à norma legal ferida de inconstitucionalidade – e, como tal, nula –, equivalendo à sua mobilização para a resolução do caso *sub iudice*.

permita (ou obrigue) o órgão a emitir um regulamento conforme com a lei inconstitucional, mas que atente contra os direitos, liberdades e garantias.

2.2.3. A vinculação directa à Constituição e o problema da autonomia da inconstitucionalidade dos regulamentos

Uma vez afirmados os termos da vinculação do poder regulamentar ao «bloco da constitucionalidade» e, em especial, aos direitos, liberdades e garantias, importa apreciar qual a consequência que o ordenamento jurídico associa à violação da Constituição pelo regulamento. Tratando-se de um atentado contra uma norma dotada de hierarquia superior (ou, se quisermos, um atentado contra a *higher and paramount law*), e, por conseguinte, resolvendo-se o conflito pela mediação do princípio da hierarquia, não se estranhará que em causa esteja uma situação de invalidade e não apenas uma hipótese de preferência aplicativa⁸⁶.

As dúvidas surgem, porém, em consequência de o princípio da juridicidade postular a vinculação da actividade administrativa à Constituição, sem abandonar (mas complementando) o sentido tradicional do princípio da legalidade, a exigir também a vinculação da Administração à lei. Tendo em conta que, em geral, a subordinação administrativa à lei constitui, ela própria, uma imposição constitucional (cf. artigo 267.º, n.º 1) e que o legislador constituinte estabelece, em especial, uma relação de hierarquia entre lei e regulamento, no sentido da primazia hierárquica da primeira sobre o segundo, importa apreciar quais as condições da autonomia da inconstitucionalidade face à ilegalidade.

Apenas a dilucidação deste problema permitirá compreender a solução a dar às várias situações patológicas⁸⁷ perceptíveis nesta matéria, importando determinar quais, de entre elas, configuram hipóteses de inconstitucionalidades de regulamentos:

⁸⁶ Cf., porém, Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 265. Aliás, na mesma linha, Gomes CANOTILHO (*Direito...*, cit., p. 701) acentua que a norma de hierarquia superior goza de duas modalidades de preferência: a preferência de validade (que torna nulas as normas anteriores contrárias) e a preferência de aplicação (que leva à não aplicação no caso concreto da norma inferior).

⁸⁷ A hipótese “normal” consiste em regulamentos que não violam nem uma lei conforme com a Constituição, nem normas ou princípios constitucionais.

A relevância a atribuir à enumeração das várias situações referidas em texto prende-se com os reflexos que as mesmas apresentem em sede de regime jurídico da invalidade dos regulamentos. Se, por um lado, a dogmática do desvalor da inconstitucionalidade se encontra muito mais estabilizada que a da ilegalidade dos regulamentos, por outro lado, a Constituição prevê, em alguns casos, sanções específicas para a violação das suas normas (pense-se, v. g., num decreto regulamentar ao qual faltou a promulgação, acto cuja ausência surge sancionada, nos termos do artigo 137.º, com a inexistência jurídica).

- i)* regulamentos que violam uma norma legal não inconstitucional, sem atingir directamente a Constituição, mas infringindo o princípio da legalidade constitucionalmente consagrado;
- ii)* regulamentos contrários a uma norma legal inconstitucional, mas conformes com a Constituição;
- iii)* regulamentos que violam a Constituição, porque dependem ou se conformam com uma lei inconstitucional;
- iv)* regulamentos que violam a Constituição, independentemente de vulnerarem ou não a lei.

I. Admitir a vinculação directa dos regulamentos pela Constituição implica uma abordagem simultânea da questão da autonomização da inconstitucionalidade do regulamento face à ilegalidade, a fim de compreender se estas invalidades não se consumirão.

Em termos processuais, não persistem dúvidas acerca da autonomia de ambas as situações, uma vez que o sistema jurídico prevê mecanismos jurisdicionais distintos, desde logo, quando se trata de, com força obrigatória geral, atacar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade do regulamento: no primeiro caso, a norma é impugnada através de acção administrativa especial, junto dos tribunais administrativos nos termos e segundo os pressupostos fixados no artigo 72.º do CPTA; na segunda hipótese, estaremos diante de um processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade a correr perante o Tribunal Constitucional [cf. artigo 281.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição]⁸⁸.

A esta autonomia processual corresponde uma autonomia substantiva. De facto, é neste último plano que as nuvens se adensam: (α) por um lado, tendo em conta a

⁸⁸ Esta necessária articulação entre as competências dos tribunais administrativos e do Tribunal Constitucional no que tange às questões relacionadas com a invalidade dos regulamentos tem uma expressão no n.º 2 do artigo 72.º do CPTA, preceito cujo alcance se não limita à exclusão da apreciação pelos tribunais administrativos da inconstitucionalidade de normas regulamentares, mas ainda abrange os casos de declaração de ilegalidade por violação de estatuto da região autónoma (regulamentos regionais) ou por violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto [artigo 281.º, n.º 1, alíneas *c*) e *d*), da CRP].

Já a apreciação incidental da constitucionalidade e da legalidade não obedece a uma cisão tão clara de mecanismos jurisdicionais. A circunstância de estar vedada a todos os tribunais a aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição (artigo 204.º CRP) e a existência de um sistema de *judicial review* implicam que também os tribunais administrativos tenham competência para, num caso concreto, desaplicarem uma norma regulamentar com fundamento na sua inconstitucionalidade (ou na sua ilegalidade, qualquer que seja o parâmetro de controlo). Nesta hipótese, a especificidade reside na possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional, restrito à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade reforçada suscitada durante o processo, nos termos dos artigos 280.º da CRP e 69.º e seguintes da Lei do Tribunal Constitucional.

consagração constitucional do princípio da legalidade, que conhece como uma das suas dimensões estruturantes o princípio da preferência ou preeminência da lei, importa compreender se qualquer violação da lei por um regulamento implica um concomitante atentado àquele princípio constitucional – nesta ordem de ideias, *um regulamento ilegal seria sempre inconstitucional*; (β) por outro lado, e abstraindo da resposta ao problema anterior, impõe-se averiguar da susceptibilidade de um regulamento ofender *directamente* a Constituição, uma vez que se poderia afirmar que a violação perpetrada pelo regulamento corresponderia, sob qualquer circunstância, de forma imediata, a uma ilegalidade e apenas, de modo enviesado, atingiria a Constituição – neste caso, *um regulamento inconstitucional seria sempre ilegal*.

α) A primeira situação coloca questões delicadas da óptica da autonomia da ilegalidade face à inconstitucionalidade. Um argumento de redução ao absurdo permitiria concluir, desde logo, pela impraticabilidade da absorção da ilegalidade pela inconstitucionalidade – a adoptar aquela posição, tornava-se impossível encontrar regulamentos ilegais: a violação de um qualquer preceito legal redundaria sempre na violação da norma constitucional que prescreve a subordinação do regulamento à lei⁸⁹.

⁸⁹ Sobre este problema, assim como para uma perspectiva histórica da forma como a doutrina e a jurisprudência sobre ele se debruçaram, v. Afonso QUEIRÓ, «Notas Sobre o Contencioso de Normas Administrativas», *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, pp. 160 e ss..

A questão em causa foi objecto de algum desenvolvimento doutrinal em consequência do Parecer da Câmara Corporativa, relatado por Fezas Vital, sobre a proposta de lei n.º 185 (alterações à Constituição), in: *Diário das Sessões*, 2.º Suplemento ao n.º 147, 01.12.1937, pp. 178-F e ss., esp.^{te} pp. 178-G e s.. No contexto da apreciação das alterações ao artigo 123.º da Constituição de 1933, essencialmente motivadas pela necessidade de pôr termo à controvérsia relativa à admissibilidade (ou não) da competência dos tribunais para negar a aplicação de normas jurídicas que, devendo constar de leis ou decretos-leis, constam de decretos regulamentares, a Câmara Corporativa entendeu estar diante de uma inconstitucionalidade formal “no caso de uma regra revogatória de outra regra legal anterior constar, não de lei ou de decreto-lei, mas de um decreto regulamentar ou simples. Neste caso, a regra de direito dir-se-á ainda inconstitucional quanto à forma, que o mesmo é dizer eivada de vício de forma, visto revestir a forma de decreto regulamentar, quando devia revestir a de decreto-lei”. Ora, esta posição foi interpretada no sentido de que um decreto regulamentar contrário a uma lei ou decreto-lei anterior padeceria sempre de inconstitucionalidade formal, já que, ao dispor de modo diverso, se assumiria como norma revogatória (ainda que implícita) das disposições legais anteriores – o que faria cair esta situação no âmbito de aplicação do novo § único do artigo 123.º da Constituição.

Todavia, já Marcello CAETANO (*Tratado Elementar de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1943, pp. 94 e s.) defendia que, salvo nas hipóteses de invasão pelo regulamento das matérias reservadas à lei (e, portanto, uma infracção da regra constitucional de repartição de competências entre órgãos), a ilegalidade de um regulamento não conduzia à respectiva inconstitucionalidade, argumentando neste sentido com a natureza administrativa dos regulamentos (que os colocaria no mesmo plano dos actos administrativos), com a natureza específica da ilegalidade enquanto associada a um conflito de normas de hierarquia diversa e com a solução conferida aos conflitos normativos resolúveis mediante o princípio da hierarquia, dos quais resulta sempre a preferência da norma mais graduada – posição que

A dilucidação do problema passa ainda pela intervenção do conceito de *inconstitucionalidade indirecta*, destinado a identificar as hipóteses em que um acto (*in casu*, o regulamento) viola outro acto de natureza infra-constitucional (*in casu*, a lei) a cuja observância se encontra adstrito por força da Constituição, vulnerando assim as normas constitucionais definidoras da hierarquia normativa; por outras palavras, ao atentar (directa ou imediatamente) contra a norma infra-constitucional, viola (indirecta ou mediadamente) a disposição constitucional que erige esta última como parâmetro da primeira⁹⁰.

Como é sabido, o problema da inconstitucionalidade indirecta e da possibilidade do seu controlo pelo Tribunal Constitucional preocupou esta alta jurisdição, logo nos primeiros anos do seu funcionamento, a propósito da violação de normas de direito

permitiria a fiscalização dos regulamentos (incluindo os decretos regulamentares) pelos tribunais. Por seu lado, José Carlos MOREIRA («Fiscalização Judicial da Constitucionalidade», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XIX, 1943, pp. 363 e ss.) veio advogar posição diversa, no quadro da apreciação do âmbito do § único do artigo 123.º da Constituição de 1933, numa análise orientada para o objectivo de determinar se aí se encontravam igualmente incluídos os decretos regulamentares, e recusando precisamente a ideia segundo a qual os regulamentos se situam no mesmo plano dos actos administrativos, por força da especial configuração dos decretos regulamentares no quadro da Constituição de 1933, directamente dependentes da Constituição (dá a afirmação do Autor segundo a qual os decretos regulamentares se encontram no mesmo plano das leis ordinárias – *Op. cit.*, p. 365). Saliendo que as dificuldades suscitadas pelo problema decorrem da circunstância de, em regra, a ilegalidade de um regulamento traduzir uma contradição simultânea com duas leis diferentes (lei constitucional e lei ordinária), o Autor, embora reconheça que “a contradição com a lei ordinária é a condição *sine qua* não haveria ilegalidade”, entende que “não é a condição *per quam* a ilegalidade se produz”; a *ratio* da irregularidade praticada resulta da contradição com a lei constitucional, a implicar a emergência de uma inconstitucionalidade.

As reflexões destes Autores encontravam-se teleologicamente orientadas para a resolução da problemática à luz da sindicabilidade jurisdicional das normas regulamentares. Com efeito, no quadro da Constituição de 1933, admitia-se apenas o controlo pela Assembleia Nacional da constitucionalidade (tendencialmente com efeitos *erga omnes*) de normas constantes de diplomas emanados por órgãos de soberania (ou, mais tarde, diplomas promulgados pelo Presidente da República) e, a partir de 1971, de tratados ou outros actos internacionais, no que respeita à competência da entidade de que dimanavam ou à forma de elaboração (cf., na redacção original, §§ 1.º e 2.º do artigo 122.º; com a Lei n.º 1963, de 18 de Dezembro de 1937, § único do artigo 123.º; com a Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto, § 2.º do artigo 123.º). A questão suscitava-se primordialmente em relação aos decretos regulamentares do Governo, uma vez que a concepção de um vício formal como originando uma ilegalidade ou inconstitucionalidade possuía consequências diversas, desde logo quanto ao órgão competente para a invalidação: na primeira hipótese, o Supremo Tribunal Administrativo (como dispunha o então § 3.º do artigo 32.º do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo); no caso de inconstitucionalidade, a Assembleia Nacional.

⁹⁰ Trata-se de uma conclusão para a qual KELSEN («Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 5, Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig, 1929, pp. 38 e ss.) já havia chamado a atenção, destrinchando precisamente entre inconstitucionalidade directa e indirecta: após ter sublinhado a subordinação das *Verordnungen (inter alia)* directamente à Constituição (cuja vulneração implicaria a inconstitucionalidade directa daquelas), o Autor alude, em seguida, à violação do princípio da legalidade pelas *Verordnungen* (configurando situações de inconstitucionalidade indirecta).

Entre nós, sobre a noção de inconstitucionalidade indirecta, cf. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 925; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., pp. 909 e s., anotação XI ao artigo 277.º; Luís Nunes de ALMEIDA, «A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado, Vista à Luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 32, ano 8.º, Outubro/Dezembro 1987, pp. 17 e ss. (19); desenvolvidamente, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., pp. 177 e ss..

internacional convencional por normas de direito interno. Independentemente da divergência que pautou as Secções nos arestos relativos à mencionada questão⁹¹, desde cedo o Tribunal Constitucional entendeu que, no domínio das relações entre lei e regulamento, se deve preferir o vício da ilegalidade ao da inconstitucionalidade, para efeitos de delimitação da sua competência; quer dizer, a violação da lei por um regulamento não configura senão uma questão de ilegalidade (quando muito, de inconstitucionalidade indirecta), insusceptível de apreciação por aquele Tribunal, porquanto só indirectamente atinge a Lei Fundamental, não lhe competindo, pois, aferir das infracções à Constituição decorrentes da mera violação de normas interpostas⁹².

Sem abdicar que a Constituição configure, como principiámos por assinalar neste número, o pano de fundo de toda a actividade jurídico-pública – e, por conseguinte, também do exercício do poder regulamentar –, visto que, quer nos casos de inconstitucionalidade directa quer nos casos de inconstitucionalidade indirecta, o padrão de controlo último identifica-se sempre com a Constituição apenas por referência à qual se admitem outros padrões de controlo⁹³, importa ter em atenção que a vinculação operada pela Lei Fundamental não surge sempre com a mesma intensidade. Parafraseando Jorge Miranda⁹⁴, a organização do sistema jurídico não assume uma forma circular, em que a Constituição se situa no centro e os demais actos todos à mesma distância, mas, pelo contrário, pressupõe (embora não em termos absolutos) uma estrutura em que cada uma das normas assenta numa outra de grau superior (ou, se quisermos, em que as normas regulamentares se fundamentam na lei e esta na Constituição).

Afigura-se mais ou menos claro que, nas hipóteses de inconstitucionalidade indirecta, não existe uma relação de desvalor directa entre o regulamento e a Constituição, por entre ambos existir uma outra fonte de direito violada (a lei). Não podemos, contudo,

⁹¹ Cf., sobre esta matéria, o que diremos *infra*, 2.3.1..

⁹² Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 113/88, de 1 de Junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol, 1988, pp. 877 e ss., e 169/88, de 13 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 12.º, vol. 1988, pp. 529 e ss.; 266/92, de 14 de Julho, cit., pp. 788 e ss.; 577/96, de 16 de Abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., 1996, p. 826; 551/2001, de 7 de Dezembro, in: www.tribunalconstitucional.pt, ponto II.1; 410/2004, de 3 de Junho, in: www.tribunalconstitucional.pt, ponto 9.

Sobre a jurisprudência constitucional nesta matéria, cf. Cardoso da COSTA, «A Jurisprudência...», cit., pp. 192 e ss. (onde o Autor efectua uma análise crítica da argumentação emergente dos arestos do Tribunal Constitucional, pondo a tónica no facto de as questões de ilegalidade simples não constituírem *questões jurídico-constitucionais*, não caíndo, por esse motivo, dentro do âmbito material de competência constitucionalmente delineado a favor daquele Tribunal), e *A Jurisdição...*, cit., p. 39, n. 41 (para uma actualização jurisprudencial).

⁹³ Exactamente nestes termos, Luís Nunes de ALMEIDA, «A Justiça...», cit., p. 19.

⁹⁴ Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 25.

ignorar que, persistindo a lei como parâmetro directo do desvalor da norma regulamentar, a Constituição não deixará de se assumir como parâmetro indirecto de validade⁹⁵ e, nessa medida, sairá também vulnerada. Todavia, tal atentado constitucional apenas sucede por causa da violação da lei e o único interesse constitucional aí considerado assume uma natureza essencialmente formal, correspondente ao interesse da «ordenação do sistema jurídico» e de «repartição de funções normativas»⁹⁶.

O carácter (mais ou menos) estratificado do ordenamento jurídico permite uma identificação dos desvalores resultantes da ofensa dos restantes níveis do sistema⁹⁷: nesta ordem de ideias, e da nossa perspectiva interessada, a figura da inconstitucionalidade fica reservada para os casos em que o regulamento contraria imediata e directamente uma norma constitucional, de fundo ou de forma⁹⁸. Nos restantes casos, em que não existe uma ofensa directa e imediata de uma norma constitucional, dever-se-á qualificar o regulamento como padecendo de uma ilegalidade, ficando, por conseguinte, a invalidade em causa sujeita ao respectivo regime jurídico – desde logo, com repercussões ao nível da delimitação da linha de fronteira da competência de controlo normativo do Tribunal Constitucional⁹⁹.

⁹⁵ Parece-nos ser esta uma hipótese susceptível de se integrar na noção de parametricidade interposta esquematizada por Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 925 (modelo II).

⁹⁶ Nestes termos, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 909, anotação XI ao artigo 277.º.

⁹⁷ Cf., v. g., Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 27 e ss..

⁹⁸ Assim, será inequivocamente inconstitucional um regulamento que venha regular, a título principal ou essencial, uma matéria integrada no âmbito da reserva de lei (ou reserva de decreto-lei): neste caso, o regulamento fere directamente as normas constitucionais de forma e de competência, não se limitando a contrariar o que está prescrito na lei (em sentido próximo, v. Afonso QUEIRÓ, «Notas...», cit., p. 161, Autor que concebe dar origem esta hipótese simultaneamente a uma ilegalidade e a uma inconstitucionalidade). Cf. também o caso subjacente ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 640/95, de 15 de Novembro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 32.º vol., 1995, p. 197), onde se arguia a inconstitucionalidade de um regulamento que, devendo fixar, nos termos da lei habilitante, o montante de determinadas taxas, o fazia estabelecendo um valor excessivo, o que transformaria as prestações em causa em verdadeiros impostos, não apenas infringindo normas e princípios constitucionais materiais (princípio da proibição do arbítrio, decorrente da ideia de Estado de direito democrático; princípio da adequação ou da proporcionalidade; princípio da igualdade perante os encargos públicos), mas igualmente violando a repartição de competências (ofensa da reserva de lei). A estas hipóteses assimilam-se aquelas em que o regulamento invade matéria reservada, ainda quando essa invasão aparece latente sob pretexto de estarem em causa meras normas de execução – v. Acórdão n.º 262/97, de 19 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 36.º vol., 1997, pp. 723 e s. [havendo o Tribunal Constitucional considerado que o regulamento em causa envolveu uma “opção de sentido restritivo não assumida pela lei” que visava regulamentar, acabando por redundar numa “interpretação ou integração autêntica do próprio acto legislativo”].

A contrario, se um regulamento contrariar uma norma legal incidente sobre matéria não reservada, estaremos diante de uma simples ilegalidade, mas já não inconstitucionalidade, uma vez que, tal como resulta do que afirmámos em texto, a Constituição apenas é afectada indirectamente, por se haver verificado uma ofensa do princípio da subordinação do regulamento à lei.

⁹⁹ Exactamente neste sentido, v. Cardoso da COSTA, «A Jurisprudência...», cit., p. 194.

Fica, assim, resolvida a hipótese formulada *supra* sob *i*) – regulamentos que violam uma norma legal não inconstitucional, sem atingir (directamente) a Constituição –, encontrando-se as normas regulamentares feridas de simples ilegalidade, e já não de inconstitucionalidade¹⁰⁰.

β) O segundo problema – inverso do anterior – possui uma atinência especial com a questão da subordinação directa da actividade administrativa à Constituição, independentemente de uma mediação legislativa. Importa apreciar se todas as invalidades dos regulamentos se reconduzem a situações de inconstitucionalidade indirecta, já que, em última análise, por força do princípio da precedência de lei, sempre haverá uma lei prévia habilitante à qual as normas regulamentares se encontram subordinadas.

Casos há em que pode ocorrer a violação autónoma por parte do regulamento de disposições constitucionais que não respeitem à definição da hierarquia normativa, o que reconduzirá o vício a uma inconstitucionalidade (e não a uma simples ilegalidade): por exemplo, quando o regulamento viole direitos fundamentais (determinando uma ofensa de normas constitucionais materiais) ou quando verse sobre matérias de reserva de lei (configurando, por isso, um atentado às normas constitucionais de competência). Aliás, as situações de inconstitucionalidade directa no âmbito dos regulamentos administrativos não se encontram circunscritas apenas a vícios materiais, podendo, de igual forma, verificar-se no plano formal – eis o caso paradigmático da violação do dever de citação da lei habilitante, o qual, por se encontrar consagrado no n.º 7 do artigo 112.º, quando infringido pelo regulamento, origina uma inconstitucionalidade; o mesmo sucederá quando estivermos diante de regulamentos independentes do Governo que não revistam a forma de decretos regulamentares (cf. artigo 112.º, n.º 6) ou de decretos regulamentares não assinados pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros competentes em razão da matéria (cf. artigo 201.º, n.º 3) – ou procedimentais – atente-se o que se passa relativamente a decretos regulamentares não promulgados [cf. artigos 134.º, alínea *b*), e 137.º] ou não referendados (cf. artigo 140.º) ou a regulamentos administrativos emanados com preterição de formalidades de audiência constitucionalmente consagradas (como acontece com a

¹⁰⁰ Solução idêntica se seguirá, obviamente, quando um regulamento de uma autarquia local viola os regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar, que constituem, de acordo com o artigo 241.º da Constituição (e nos termos que apontaremos *infra*, 2.5.1.), parâmetros de vinculação do primeiro. Também aqui, e por maioria de razão, a violação dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar não implica a inconstitucionalidade das normas regulamentares afectadas, sem prejuízo de conduzirem à sua invalidade.

audiência das associações sindicais e das comissões de trabalhadores, quanto a determinados regulamentos laborais, ou de audição das regiões autónomas, se acaso os regulamentos contiverem matéria que, embora da competência do Governo, seja respeitante às mesmas – cf. artigo 229.º, n.º 2).

As hipóteses de inconstitucionalidades directas, não sendo específicas dos regulamentos independentes e autónomos, verificar-se-ão com maior acuidade sobretudo neste domínio¹⁰¹. Importa, desde logo, assinalar que, quando hoje se alude à «Administração livre da lei» ou à discricionariedade administrativa (e, no horizonte em que trabalhamos, à discricionariedade regulamentar), não se ignora que, tratando-se embora de momento em que a vinculação à lei é mais ténue, existe sempre uma necessária subordinação da mesma ao direito, nomeadamente às normas e princípios constitucionais¹⁰². Recorde-se que o princípio da precedência de lei exige apenas, como vimos, a existência de uma lei prévia que fixe a competência objectiva e subjectiva para a emissão do regulamento, pelo que, quando os regulamentos prossigam a função de dinamização da ordem jurídica, está em causa a emissão de normas primárias sobre determinada matéria, estabelecendo um regime jurídico cujas linhas orientadoras não constarão do texto legislativo (agora, como que transparente)¹⁰³, que se limita a prever a

¹⁰¹ Aliás, a doutrina vem acentuando que a subordinação directa dos regulamentos à Constituição se encontra, por vezes, subjacente às próprias disposições constitucionais – como acontece, *v. g.*, com os regulamentos das autarquias locais, no n.º 3 do artigo 3.º (que submete os actos do poder local ao princípio da constitucionalidade), no artigo 241.º (quando prevê a submissão do poder regulamentar autárquico à Constituição) e no n.º 2 do artigo 266.º (na medida em que a subordinação da Administração à Lei Fundamental). Assim, André FOLQUE, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 134.

¹⁰² Sobre a relevância do princípio da juridicidade relativamente ao exercício do poder discricionário, *v.* Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», *cit.*, pp. 45 e ss.

¹⁰³ Não poderemos deixar de ter em mente a teoria do *écran législatif transparent*, em que a mediação legislativa entre o *acte administratif* e a Constituição se torna como que aparente, em virtude da ausência da pré-determinação (legislativa) de critérios materiais destinados a orientar o poder regulamentar. Foi no *Arrêt* «Société Smanor», de 19.11.1986 (in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 12, Dezembro 1986, pp. 714 e ss.), que o *Conseil d'Etat* admitiu a possibilidade de controlo da conformidade de um regulamento administrativo com um tratado internacional (*in casu*, o Tratado de Roma), uma vez que a lei habilitante se limitava a confiar ao Governo a competência para a definição da matéria (em causa estava a definição, composição e denominação de mercadorias, em especial, iogurtes), sem estabelecer balizas materiais à intervenção normativa da Administração. A partir daqui, a doutrina passa a destringir entre as hipóteses em que a lei fixa um conjunto de regras de fundo, cabendo ao regulamento apenas tirar as devidas consequências – caso em que se aplica a teoria da «lei-ecrã» –, daquelas em que, após uma análise da natureza, do objecto e, sobretudo, da articulação entre as normas do tratado internacional pretensamente violadas e as normas do regulamento e da lei, se conclui que a mesma se assume como uma simples «lei-quadro», atribuindo competência normativa aos órgãos administrativos, sem lhe fixar um conjunto de directrizes materiais para o respectivo exercício – altura em que o ecrã se torna como que «transparente». Cf., sobre esta matéria, AZIBERT/BOISDEFRE, «Note sous CE 19 novembre 1986, Société Smanor», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 12, Dezembro 1986, pp. 681 e ss., esp.¹⁶ pp. 683 e s..

competência objectiva e subjectiva para a sua emissão. Nestes casos, pode até acontecer que, sem vulnerar a legalidade (*stricto sensu*) – porque não ofendeu o fim nem a competência consagrados na lei habilitante –, o regulamento contrarie directamente as normas constitucionais, padecendo de inconstitucionalidade (corresponderá, *v. g.*, a esta situação um regulamento, emitido pelos órgãos competentes de uma ordem profissional, que, ao estabelecer as condições do exercício da profissão, restrinja desproporcionadamente o acesso à mesma).

Não se pense, porém, que os casos de inconstitucionalidade directa de regulamentos se tenham necessariamente de reconduzir a situações em que o diploma regulamentar só viole a Constituição, sem atentar contra o disposto na lei (*maxime*, na lei habilitante); ou, por outras palavras, um regulamento só seria inconstitucional se, em simultâneo, não fosse ilegal. O *punctum saliens* da verificação da inconstitucionalidade de regulamentos reside na questão de saber se a norma em causa atenta ou não contra disposições constitucionais que se não relacionem com a definição da hierarquia normativa, independentemente de contrariarem também as normas legais a cuja observância se encontrem adstritos¹⁰⁴. Considerações que nos permitem responder às consequências associadas à hipótese supra-identificada *sub iv*).

A aplicação da teoria do *écran législatif transparent* às relações entre a Constituição, a lei e os regulamentos administrativos ocorreu no caso julgado pelo *Conseil d'Etat*, que originou o *Arrêt* «Quintin», de 17.05.1991 (in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Setembro/Outubro 1991, pp. 1431 e s.; cf. também as conclusões do *Commissaire du Gouvernement* ABRAHAM, «Conclusions...», cit., p. 1431); neste aresto, ao *Conseil d'Etat*, mercê do carácter muito genérico da lei habilitante (o artigo L.111-1 do *Code de l'Urbanisme*), não repugnou que a aferição da legalidade (*lato sensu*) da actuação administrativa em causa (*in casu*, uma licença de construção) pressupusesse a convocação de normas e princípios constitucionais (*in casu*, direito de propriedade privada), bem como de normas de instrumentos internacionais (a Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Nos termos desta posição, sempre que a lei autorize a Administração a adoptar determinada medida sem definir os quadros materiais da adopção, aquela torna-se como que transparente, constando os critérios de decisão das normas e princípios constitucionais. Assim, aprofundando a teoria, *v. também* *Arrêt* «M. Gohin», de 13.03.1996, in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 9, Setembro 1996, pp. 699 e ss., com anotação de MEKHANTAR, criticando veementemente a teoria do *écran législatif*, a p. 700, ns. 3 e 4).

Sobre esta matéria, cf. CHAPUS, *Droit...*, cit., pp. 33 e ss.; MATHIEU/VERPEAUX, *Droit...*, cit., pp. 738 e ss.; GENEVOIS, «Le Conseil d'Etat...», cit., pp. 715 e ss., adoptando uma atitude de equilíbrio, e GOHIN, «Le Contrôle...», cit., pp. 1175 e ss., numa perspectiva bastante mais crítica.

¹⁰⁴ Nestes casos, padecendo a norma simultaneamente de inconstitucionalidade e de ilegalidade, defende o Tribunal Constitucional a necessidade de apreciar qual o «vício predominante» ou «vício prevalecente», a propósito da delineação dos seus poderes de cognição. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 24/85, de 6 de Fevereiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, pp. 356 e ss.: “se o vício considerado predominante for o da inconstitucionalidade (e quase sempre isso sucederá, pois que a inconstitucionalidade, como vício mais grave, por regra, consome a ilegalidade, vício menos grave), o Tribunal Constitucional será competente (...). Se o vício prevalecente for ao contrário o da ilegalidade, o Tribunal Constitucional só será competente se norma especial lhe atribuir competência para o efeito”.

III. Pode acontecer, porém, que a violação da Constituição pelo regulamento decorra do facto de ele se conformar com uma lei inconstitucional. No específico campo em que nos movemos, a situação mais frequente reconduz-se à emissão de um regulamento em execução ou dirigido à dinamização de uma determinada lei – nessa altura, as normas regulamentares poderão padecer de inconstitucionalidade por serem executivas de (*rectius*, desempenharem uma função regulamentar relativamente a) uma lei também inconstitucional. Pense-se, v. g., num regulamento que venha estabelecer as condições de aplicação e a densificação de uma lei que impõe censura prévia às notícias a transmitir pelos meios de comunicação ou num regulamento dependente de um decreto-lei emitido com ofensa da reserva de lei. Eis-nos precisamente diante da hipótese anteriormente identificada sob *iii*), estando agora em causa uma inconstitucionalidade consequente (consequencial, derivada ou reflexa)¹⁰⁵: a inconstitucionalidade da norma legal habilitante, da qual depende hierárquico-formalmente a norma regulamentar e cuja validade constitui, por isso, condição da legitimidade desta última, implica, como corolário ou consequência do juízo de inconstitucionalidade relativo à primeira, a inconstitucionalidade da segunda¹⁰⁶; inclusivamente, nos casos em que ferida de inconstitucionalidade a dimensão

¹⁰⁵ Embora não seja forçoso que os regulamentos padeçam unicamente de uma inconstitucionalidade consequente: pode acontecer que as normas regulamentares violem ainda, de forma autónoma, a Constituição, integrando-se, nessa altura, nos casos de inconstitucionalidade (directa) de normas regulamentares. Veja-se o primeiro exemplo apontado.

¹⁰⁶ Ao contrário do que sucede com a inconstitucionalidade indirecta, a inconstitucionalidade consequencial pode ser controlável em sede de processos de fiscalização da constitucionalidade, admitindo-se o respectivo controlo pelo Tribunal Constitucional. Por outro lado, esta inconstitucionalidade consequente constitui fundamento suficiente para que um tribunal administrativo possa não aplicar o regulamento no caso concreto ou declarar a sua ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto. Trata-se de consideração não desprecienda – que permite compreender o alcance do princípio da constitucionalidade no âmbito do Direito Administrativo (substantivo e adjectivo) –, sobretudo quando atentamos nas lições do direito comparado.

Assim, em sentido diverso, formou-se, no seio direito francês, a doutrina do *écran législatif*, com consequências ao nível dos poderes dos tribunais perante actuações administrativas adoptadas em conformidade com uma lei violadora da Constituição. Sem prejuízo da introdução do instituto da *question prioritaire de constitutionnalité*, continua a ordem jurídica francesa a desconhecer o sistema da *judicial review*, não se encontram os tribunais ordinários (aqui incluídos os tribunais administrativos) autorizados a rejeitar a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade; por consequência, os tribunais administrativos não podem anular um *acte administratif* que padeça de uma inconstitucionalidade consequente, visto que tal implicaria a apreciação da constitucionalidade da lei que lhe serve de base: nestes casos, os actos de natureza regulamentar adoptados ao abrigo de uma determinada lei (e em conformidade com a mesma) só são controláveis por referência à lei habilitante, que funciona como um ecrã entre o regulamento e a Constituição. Trata-se de uma posição consolidada pela jurisprudência do *Conseil d'Etat*, desde o *Arrêt «Arrighi»*, de 06.11.1936 (de acordo com o qual, por força do princípio da separação de poderes, “não pertence ao *Conseil d'Etat*, decidindo em matéria contenciosa, apreciar a conformidade da lei com um princípio constitucional”), a sugerir que, a partir do momento em que o *acte administratif* se encontre em conformidade com a lei, não é sancionado pelo facto de se revelar incompatível com a Constituição – também em homenagem à dupla natureza das funções (administrativas e contencioso-

habilitante da lei, tudo se passa como se não existisse credencial para a emissão do regulamento, contra a imposição expressa decorrente do artigo 112.º da Constituição¹⁰⁷.

IV. Maior delicadeza reveste a questão dos regulamentos contrários a uma lei inconstitucional, mas conformes à Constituição [identificada sob *ii*]. Não se ignora que a própria formulação da hipótese acarreta consequências delicadas da perspectiva da não aplicação de leis inconstitucionais pela Administração, já que a mesma pode ser encarada justamente como um dos casos em que o órgão (*in casu*, não o órgão decisor, mas o órgão com competência regulamentar) afastou as prescrições legais (não na decisão do caso concreto, mas no exercício do poder regulamentar), com fundamento na sua inconstitucionalidade¹⁰⁸.

jurisdicionais) confiadas ao *Conseil d'Etat* (cf. GOHIN, «Le Conseil d'Etat et le Contrôle de la Constitutionnalité de la Loi», in: *Revue Française de Droit Administratif*, nº 6, 16.º ano, Novembro/Dezembro 2000, pp. 1175, 1179 e ss.). Apesar de, em diversas circunstâncias e mesmo no exercício da função jurisdicional, o *Conseil d'Etat* empreender uma fiscalização (velada) da constitucionalidade dos *actes administratifs* antes e depois da *Constitution* de 1958 (v. g., controlando o vício de violação de lei, onde se inclui também a violação da Constituição, desde logo, quando defere um *recours pour excès de pouvoir* de um *acte* que ofende o esquema constitucional de distribuição de competências ou fazendo apelo à interpretação das leis e dos regulamentos em conformidade com a Constituição – cf., respectivamente, GOHIN, «Le Contrôle...», cit., pp. 1177 e 1185, e GENEVOIS, «Le Conseil d'Etat n'est pas le Censeur de la Loi au Regard de la Constitution», in: *Revue Française de Droit Administratif*, nº 4, 16.º ano, Julho/Agosto 2000, pp. 719 e 721).

¹⁰⁷ Neste sentido, ainda que em *obiter dictum*, o Tribunal Constitucional já considerou que padeceria de inconstitucionalidade consequencial uma portaria emanada ao abrigo de um decreto-lei inconstitucional – cf. Acórdão n.º 427/95, de 6 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 31.º vol., 1995, p. 701.

Sobre o conceito de inconstitucionalidade consequente, derivada ou reflexa, v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Fundamentos...*, cit., pp. 268 e s., e *Constituição...*, vol. II, cit., pp. 911 e s., anotação XIV ao artigo 277.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo II, cit., pp. 39 e s. (que partilha de uma noção ampla, onde, além da situação enunciada, cabe também no âmbito da dependência a hipótese de uma norma de um acto ou diploma relativamente a outra norma que dele conste) e 331; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., pp. 177 e 182 e s..

Na jurisprudência, v. também Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 563/2003, de 18 de Novembro, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 122, 25.05.2004, p. 3302. Tal como se salienta neste aresto, do ponto de vista do controlo da constitucionalidade, o principal problema emergente das inconstitucionalidades consequentes corresponde aos casos em que as normas por ela atingidas não hajam sido expressamente impugnadas no processo. Nesta hipótese, e por força do princípio do pedido consagrado no artigo 51.º da LTC, o Tribunal Constitucional encontra-se impedido de *ex officio* apreciar a inconstitucionalidade consequente das normas. Efectivamente, e no que toca aos processos de fiscalização sucessiva, o princípio do pedido significa que sobre o autor impende o “ônus de identificar, especificando-a, a norma de direito ordinário que pretende ver declarada inconstitucional com força obrigatória geral”, encontrando-se vedada ao Tribunal “a integração do pedido, já que aos requerentes, e só a eles, compete circunscrever o tema a decidir (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*)” (Acórdão n.º 31/84, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., 1984, pp. 127 e s.), valendo ainda que em causa esteja uma inconstitucionalidade consequente, derivada ou reflexa (Acórdão n.º 563/2003, de 18 de Novembro, cit., *loc. cit.*); cf. ainda Acórdão n.º 285/92, de 22 de Julho, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 188, 17.08.1992, pp. 3964 e s..

¹⁰⁸ Cf., sob esta perspectiva, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 270 e s..

Uma vez apreciada (no ponto anterior) a questão da legitimidade ou das condições a que deve obedecer o afastamento da lei pelo órgão com competência regulamentar em virtude da inconstitucionalidade de que padece (em especial, por violação de direitos, liberdades e garantias), importa retirar as consequências jurídicas da posição defendida agora em sede de validade ou invalidade do regulamento que, apesar de desconforme com a lei, se apresenta compatível com a Constituição.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que a solução a dar a esta hipótese não diferiria em muito da analisada anteriormente a propósito de regulamentos conformes com leis inconstitucionais: afinal, também neste caso – afirmar-se-ia – deparamo-nos com normas regulamentares que, em virtude da inconstitucionalidade da lei habilitante, careceriam de base legal, contrariando, assim, o princípio da precedência de lei constitucionalmente informador do regime do exercício do poder regulamentar. Contudo, esta via argumentativa apenas é mobilizável quando o diploma legal habilitante se encontra totalmente ferido de inconstitucionalidade (v. g., por violação de disposições constitucionais de natureza orgânico-formal, como na hipótese supra-exemplificada de um regulamento emitido ao abrigo de um decreto-lei ofensivo da reserva de lei) – situação que integrámos na inconstitucionalidade consequente –, ou ainda quando a norma habilitante se encontra ferida de inconstitucionalidade, precisamente na sua dimensão habilitante. Com efeito, só agora, e para além da eventual contrariedade entre as normas regulamentares e as disposições materiais da lei habilitante (que geraria uma ilegalidade), o regulamento carecerá de base legal, violando o princípio da precedência de lei e encontrando-se inquinado de inconstitucionalidade.

A autonomização da hipótese que começámos por prefigurar face à da inconstitucionalidade consequente de regulamentos verifica-se quando a lei habilitante padece de inconstitucionalidade (material), na parte em que estabelece os termos do exercício do poder regulamentar: só então se poderá afirmar uma dissociação entre as normas regulamentares e as normas legais, acompanhada pela consonância entre as primeiras e as normas ou princípios constitucionais e, portanto, também só aqui se aventará uma potencial ilegalidade da norma regulamentar por violação da lei.

A seguirmos, na dilucidação deste problema, a solução propugnada por Jorge Miranda¹⁰⁹, poder-se-ia entender que a lógica jurídica não aceita saltos na hierarquia, não

¹⁰⁹ Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo II, 3.^a ed., cit., pp. 331 e s..

podendo uma norma de grau superior consumir a força de fundamento desempenhada pela norma de grau intermédio, pelo que, especificamente no que tange às normas regulamentares contrárias à lei mas conformes à Constituição, a violação do princípio da legalidade não ficaria atalhada com a compatibilidade constitucional, encontrando-se, em qualquer hipótese, o regulamento ferido de invalidade resultante do atentado contra a norma hierarquicamente superior (ilegalidade).

Consideramos, porém, que a análise do problema passará mais por uma argumentação de pendor material que formal.

De uma banda, importa acentuar que a contrariedade entre um regulamento e uma norma legal exprime sempre uma *ilegalidade*, vocábulo que não traduz senão o facto da divergência entre um acto infra-legal (ou, se preferirmos, um acto vinculado à lei) e um acto legal. Diferente da ilegalidade é a invalidade que se pode assumir (ou não) como uma consequência da primeira. Trata-se de um ensinamento que o Direito Administrativo deve colher já da teoria do acto administrativo. Partindo da ideia segundo a qual o problema das invalidades se encontra relacionado com a ofensa do interesse público – tal como este aparece delineado pelo legislador –, não se estranhará a afirmação segundo a qual essa ofensa desencadeia reacções no ordenamento jurídico que passam pela emergência uma *ilegalidade*. Ora, cabe à intensidade da lesão do interesse público graduar as diferentes consequências que reveste a ilegalidade. Eis o motivo por que o conceito de ilegalidade aparece com um âmbito mais vasto que o de invalidade: de facto, uma ilegalidade dá origem quer a uma invalidade (vícios invalidantes), quer a uma mera irregularidade (vícios não invalidantes). Com efeito, nestes últimos casos, a divergência entre o acto e as normas e princípios jurídicos não vai afectar a sua consistência, mas tão-só determinar-lhe uma qualificação específica enquanto mera irregularidade¹¹⁰.

Esta teoria afigura-se afeiçoada para, com algumas adaptações, permitir o tratamento das hipóteses que analisamos. A divergência entre um regulamento e uma lei pode não conduzir à invalidade, se se tratar de um dos casos em que o órgão com competência regulamentar a pudesse contrariar, visto que a circunstância de a norma legal contrariada padecer de inconstitucionalidade faz desaparecer o interesse público que, estando subjacente à mesma, deveria ter sido prosseguido pela Administração, através da emissão do regulamento em determinados termos (aqueles que haviam sido

¹¹⁰ Sobre esta matéria, cf. Rogério SOARES, *Interesse Público...*, cit., pp. 270 e ss..

legislativamente desenhados)¹¹¹. Poder-se-á afirmar que, em homenagem ao princípio da legalidade da Administração, a única consequência resultante da discrepância com a norma legal inconstitucional consiste na mera *irregularidade*, aqui compreendida no sentido de que a inobservância da norma legal não se repercutiu negativamente sobre os objectivos que a ordem jurídica no seu conjunto postulava para a emissão da norma regulamentar em causa¹¹².

De outra banda, há que ter em conta as condições a que se encontra submetida a possibilidade de o órgão com competências normativas na matéria se distanciar de uma lei por entender que a mesma padece de inconstitucionalidade – só o cumprimento desse condicionalismo assegurará que, apesar de contrariar uma norma legal, o regulamento continua a cumprir os interesses pressupostos pelo sistema jurídico¹¹³.

Uma vez afirmada a possibilidade de o órgão com competência normativa contrariar a norma legal, o *topos* fundamental a visitar consiste nas funções conferidas ao regulamento. Como tivemos oportunidade de apontar *supra* (cf. Parte I, 3.), os regulamentos destinam-se a actuar um programa legislativo, quer esse programa resulte de uma determinada lei (prossequindo aqui a função de dinamização legislativa), quer decorra do ordenamento considerado no seu todo (assumindo agora a função de dinamização do sistema jurídico, a exigir especiais cuidados na matéria de reserva de lei). Só nos casos em que o regulamento relegar totalmente o programa legislativo que devia actuar, se poderá afirmar que está a postergar em simultâneo os pressupostos constitucionais do exercício do poder regulamentar.

¹¹¹ E não se afirme que a solução do texto potencia, em termos práticos, a sobrevivência da discussão sobre as consequências jurídicas – nulidade ou mera anulabilidade – associadas aos valores negativos dos regulamentos ilegais. Por um lado, a situação hipotizada reveste contornos de excepcionalidade e refere-se às consequências da contrariedade da lei por um regulamento, para respeitar a Constituição. Por outro lado, os argumentos mobilizados contra a anulabilidade dos regulamentos ilegais – introdução de uma causa de derrogação de leis por regulamentos, abandono do sistema de produção normativa ao arbítrio impugnatório dos particulares (cf., por todos, Rui MEDEIROS, «Valores...», cit., p. 494) – não se verificam no caso em análise, porquanto, padecendo a norma legal de inconstitucionalidade, a mesma encontra-se, de acordo com a doutrina dominante (cf. *infra*, 3.4.2.1.) ferida de nulidade, não produzindo quaisquer efeitos no ordenamento jurídico.

¹¹² Trata-se de uma noção de irregularidade inspirada (embora não coincidente) com a traçada por Rui MEDEIROS, «Valores...», cit., pp. 542 e s., a propósito da irregularidade de actos legislativos inconstitucionais.

¹¹³ Cf. também A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 433 e s., que aproxima, em termos de consequências jurídicas, os regulamentos administrativos que executem uma lei inconstitucional dos regulamentos que contrariem indevidamente uma lei inconstitucional, considerando que ambos se encontram feridos de nulidade.

Diferentemente, considerando que os regulamentos de execução que afastam as normas legais inconstitucionais para se conformarem com a Constituição são ilegais (no sentido de inválidos), cf. Rui MEDEIROS, «Valores...», cit., pp. 505 e s..

Nesta ordem de ideias, a invalidade do regulamento discrepante da lei, mas conforme à Constituição, dependerá não apenas de estarem reunidas as circunstâncias que permitem o afastamento da norma legal inconstitucional, mas ainda da resposta à questão de saber se a Administração ainda está a actuar um conjunto de proposições avançadas pela legislação (e, por conseguinte, se assume materialmente como um regulamento) ou, pelo contrário, se está a pretender, a pretexto da inconstitucionalidade de uma norma legal, “substituir-se” à lei na definição de pressupostos de valoração¹¹⁴.

2.3. A vinculação ao direito internacional e ao direito da União Europeia

A reflexão sobre os parâmetros de vinculação dos regulamentos não pode abstrair dos fenómenos de globalização e europeização do Direito Administrativo a que aludimos logo no início deste trabalho. Se a integração na União Europeia conduziu à criação de um autêntico Direito Administrativo Europeu, também não deixou de provocar uma penetração das normas europeias no horizonte das administrações nacionais dos respectivos Estados-membros. Por outro lado, ao nível internacional, a referência a um “espaço de Administração global”¹¹⁵ leva à perspectivação de uma «nova forma de administrar», caracterizada pela intervenção de outros planos normativos, para além daqueles que se devem à elaboração dos órgãos internos dos Estados.

A tematização das relações entre os regulamentos nacionais e as fontes de direito internacional e de direito europeu encontra-se balizada por dois factores: por um lado, a possibilidade de actos de direito internacional e de direito europeu constituírem a habilitação da emissão de regulamentos nacionais, numa compreensão mais ampla do princípio da legalidade administrativa, enquanto fundamento do poder regulamentar (cf., *supra*, Parte I, 2.2., II); por outro lado, e independentemente da consideração anterior, a qualificação das relações existentes entre os regulamentos nacionais (representando, por sinédoque, o direito nacional) e os actos de direito internacional e de direito europeu. Só

¹¹⁴ Não é por isso de estranhar que Rui MEDEIROS (*A Decisão...*, cit., p. 271) considera que um regulamento pode validamente contrariar uma lei inconstitucional: quando execute uma lei que havia sido invalidamente revogada pela lei inconstitucional; ou quando execute uma lei geral, no caso da inconstitucionalidade da lei especial. Embora o Autor não utilize a terminologia convocada no texto, poderemos afirmar que, em ambos os exemplos avançados, as normas regulamentares ainda desempenham a função de actuação de um programa legislativo determinado; ou, por outras palavras, embora atentando materialmente contra o diploma legislativo que confere a habilitação para o exercício do poder regulamentar (nas situações avançadas, a lei revogatória e a lei especial), o regulamento ainda tem na base da sua emissão uma lei determinada (*in casu*, a lei revogada ou a lei geral).

¹¹⁵ Cf., v. g., HARLOW, «Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 71, 2005, p. 288.

uma reflexão que interaja com estes dois vectores poderá fornecer uma resposta para a questão de saber se o direito internacional ou o direito europeu constituem parâmetros de vinculação dos regulamentos nacionais, cujo desrespeito importa a invalidade destes últimos.

Embora analisemos, num mesmo ponto, o problema das relações entre direito nacional e direito internacional, por um lado, e direito nacional e direito europeu, por outro, daí não decorre que as soluções a seguir possuam uma orientação similar. Relativamente ao direito internacional, a determinação das respectivas normas como parâmetro dos regulamentos encontra-se no direito interno e postulará que partamos das normas constitucionais sobre a matéria para averiguar, à luz do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Constituição, em que medida os regulamentos administrativos se encontram vinculados, sob pena de invalidade, às normas internacionais no exercício das suas competências normativas. Todavia, no caso do direito da UE, a circunstância de, a partir do Tratado de Roma, se pretender criar uma ordem jurídica própria implica que será este desiderato, sucessivamente lembrado e aprofundado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, a orientar a questão da vinculação administrativa ao direito europeu – tal é o raciocínio também subjacente ao n.º 4 do artigo 8.º da Constituição.

2.3.1. Regulamento e direito internacional

A problemática das relações entre o direito internacional e o direito interno tem bases teórico-filosóficas como pontos de partida, desenvolvendo-se tradicionalmente em torno dos paradigmas monista e dualista, nas suas diversas formulações (monismo com primado do direito interno ou com primado do direito internacional, dualismo com superioridade do direito internacional face às normas estaduais ou com superioridade face às normas emitidas por qualquer sujeito de direito internacional)¹¹⁶. Ultrapassado que está o real alcance do antagonismo entre o monismo e o dualismo, e independentemente da

¹¹⁶ Em geral, sobre esta matéria, cf., v. g., Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., pp. 137 e ss.; Azevedo SOARES, *Lições...*, cit., pp. 63 e ss.; A. Gonçalves PEREIRA/Fausto de QUADROS, *Manual...*, cit. pp. 82 e ss.; Bacelar GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 407 e ss.; Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., pp. 136 e ss.; F. Ferreira de ALMEIDA, *Direito...*, cit., pp. 58 e ss.. Cf. ainda, desvalorizando o interesse actual da tradicional contraposição, Fausto de QUADROS, *A Protecção...*, cit., pp. 531 e ss.. Não nos debruçamos sobre esta querela, em virtude de a análise empreendida neste momento assentar nos dados constitucionais positivos, cumprindo apreciar, sob esta lupa, as relações que intercedem entre as (várias) fontes de direito internacional e os regulamentos emitidos pelos órgãos administrativos nacionais.

posição que se adopte quanto às relações entre o direito internacional e o direito interno¹¹⁷ – opção ditada pela concepção de soberania estadual perfilhada –, torna-se premente acentuar que a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional nascem com autonomia sem perderem, contudo, a sua interdependência; quer dizer, se o complexo normativo que forma o direito internacional se desdobra do direito interno (desde logo, de uma perspectiva genética, mas também do ponto de vista da respectiva intencionalidade), tal não impede que se verifique um entrecruzar de preocupações conducentes a que as normas internas e internacionais tenham uma pretensão simultânea de aplicação relativamente às mesmas situações da vida e, em certos casos, que se admita uma verdadeira integração das normas internacionais nas ordens jurídicas nacionais. A tarefa da dilucidação das relações entre direito internacional e direito interno carece, por isso, de uma dupla perspetivação, que considere quer a natureza das normas internacionais, quer o modo como o ordenamento interno (*maxime*, a Constituição) concebe a vigência das mesmas.

Volvendo o olhar para o nosso problema, é a percepção, à luz da CRP, das relações entre as normas nacionais e as normas internas que se vai revelar determinante para compreender em que medida os órgãos administrativos se encontram vinculados às normas internacionais no exercício do poder regulamentar.

I. Uma análise dos artigos 7.º e 8.º da nossa Lei Fundamental suporta a conclusão de que a Constituição portuguesa manifesta uma «amizade para com o direito internacional»¹¹⁸; neste sentido, opera também o artigo 16.º, que exprime a abertura do catálogo dos direitos fundamentais ao direito internacional e erige a Declaração Universal dos Direitos do Homem em critério de interpretação e integração dos preceitos nacionais relativos aos direitos fundamentais, permitindo alicerçar, nesta matéria, um princípio de harmonia da Constituição com o direito internacional¹¹⁹.

¹¹⁷ Posição essa que, sob pena de inutilidade, não pode deixar de ser compatibilizada com as disposições sobre a recepção do direito internacional previstas na ordem constitucional interna. Neste sentido, já Rui MEDEIROS («Relações...», cit., p. 355) acentuava que não significam outra coisa as concepções que preconizam o monismo ou o dualismo nas suas versões moderadas. Mais que uma questão teórica, o problema do relacionamento entre a ordem internacional e a ordem interna assume um relevo prático determinante, sobretudo no momento da resolução dos casos concretos.

¹¹⁸ Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., p. 143.

¹¹⁹ Erigindo ainda o *princípio da harmonia* a princípio geral do direito internacional, v. Fausto de QUADROS, *A Protecção...*, cit., pp. 536 e ss., 546 e ss. (embora não acompanhemos totalmente o Autor, na parte em que, a partir do princípio da harmonia, propugna uma subordinação da Constituição ao direito

Quid iuris, se um regulamento administrativo contrariar materialmente uma norma de direito internacional geral ou uma norma constante de uma convenção internacional? Em abstracto, perfilam-se duas soluções: (1) a adopção de um critério hierárquico, segundo o qual as normas de direito internacional possuem valor superior ao regulamento, padecendo este último de uma invalidez quando conflitue com aquelas; (2) a defesa da preferência applicativa como instituto de resolução de antinomias, que determina a cedência da aplicação do regulamento no caso concreto, quando conflitue com uma norma de direito internacional. Sem prejuízo de a resposta a esta questão não resultar directamente da interpretação do artigo 8.º da Constituição¹²⁰, não se pode ignorar que a mesma se deverá apoiar na forma como a Lei Fundamental admite a vigência das normas de direito internacional no ordenamento português.

Como é sabido, o artigo 8.º destina-se a especificar as técnicas de recepção do direito internacional: no que tange ao direito internacional geral ou comum (a que se refere o n.º 1), consagra a Constituição a recepção automática plena, determinando que os princípios de direito internacional e o costume internacional fazem parte integrante do direito português; por sua vez, a vigência no plano interno do direito internacional convencional (a que alude o n.º 2) depende da sua regular ratificação e aprovação à luz das normas jurídicas nacionais e da sua publicação oficial, estabelecendo a Constituição, também a este propósito, uma cláusula de recepção automática plena¹²¹. Ainda que especialmente vocacionado para as normas emitidas pelas instituições da União Europeia, o n.º 3 aplica-se a todas as normas emanadas pelos órgãos das organizações internacionais – aí se incluindo, *v. g.*, as Resoluções das Nações Unidas vinculativas dos Estados, como aquelas que respeitam às ameaças à paz e à segurança internacionais¹²²; nele estabelece-se

internacional geral ou comum, resultante da autolimitação resultante da articulação do n.º 1 do artigo 8.º e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º – sobre esta matéria, *v. infra*, II).

¹²⁰ Assim, Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 52, para quem ambas as soluções surgem confortadas pelo artigo 8.º. Cf. também, neste sentido, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 820; Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., p. 130.

¹²¹ Sem prejuízo da respectiva submissão a um controlo de constitucionalidade. Assim, o n.º 2 do artigo 277.º contém uma solução específica de validade quanto aos tratados internacionais regularmente ratificados que padeçam apenas de inconstitucionalidade orgânica e formal, resultante da violação de disposição (constitucional) não fundamental; o n.º 1 do artigo 278.º sujeita a fiscalização preventiva da constitucionalidade os tratados (relativamente a estes, *v. também* artigo 279.º, n.º 3) e os acordos internacionais; o n.º 3 do artigo 280.º estabelece, em sede de processo de fiscalização concreta, um regime de recurso obrigatório do Ministério Público para o Tribunal Constitucional sempre que um tribunal ordinário profira uma decisão positiva (de inconstitucionalidade) relativamente a uma convenção internacional.

¹²² Neste sentido, Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., p. 166; Jorge MIRANDA, «Artigo 8.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., pp. 164 e s., anotação V. Sobre as dificuldades

que “as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

O confronto entre estas três normas deixa entrever já duas conclusões: por um lado, a integração do direito internacional no direito português postulada pelas cláusulas constitucionais de recepção plena não implica a sua transformação em direito interno – consideração de relevo não despidendo quando se trata de apreciar o sentido da tarefa hermenêutica a desenvolver pelos intérpretes¹²³; por outro lado, a diferença de redacção entre, por um lado, o n.º 1 e, por outro lado, os n.ºs 2 e 3, permite sustentar que, ao contrário do direito internacional geral ou comum, que faz parte integrante do direito português, as convenções internacionais e as normas emanadas pelas organizações internacionais de que Portugal seja parte, vigorando embora na ordem interna, *não fazem parte integrante do direito português*. Dito de outra forma, e convocando conclusões atingidas na Parte II, o problema da *invalidade* do regulamento por incompatibilidade com o direito internacional – a colocar-se – só ocorrerá quando atente contra normas de direito internacional geral ou comum, *apenas estas constituindo parâmetro de vinculação do regulamento*. Analisemos em que termos.

II. Como questão prévia, impõe-se sublinhar que, a partir do momento em que a Lei Fundamental estabelece a recepção automática do direito internacional (em especial, das normas constantes das convenções internacionais), a afirmação da parametricidade das normas de direito internacional relativamente aos regulamentos nacionais afigura-se mais ou menos evidente, quando estes têm aquelas por fundamento, no quadro do entendimento perfilhado *supra* (Parte I, 2.2., II), quanto à possibilidade de substituição do princípio da precedência de lei pelo princípio da precedência de normas de direito internacional. Nestas hipóteses, é o próprio regulamento nacional que se filia na norma internacional (em regra, numa norma constante de uma convenção internacional ou de um acto emanado por uma organização internacional), tomando-a como referência para o desenho do regime jurídico que estabelece (quer limitando-se a executar a disciplina constante do acto internacional,

levantadas pelo artigo 8.º, n.º 3, em momento anterior à revisão de 2004, v., por todos, A. Gonçalves PEREIRA/Fausto de QUADROS, *Manual...*, cit., pp. 132 e ss..

¹²³ Assim também Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., pp. 154 e ss., esp.^{te} p. 156, reclamando uma interpretação autónoma do direito internacional, baseada nos critérios próprios da ordem jurídica internacional.

quer desenvolvendo-a) para o ordenamento nacional. Recebendo o seu fundamento numa norma de direito internacional, o regulamento padecerá de invalidez quando atenta contra tal norma internacional (independentemente da sua natureza) – tal como acontece quando um regulamento viola a lei habilitante.

III. As dificuldades acentuam-se nos demais casos, *i. e.*, quando as normas de direito internacional não constituem fundamento para a emissão de regulamentos e o conteúdo destes últimos ofende materialmente o disposto num princípio ou numa norma de direito internacional comum ou convencional. A análise da questão no direito português não prescinde de duas observações preliminares.

Primo, no plano da teoria do direito internacional, as respectivas normas não possuem todas o mesmo conteúdo ou a mesma densidade axiológica, razão por que a doutrina jus-internacionalista autonomiza, *v. g.*, as normas de *ius cogens* face às restantes normas internacionais, ou identifica um conjunto de «princípios constitucionais de direito internacional» que constituem matéria de «reserva de direito internacional» ou de princípios integrantes do «património comum da humanidade»¹²⁴, que, em virtude da sua essencialidade, não podem ficar na disponibilidade unilateral dos Estados (e dos demais sujeitos de direito internacional), sob pena de se comprometer a própria existência (sobrevivência) da comunidade internacional. Apenas a respeito destas últimas se poderá afirmar generalizadamente a sua superioridade hierárquica face ao direito nacional; quanto às restantes normas de direito internacional, o respectivo relacionamento com o direito interno é ditado ao nível estadual, independentemente de os Estados incorrerem em responsabilidade internacional, sempre que a sua conduta atentar contra uma delas. Assim, a aferição do alcance da vinculação interna do direito internacional não poderá abstrair desta hierarquia entre as normas internacionais.

Secundo, importa assinalar que, ainda quando as soluções diverjam quanto à posição do direito internacional na hierarquia das «fontes de direito»¹²⁵ – a força jurídica

¹²⁴ Assim, Azevedo SOARES, *Lições...*, cit., pp. 72 e ss.. É neste sentido que também Jorge MIRANDA («O Artigo 8.º...», cit., p. 425), a propósito dos princípios de direito internacional vertidos no artigo 7.º da Constituição, afirma que “como princípios de *ius cogens*, são estruturantes da comunidade internacional e não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade”. Cf. também Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., pp. 152 e s., 154.

¹²⁵ Sobre as diversas perspectivas, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 820; Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., pp. 140 e ss.; Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., pp. 131 e ss.; Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., pp. 125 e ss..

das normas e princípios de direito internacional oscila, consoante as posições adoptadas, entre o valor supra-constitucional, constitucional, supra-legislativo e legislativo –, não se afigura controversa a questão da supremacia (*lato sensu*) daquele face às normas emitidas pelos órgãos da Administração Pública estadual. Tal significa que, concluindo-se pela adopção de um critério de hierarquia, em caso algum, se afigura sequer defensável uma equiparação hierárquica entre normas de direito internacional e regulamentos administrativos. Uma solução diversa conduziria à possibilidade de os órgãos administrativos, por si só, impedirem a vigência de princípios e normas de direito internacional geral ou comum, submetendo a sua observância às *vicissitudes do humor da Administração*¹²⁶. Além disso, e como resulta das normas constitucionais já citadas, também não vigora entre nós um qualquer sistema que pressuponha uma interpretação governamental das normas jurídicas internacionais, em especial, das normas constantes de convenções internacionais¹²⁷.

A atenção dedicada ao direito internacional como parâmetro de vinculação do regulamento pressupõe que se considerem as várias hipóteses de conflito normativo susceptíveis de se originarem neste quadro. São pensáveis quatro situações: α) o regulamento contraria um princípio ou uma norma de direito internacional, sem, contudo, ofender qualquer norma nacional; β) o regulamento contraria o direito internacional e, em simultâneo, atenta contra uma disposição constitucional e/ou legal; γ) o regulamento contraria um princípio ou uma norma de direito internacional, para observar uma norma legal contrária ao mesmo princípio ou norma de direito internacional; δ) o regulamento contraria uma norma de direito internacional, para cumprir uma norma constante de outra fonte de direito internacional.

α) Impõe-se apreciar a primeira hipótese, sob a perspectiva de aferir quais as consequências que importa a contrariedade entre um regulamento administrativo e uma norma de direito internacional, quando tal contrariedade, por ser directa, não se verificar também relativamente a norma de direito interno, em especial, na relação com a lei. Claro está que constitui pressuposto da própria formulação da hipótese que a norma de direito internacional revista carácter *self-executing*, não carecendo de qualquer acto de

¹²⁶ Parafraseamos Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., p. 149, quando alude ao carácter supra-legislativo das convenções internacionais, a única posição hierárquica que, na perspectiva do Autor, as subtrai às vicissitudes do humor do legislador ordinário.

¹²⁷ Cf. Moura RAMOS, «A Convenção...», cit., p. 151, nota 114.

regulamentação (de direito interno ou de direito internacional) destinado a conferir-lhe aplicabilidade.

No que respeita ao direito internacional geral ou comum, a respectiva integração no direito português decorre do n.º 1 do artigo 8.º da Constituição, de clara influência germânica¹²⁸, que dita a sua incorporação na hierarquia da normatividade interna (e, nessa medida, estabelecendo relações com as normas nacionais pautadas pelo princípio da hierarquia)¹²⁹, assumindo: a) nível supra-constitucional, quando em causa estejam princípios e normas de *ius cogens*¹³⁰; b) nível constitucional, sempre que tais princípios e

¹²⁸ Para um confronto entre o n.º 1 do artigo 8.º da CRP com o artigo 25 da *Grundgesetz* (nos termos do qual “as regras gerais de direito internacional são parte integrante do direito da Federação. Elas prevalecem sobre a lei e conferem directamente direitos e deveres aos habitantes do território da Federação”), v. Fausto de QUADROS, *A Protecção...*, cit., pp. 538 e ss..

¹²⁹ A existência de uma relação de supra-/infra-ordenação com as normas nacionais constitui uma consequência do disposto no n.º 1 do artigo 8.º e não uma imposição do próprio direito internacional. Todavia, as decisões dos tribunais internacionais relativas a esta matéria apontam no sentido da existência de uma preferência aplicativa das normas internacionais sobre as normas internas, do que propriamente para uma estrita hierarquia jurídica. Cf. Jónatas MACHADO, *Direito...*, cit., p. 145 e jurisprudência internacional aí citada.

Provavelmente esta conclusão só não se afigurará inteiramente correcta relativamente às normas de *ius cogens*. Com efeito, em relação a estas últimas, verifica-se, no plano comparado, haver algum consenso em torno da respectiva vinculatividade inclusive em relação às Constituições estaduais, o que as erige em limites ao poder constituinte originário. Se quisermos recuperar o conceito decantado no artigo 53.º da *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados* de 1969 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 46/2003, in: *Diário da República*, I Série-A, 07.08.2003), o *ius cogens*, identificado pela perífrase “norma imperativa de direito internacional”, constitui “norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

¹³⁰ Neste sentido, quanto aos “princípios constitucionais do direito internacional”, cf. Azevedo SOARES, *Lições...*, cit., p. 73. V. também a posição defendida por Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, cit., pp. 452 e s..

Quanto ao *ius cogens*, que compreende, desde logo, as normas internacionais directamente fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana (como sucede com as normas relativas aos direitos humanos), entende a doutrina que assume um valor superior à Constituição, mercê da densidade axiológico-normativa de que são portadoras aquelas normas. Também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 260, anotação IX ao artigo 8.º) não afastam a posição segundo a qual, “num Estado de direito democrático «amigo do direito internacional» as normas e princípios de DI geral ou comum constituem mesmo um limite ao próprio poder constituinte originário, sob pena de ilegitimidade (pelo menos política) das normas que porventura contrariassem tais normas e princípios”; nesta ordem de ideias, os princípios e normas de *ius cogens* constituem limites heterónomos do poder constituinte (Jorge MIRANDA, «Artigo 8.º», cit., p. 166, anotação XI). A. Gonçalves PEREIRA/Fausto de QUADROS não só entendem que o *ius cogens* assume valor supra-constitucional (cf. *Manual...*, cit., p. 118), como também defendem, reconhecendo embora a fragilidade da sua posição (*Op. cit.*, p. 123), que todo o direito internacional, incluindo o direito internacional convencional, obriga o Estado, prevalecendo sobre a Constituição (*Op. cit.*, pp. 119 e ss.) – com excepção do direito internacional convencional particular, dotado de valor infra-constitucional, mas supra-legal.

As normas constitucionais que violem o *ius cogens* encontram-se feridas de «insupraconstitucionalidade» (cf., sobre a noção de «insupraconstitucionalidade» e de inconstitucionalidade atípica neste sentido, Fausto de QUADROS, *A Protecção...*, cit., p. 565; e, na senda deste Autor, Paulo OTERO, *Lições...*, cit., p. 197, e *Legalidade...*, cit., pp. 570 e 588); como sublinha Jorge MIRANDA (*Curso...*, cit., pp. 154 e s.), no horizonte do (estado actual do) direito português, trata-se de hipótese meramente académica,

normas se encontrem plasmados na Constituição formal¹³¹; c) nível infra-constitucional, mas supra-legislativo, nas restantes hipóteses¹³². Nesta ordem de ideias, o exercício do poder regulamentar – que, por definição, possui apenas força infra-legislativa – encontra-se, em qualquer caso, vinculado aos princípios e normas de direito internacional geral ou comum, padecendo de invalidade os regulamentos que os contrariem.

O problema reside agora em qualificar esta invalidade, para posterior delineação do respectivo regime jurídico: estará em causa uma inconstitucionalidade (por violação do disposto no n.º 1 do artigo 8.º), uma ilegalidade ou um tipo diferente de invalidade? As hesitações doutrinárias e jurisprudenciais que têm pautado a compreensão da matéria atinente à desconformidade entre as normas internas (*maxime*, leis) e o direito internacional nem sempre permitem uma resposta unívoca a esta questão. Todavia, a formulação da mesma no horizonte dos regulamentos comporta um elemento de simplificação face à solução de análogo problema no quadro legislativo, resultante da tendencial proximidade de regimes jurídicos da inconstitucionalidade e da ilegalidade¹³³.

visto que a Constituição não só não ofende, como expressamente recebe no seu texto (cf. artigo 7.º) princípios de *ius cogens* (cf. também Jorge MIRANDA, «Artigo 8.º», cit., p. 91, anotação VII).

Adoptando uma posição mais ampla, e defendendo que as regras a que se refere o n.º 1 do artigo 8.º assumem, na ordem interna portuguesa, valor supra-constitucional, v. André Gonçalves PEREIRA/Fausto de QUADROS, *Manual...*, cit., pp. 117 e ss.; Fausto de QUADROS, *A Protecção...*, cit., pp. 538 e s..

¹³¹ Dentro destas referências constitucionais, importa autonomizar aquelas que corporizam alusões a princípios de *ius cogens*, como sucede fundamentalmente com a maioria dos mencionados no artigo 7.º (v. g., princípio do respeito pelos direitos do homem e dos povos, princípio da solução pacífica de conflitos internacionais, princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados), e cuja recepção no texto constitucional não altera a sua natureza e não altera o seu valor supra-constitucional.

Vai mais longe Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 591 e ss.), que defende o valor constitucional das normas e princípios de direito internacional geral ou comum não constitutivas de *ius cogens*. A este propósito, registe-se a posição igualmente ampla de Baptista MACHADO (*Introdução...*, cit., p. 167) que, referindo-se aos vários tipos de normas constitucionais, autonomiza a categoria das «normas constitucionais mediatas ou por devolução» ou «normas “constitucionalizadas”», como o seriam as normas de direito internacional, aí incluindo as normas a que se referem os n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º, *i. e.*, quer o costume internacional geral e princípios gerais de direitos comuns às nações civilizadas, quer as normas de direito internacional convencional recebido.

¹³² Cf., por exemplo, embora conferindo valor supralegislativo quer às normas e princípios de direito internacional geral ou comum, quer às normas constantes de convenções internacionais, Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., pp. 266 e s.; Jorge MIRANDA, «O Artigo 8.º...», cit., pp. 445 e s.; Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, cit., p. 457; Pedro Romano MARTINEZ, «Relações...», cit., pp. 170 e s..

Poderá questionar-se se, em certos casos, alguns dos princípios de direito internacional não poderão assumir valor legal. As dúvidas suscitam-se, v. g., perante o disposto no n.º 2 do artigo 29.º da Constituição, nos termos do qual “não [se] impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos”. Cf., a este propósito, Jorge MIRANDA, «Artigo 8.º», cit., p. 166, anotação XI, para quem os princípios referidos no n.º 2 do artigo 29.º “fazem corpo com a lei ordinária (...) e, portanto, não podem ultrapassar os quadros do direito ordinário”.

¹³³ Efectivamente, a única diferença relevante reside na competência do Tribunal Constitucional para a fiscalização desta invalidade (desde logo, a nível abstracto) – reconhecida quando se trata de inconstitucionalidade de normas, mas inexistente para a apreciação da ilegalidade (ressalvados os casos de

Nestas hipóteses, entendemos que se trata de uma invalidade *a se*, distinta da ilegalidade *stricto sensu* (por, em rigor, não estar em causa a violação de um acto legislativo), mas cuja disciplina jurídica há-de ser recortada à luz do regime da ilegalidade dos regulamentos¹³⁴, mormente no que tange à competência jurisdicional para a respectiva apreciação a título principal (acção administrativa comum de declaração de «ilegalidade» de regulamentos, a correr nos tribunais administrativos).

β) Nos casos em que o regulamento viola uma norma de direito internacional e, em simultâneo, uma norma interna (v. g., a Constituição¹³⁵ ou a lei), e, por conseguinte, nas hipóteses em que o regulamento atenta contra dois parâmetros de vinculação diferentes, a questão a formular prende-se com a eventual autonomia daquela primeira contrariedade com o direito internacional, em termos que justifiquem a previsão de uma sanção autónoma, com repercussões ao nível do respectivo regime jurídico.

Também aqui se imporá uma distinção, consoante a norma internacional contrariada pelo regulamento conste de uma convenção internacional ou integre o direito internacional geral ou comum. Desde logo, no primeiro caso, à incompatibilidade entre a norma nacional e a norma internacional (não geradora, como vimos, da invalidade da primeira, mas da sua ineficácia) soma-se agora a invalidade por violação da Constituição ou da lei (inconstitucionalidade ou ilegalidade, respectivamente): se o primeiro conflito era resolúvel pelo critério da preferência aplicativa, sem conduzir à invalidade da norma regulamentar nacional, o segundo, pressupondo a violação de um parâmetro de vinculação do regulamento, já implica uma invalidade do regulamento.

ilegalidade reforçada). Todavia, salvo nas hipóteses em que as normas e princípios de direito internacional comum se encontrem recebidos no texto constitucional (caso em que se assiste a uma inconstitucionalidade directa e se extravasa já o pressuposto que preside a este ponto – contrariedade entre um regulamento e uma norma ou princípio internacional, desacompanhada da ofensa a qualquer norma nacional), a circunstância de a ofensa constitucional assumir sempre natureza indirecta (inconstitucionalidade indirecta) leva a que, tal como se apontou a propósito da ilegalidade dos regulamentos, o Tribunal Constitucional se não considere competente para a apreciar.

¹³⁴ Talvez apenas com a ressalva das hipóteses de violação de normas de *ius cogens*, cuja gravidade permite aproximá-las do regime da inconstitucionalidade. Em sentido próximo, Fausto de QUADROS (*A Protecção...*, cit., p. 565) defende que padecem de inconstitucionalidade os actos regulamentares que violem as normas de direito internacional relativas aos direitos fundamentais, à qual corresponderá a sanção da inexistência, pelo menos quando é atingido o conteúdo essencial dos direitos.

¹³⁵ Estão aqui incluídos apenas os casos em que a afronta contra uma norma de direito internacional constitui também um ataque *directo* a uma norma constitucional (inconstitucionalidade directa ou imediata), mas não as hipóteses, já aludidas, em que a infracção à Lei Fundamental resultaria da vulneração do n.º 1 do artigo 8.º e em que, por conseguinte, estaria em causa uma inconstitucionalidade indirecta.

A idêntica conclusão se poderia chegar quando os regulamentos atentassem simultaneamente contra normas nacionais e normas de direito internacional geral ou comum. A autonomização da hipótese deve-se ao elemento de complexificação resultante de certas normas de direito internacional assumirem valor supra-constitucional ou valor supra-legal: nos casos de «insupraconstitucionalidade», a violação concomitante da Constituição transporta o problema para o âmbito da inconstitucionalidade¹³⁶; por outro lado, a supra-legalidade assumida pelos princípios e normas de direito internacional geral ou comum (que não constituam *ius cogens*, nem se encontrem plasmados na Constituição) não sairá vulnerada se à sua violação se associar a sanção e os efeitos da ilegalidade, a qual como que «consumirá» a invalidade *a se* decorrente da concomitante ofensa de uma norma legal¹³⁷.

γ) Reflectamos agora sobre as hipóteses em que o regulamento contraria um princípio ou uma norma de direito internacional para observar uma norma legal¹³⁸ contrária ao mesmo princípio ou norma de direito internacional.

Poder-se-ia pensar que a afirmação da superioridade hierárquica do direito internacional geral ou comum face ao direito legislativo solucionaria, pelo menos quanto às respectivas normas, o problema no sentido da invalidade do regulamento. Todavia, durante algum tempo, a afirmação da primazia do direito internacional face ao direito interno não impediu a jurisprudência administrativa francesa de, louvando-se na teoria do *écran législatif*, não conhecer da violação de normas internacionais por regulamentos (em geral, *actes administratifs*), quando estes se revelassem compatíveis com as leis¹³⁹. Entre

¹³⁶ Na verdade, a «insupraconstitucionalidade» apenas conhecerá autonomia nos casos em que a ofensa dos princípios e das normas de *ius cogens* ocorresse ao nível da Constituição, gerando-se aqui o fenómeno das «normas constitucionais insupraconstitucionais». De qualquer modo, mesmo neste domínio a doutrina afirma a competência do Tribunal Constitucional, que poderia ser chamado a julgar o problema da violação de normas de *ius cogens*, mas apenas no âmbito de processos de fiscalização concreta, e já não no quadro de processos de fiscalização abstracta, por estes se dirigirem precipuamente à garantia da Constituição – assim, Jorge MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 155.

¹³⁷ Em termos similares aos apontados a propósito da supra-constitucionalidade, também a afirmação da supra-legalidade de princípios e normas de direito internacional releva sobretudo quando estes são violados por normas legais (mas já não por actos de valor infra-legal, como sucede com os regulamentos).

¹³⁸ Não nos reportamos ao problema da infracção de normas de *ius cogens* pela Lei Fundamental ou, mais precisamente, de regulamentos conformes à Constituição mas violadores de *ius cogens*: os termos em que se encontra delineada a disciplina jurídico-constitucional das relações internacionais e os princípios a que, por força do artigo 7.º da CRP, as mesmas se subordinam afastam estas hipóteses do horizonte das preocupações práticas.

¹³⁹ Mesmo perante (*rectius*, por causa de) uma norma constitucional que expressamente contempla a superioridade hierárquica dos tratados internacionais face ao direito legislativo interno – cf. artigo 55 da

nós, porém, não se encontra vedada aos tribunais em geral (e aos tribunais administrativos, em especial) a apreciação da conformidade de quaisquer normas com o direito internacional¹⁴⁰.

Em suma, um regulamento que contrarie a lei é inválido (ainda quando a contrariedade se destina a respeitar o direito internacional), como também o é o

Constitution de 1958, nos termos do qual “os tratados e os acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, da sua aplicação pela outra parte”. Todavia, até ao *Arrêt* «Nicolo», o *Conseil d’Etat* não se considerava competente para apreciar a compatibilidade entre a lei e as normas constantes de convenções internacionais, defendendo que, por força do estabelecido no artigo 55 da Constituição, a questão revestia natureza constitucional, não lhe competindo aquilatar da constitucionalidade das leis; nessa medida, encontrava-se igualmente impedido de considerar inválido um regulamento que, adoptado em conformidade com uma lei interna, atentasse, todavia, contra uma convenção internacional, visto que, à semelhança do que vimos a propósito da inconstitucionalidade consequente de regulamentos, a lei fazia ecrã entre o *acte administratif* e a convenção internacional.

O *Arrêt* «Nicolo», de 20.10.1989 (in: LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 748 e ss.), embora ditado a propósito de uma (pretensa) incompatibilidade entre uma lei e o Tratado de Roma, constituiu o marco que pôs termo à invocação da teoria do *écran législatif* relativamente ao controlo da conformidade entre regulamentos e convenções internacionais (*contrôle de la conventionnalité*), abrindo, para todas as hipóteses, o controlo da conformidade dos regulamentos com tratados internacionais, ainda quando o *écran législatif* não era «transparente» (esta última abertura decorria, como vimos, *supra*, 2.2.3., I, β, do *Arrêt* «Société Smanor»). Limitando-se tão-só a referir que as regras definidas pela lei (*in casu*, a *Loi* n.º 77-729 de 7 de Julho de 1977) não se revelavam incompatíveis com o (então) artigo 227 do Tratado de Roma (permitindo ambos os diplomas a participação dos cidadãos dos territórios franceses ultramarinos nas eleições para o Parlamento Europeu – questão que se discutia no processo), o *Conseil d’Etat* manifestou a abertura necessária para a compatibilização da sua jurisprudência com a posição perfilhada pelo *Conseil Constitutionnel* – que, desde a Decisão n.º 75-54, de 15.01.1975 (in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 3, Março 1975, pp. 134 e s.; cf. a perspectiva crítica de RIVERO, em anotação a este aresto) não incluía as convenções internacionais no «bloco da constitucionalidade», entendendo que existia uma diferença de natureza entre a constitucionalidade das leis e a primazia dos tratados internacionais, motivo por que não controlava a conformidade entre uma lei e as disposições de uma convenção internacional – e pela *Cour de Cassation* – que, desde o *Arrêt* «Société des Cafés Jacques Vabre», de 24.05.1975 (in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 12, Dezembro 1975, pp. 567 e ss.; sobre o alcance desta jurisprudência, v. a «Note» de BOULOUIS, pp. 569 e ss.; PHILIP/FAVOREU, «Les “Suites” de la Décision du 15 Janvier 1975: L’Arrêt de la Cour de Cassation du 24 Mai 1975», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano 91, 1975, pp. 1335 e ss.), se reconhecia competente para aplicar o direito internacional convencional (*in casu*, o Tratado de Roma) contrário a uma lei, mesmo que esta fosse posterior.

Sintomaticamente, quer o *Conseil d’Etat*, quer, sobretudo, a *Cour de Cassation* puseram em relevo, nestas decisões inaugurais, a circunstância de estar em causa uma norma do Tratado de Roma, cuja superioridade surge afirmada nos tradicionais argumentos segundo os quais tal Tratado se destinava a erigir uma ordem jurídica própria integrada pelos Estados-membros (cf., *v. g.*, a interessante argumentação da *Cour de Cassation* que começa por afirmar a impossibilidade de o juiz afastar uma norma interna, com fundamento na sua inconstitucionalidade, por violação do artigo 55 da Constituição quando prevê a superioridade do direito internacional face à lei, para, logo a seguir, admitir justamente essa ideia por estar em causa uma ofensa a uma norma comunitária – cf. *Arrêt* «Société des Cafés Jacques Vabres», cit., p. 568).

¹⁴⁰ Maiores dificuldades acarreta a transposição desta via argumentativa para a possibilidade de afastamento de uma norma legal pelos *órgãos administrativos*, no momento da emanção das normas regulamentares, em virtude da subordinação administrativa ao princípio da legalidade. Ainda quando as normas de direito internacional assumam a natureza de *ius cogens*, deve adoptar-se uma solução equivalente à defendida a propósito da vinculação do regulamento à Constituição, quando aquele se revela incompatível com esta, mas conforme com a lei – a apontar para a admissibilidade restrita do afastamento da lei para respeito de normas supra-legislativas (seja de valor infra-constitucional, constitucional ou supra-constitucional).

regulamento que viole uma norma de direito internacional geral para se conformar com o prescrito pela lei. Em qualquer umas das hipóteses, vai emergir, no momento da mobilização do regulamento para a resolução do caso concreto, o problema da sua recusa de aplicação com fundamento em invalidade.

δ) Outras dificuldades se depararão quando o regulamento, embora incompatível com determinadas normas de direito internacional, se revela conforme com outra «fonte de direito internacional»¹⁴¹. O problema releva agora da própria relação entre as fontes de direito internacional: estará aqui em causa, *v. g.*, a contrariedade entre uma convenção internacional e um princípio ou uma norma de direito internacional geral ou comum, ou a incompatibilidade entre um acto de uma organização internacional e o respectivo tratado constitutivo. Trata-se de uma temática que poderá, por isso, implicar a conjugação de vários critérios de relacionamento normativo, no contexto de um triângulo formado pela fonte de direito internacional *x*, pela fonte de direito internacional *y* e pelo regulamento.

Perfilando a questão no quadro da hierarquia das fontes de Direito Administrativo entendia Afonso Queiró¹⁴² que as relações entre as normas e princípios internacionais de direito administrativo a que se refere o n.º 1 do artigo 8.º da Constituição e as normas internacionais de direito administrativo constantes de convenções internacionais a que se reporta o n.º 2 do mesmo preceito não assumem natureza hierárquica, regendo-se antes pelo princípio da prevalência da lei posterior e da lei especial. Nesta medida, o regulamento administrativo só padeceria de invalidade caso se afastasse da norma internacional superior. O *punctum crucis* reside justamente em determinar, em caso de conflito entre normas internacionais, qual aquela que vincula o órgão administrativo no exercício da sua competência normativa e qual a consequência para o regulamento que consagre uma solução divergente com aquela plasmado na fonte internacional a que se encontrava vinculado.

No que respeita ao primeiro problema envolvido, e tendo em conta os aspectos já dilucidados relativamente ao direito internacional como parâmetro de vinculação dos regulamentos administrativos, deverá afirmar-se a superioridade das normas de *ius cogens* sobre as demais normas de direito internacional – a permitir reiterar a conclusão de que

¹⁴¹ Cf., numa perspectiva analítica, sobre as complexas relações entre fontes do Direito Internacional e as antinomias normativas, cf. Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, cit., pp. 196 e ss.. *V.* também Azevedo SOARES, *Lições...*, cit., pp. 116 e ss..

¹⁴² Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 267.

qualquer acto de direito nacional vulnerador de *ius cogens* padece de invalidade. Nos restantes casos, e atenta a discussão em torno da hierarquia das fontes no plano do direito internacional, não pode exigir-se ao órgão administrativo uma indagação sobre o relacionamento entre os actos de direito internacional, para decidir qual deles respeitar no exercício do poder regulamentar. Seguimos aqui uma posição próxima da advogada por Paulo Otero¹⁴³. Assim, em caso de conflito entre normas de direito internacional com natureza diversa, e salvaguardadas as hipóteses em que uma das normas envolvidas integra o *ius cogens*, a Administração há-de orientar-se ou pelo critério da especialidade ou, não sendo este mobilizável por entre as normas não existir uma relação de especialidade, o critério cronológico.

2.3.2. Regulamento e direito da União Europeia

O problema da relação entre as normas de direito europeu e os regulamentos nacionais reveste uma maior especificidade, resultante da sua configuração como uma questão jurídico-constitucional nacional e europeia¹⁴⁴, como indicia já a referência, constante do n.º 4 artigo 8.º da Constituição, à vigência (aplicabilidade na ordem interna) dos Tratados e das normas emanadas das instituições europeias *nos termos definidos pelo direito da União*, e sempre com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

As considerações tecidas na Parte II (cf. 2.2.3.2.), a propósito da figura da preferência aplicativa e da respectiva importância num cenário de conflito entre normas de direito europeu e normas nacionais (*maxime*, regulamentos administrativos), permitem-nos agora tratar de forma mais esquemática (e recuperando implicitamente o que já afirmámos) o problema das relações entre os regulamentos nacionais e as «fontes» de direito da União. Todavia, neste momento, as nossas observações têm de possuir um horizonte mais alargado, perspectivando o problema não apenas da óptica das relações entre normas nacionais e normas europeias, enquanto pertencentes a dois ordenamentos independentes e autónomos (como sugerem as hipóteses analisadas no campo da preferência aplicativa), mas também do ponto de vista das situações em que ambos os ordenamentos se entrecruzam, pois que as normas nacionais são emitidas para execução das normas

¹⁴³ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 685.

¹⁴⁴ Nestes termos, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 269, anotação XIX ao artigo 8.º.

européias. Começaremos por aludir a este último ponto, para, logo em seguida, nos debruçarmos sobre o primeiro.

I. Ainda quando, ao nível das fontes comunitárias, se não distinga claramente entre a norma de 1.º grau e a norma de 2.º grau¹⁴⁵, apesar do esforço que, nesse sentido, representaram as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa¹⁴⁶, a perspetivação do problema no plano das formas *nacionais* de execução do direito comunitário assume contornos diversos. Com efeito, os regulamentos nacionais podem conceber-se como formas do exercício da Administração europeia (questão tanto mais complexa, quanto o desenho das fontes emergentes do Tratado pressupõe a possibilidade de a própria Administração da União emitir normas de execução de outras normas, a constituir o designado «direito terciário»¹⁴⁷). O esquema de distribuição de competências entre instituições comunitárias e órgãos das Administrações nacionais conduz à conclusão de que estamos diante de um *plural executive*¹⁴⁸, em que parte da função executiva se encontra primordialmente conferida aos Estados-membros (à «união das Administrações

¹⁴⁵ Cf., v. g., CASSESE, «Diritto...», cit., p. 3. Eis o motivo por que, com frequência, encontramos regulamentos de execução de regulamentos; aliás, a Constituição Europeia chegou a prever regulamentos europeus de execução de leis europeias (cf. artigos III-160.º, III-163.º e seguintes). Para uma perspetivação do sistema de fontes na Constituição Europeia, cf., v. g., M. Afonso VAZ, «O Sistema de Fontes de Direito no Tratado da Constituição Europeia (Entre a “Simplificação” e a “Democratização”)», in: *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Studia Iuridica 84, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 651 e ss..

¹⁴⁶ Neste domínio, embora o artigo 288.º do TFUE recupere o elenco de actos constantes do anterior artigo 249.º do *Tratado da Comunidade Europeia*, o artigo 289.º introduz uma diferenciação entre *actos legislativos* e *actos não legislativos*, diferenciação essa com repercussões formais-procedimentais. Consubstanciam actos legislativos os regulamentos, as directivas ou as decisões adoptadas mediante um procedimento legislativo (procedimento esse que será ordinário, se seguir a tramitação prevista no artigo 294.º, ou especial); os restantes regulamentos, directivas ou decisões constituem actos não legislativos. No interior dos actos não legislativos é possível recortar ainda a categoria dos *actos delegados*, i.e., actos legislativos de alcance geral, emitidos pela Comissão, que se destinam a complementar ou alterar os actos legislativos, nos termos da delegação por estes efectuada, encontrando-se, porém, os elementos essenciais de cada domínio reservados aos actos legislativos e delimitando explicitamente estes os objectivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes (cf. artigo 290.º).

A par dos actos legislativos e não legislativos, o Tratado alude ainda a *actos de execução*, i.e., as medidas necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União, a adoptar pelos Estados-membros (e entre as quais se podem justamente contar as normas regulamentares nacionais emitidas com aquele propósito) ou, quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União, pela Comissão ou ainda, em casos especiais, pelo Conselho (cf. artigo 291.º).

¹⁴⁷ Cf., v. g., EHLERS, «Verwaltung...», cit., p. 66; Maria Luísa DUARTE, *Direito...*, cit., pp. 72 e s., alude a uma «função normativa primária» (inovatória e paramétrica) e a uma «função normativa secundária» (executiva dos actos da função normativa primária). Assim, v. g., o Regulamento (CEE) n.º 2913/92 do Conselho, de 12 de Outubro de 1992, que estabelece o Código Aduaneiro Comunitário, foi complementado pelo Regulamento (CEE) n.º 2454/93 da Comissão, de 2 de Julho de 1993, que fixa determinadas disposições destinadas à aplicação do primeiro, compilando num único diploma as disposições de aplicação do direito aduaneiro estabelecidas no Código.

¹⁴⁸ CASSESE, «Il Diritto...», cit., p. 39.

nacionais» – *Verwaltungsverbund*¹⁴⁹), num modelo aproximado ao chamado «federalismo de execução», em plena consonância com a obrigação hoje constante do n.º 3 do artigo 4.º do TUE (segundo o qual os Estados se encontram adstritos à adopção de todas as medidas adequadas para assegurar as obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União) e sem prejuízo da configuração da Comissão como “Administração Pública [Europeia] por antonomásia”¹⁵⁰. Aliás, é este preceito que fundamenta o princípio da cooperação ou lealdade, bem como a «cláusula de fidelidade», que constituem o arrimo da intervenção das Administrações nacionais na execução do direito europeu¹⁵¹.

A circunstância de as Administrações nacionais constituírem a base da *Verwaltungsverbund* europeia e, como tal, instrumentos decisivos com «qualidade institucional suficiente»¹⁵² para a implementação do direito da União (ou mesmo das políticas públicas europeias¹⁵³) permite compreender a relevância que a estrutura e a organização das mesmas assumem neste âmbito, assim como a preocupação com a

¹⁴⁹ SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 103.

¹⁵⁰ Assim, PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA/ESTELLA DE NORIEGA, *Manual...*, cit., pp. 45 e 101, respectivamente; v., porém, CASSESE, «Diritto Amministrativo...», cit., pp. 4 e ss.. Sobre a execução do direito comunitário ao nível da Comunidade Europeia e a estrutura e o funcionamento da «Administração própria» (*Eigenverwaltung*), cf. EHLERS, «Verwaltung...», cit., pp. 180 e ss.; SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., pp. 106 e s.; Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 446 e ss..

¹⁵¹ Cf., v. g., MORENO MOLINA, *La Ejecución...*, cit., p. 45. Eis o que, com base no artigo 10.º do Tratado de Roma (correspondente ao actual n.º 4 do artigo 3.º do TUE), emergia já de jurisprudência do Tribunal de Justiça, que remonta ao Acórdão «Milchkontor» («Deutsche Milchkontor GmbH et alii/República Federal da Alemanha», de 21.09.1983, Ps. 205 a 215/82, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1983, pp. 2633 e ss.), de acordo com o qual “em conformidade com os princípios gerais que estão na base do sistema institucional da Comunidade e que regem as relações entre a Comunidade e os Estados membros, pertence aos Estados membros, em virtude do artigo 5.º do Tratado [artigo 10.º], assegurar nos seus territórios a execução das regulamentações comunitárias, nomeadamente no quadro da Política Agrícola Comum. Tendo em conta que o direito comunitário (...) não comporta regras comuns sobre esta matéria, as autoridades nacionais, aquando desta execução das regulamentações comunitárias, actuam nos termos das regras de forma e de fundo do respectivo direito nacional, entendendo-se (...) que cada regra se deve conciliar com a necessidade de uma aplicação uniforme do direito comunitário, necessárias para evitar um tratamento desigual dos operadores económicos” (ponto 17). Desta jurisprudência decorriam quer a competência das Administrações nacionais para a execução do direito comunitário, quer a subordinação, no exercício dessa tarefa, ao princípio genérico da aplicação uniforme do direito comunitário (a postular, v. g., a obediência ao cânone da interpretação em conformidade com o direito comunitário), numa conciliação entre o princípio da cooperação e o princípio da autonomia; uma vez mais, o que está em causa é a defesa, agora pelos órgãos administrativos nacionais, dos interesses subjacentes ao cumprimento dos objectivos inerentes aos Tratados. Neste sentido, cf. também já Acórdão «Schlüter & Maack/Hauptzollamt Hamburg-Jonas», de 06.06.1972, P. 94/71, in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1972, pp. 307 e ss., pontos 10 e 11 (nos termos do qual a execução de um regulamento comunitário é efectuada segundo as normas formais e procedimentais do direito nacional, sem prejuízo da imprescindível articulação com as necessidades impostas pela aplicação uniforme do direito comunitário).

¹⁵² MORENO MOLINA, *La Ejecución...*, cit., p. 49.

¹⁵³ Dando azo a um “direito administrativo de implementação das políticas públicas definidas ao nível europeu, o qual tende a marginalizar o poder legislativo nacional” (Suzana Tavares da SILVA, *Direito...*, cit., p. 11).

definição dos *standards* administrativos imprescindíveis à aplicação efectiva do «acquis communautaire»¹⁵⁴, geradores de um *Espaço Administrativo Europeu*¹⁵⁵ e, por conseguinte, de uma aplicação uniforme ou harmonizada das normas comunitárias. E se é certo que tais cuidados derivam do facto de a noção de função executiva no plano europeu não coincidir com o conceito nacional (envolvendo, por exemplo, a transposição de directivas – o que, no ordenamento português, se reconduz ao exercício da função legislativa, *ex vi* artigo 112.º, n.º 8, da Constituição)¹⁵⁶, também não se revela menos verdadeiro que, não se encontrando a União dotada de um aparelho administrativo que lhe permita executar (*proprio sensu*), em cada um dos Estados membros, as decisões tomadas a nível europeu, uma parte importante dessa tarefa se encontre necessariamente devolvida às administrações nacionais (quer por uma questão de praticabilidade, quer por obediência ao princípio da subsidiariedade, como resulta, aliás, da Declaração 43 adoptada pela Conferência Intergovernamental para o Tratado de Amesterdão¹⁵⁷); além disso, é ainda possível encontrar o exercício de tarefas em regime de *co-administração*¹⁵⁸ ou *gestão partilhada ou cooperativa*¹⁵⁹, em que a execução da política comunitária pressupõe uma intervenção articulada das instâncias europeias e das administrações nacionais (ou, parafraseando o Tribunal de Justiça¹⁶⁰, quando a regulamentação europeia institui um regime de gestão descentralizado baseado numa repartição das tarefas e das competências entre os Estados-Membros e as instituições europeias). A doutrina encontra, neste ponto, um princípio geral do Direito da União: o *princípio da execução indirecta da legalidade*

¹⁵⁴ Cf. também SIEDENTOPF/SPEER, «The European Administrative Space...», cit., p. 14.

¹⁵⁵ Cf., *supra*, Parte I, 1., II, β, ii.

¹⁵⁶ Neste sentido, PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA/ESTELLA DE NORIEGA, *Manual...*, cit., p. 45, entendem que a «execução» implicada por esta função executiva comunitária contende, no plano interno, com os poderes legislativo, executivo e judicial dos Estados membros.

¹⁵⁷ Nos termos da *Declaração respeitante ao Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*, “as Altas Partes Contratantes confirmam (...) as conclusões do Conselho Europeu de Essen segundo as quais a aplicação do direito comunitário no plano administrativo cabe em princípio aos Estados-Membros, nos termos do respectivo ordenamento constitucional”.

¹⁵⁸ Entre nós, Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., pp. 183 e ss., referindo-se justamente a um regulamento administrativo – a Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007, de 3 de Julho, que aprova o QREN (Quadro de Referência Estratégico Nacional) –, emitido ao abrigo de regulamentos da União, com o objectivo de concretizar a política europeia de coesão económica, social e territorial.

¹⁵⁹ Entre nós, Maria Luísa DUARTE, *Direito...*, cit., p. 73.

¹⁶⁰ Acórdãos «Emerald Meats Ltd./Comissão das Comunidades Europeias», de 20.01.1993, Ps. C-106/90, C-317/90 e C-129/91, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-209 e ss. (ponto 36), e «Reino dos Países Baixos/Comissão das Comunidades Europeias», de 17.10.1995, P. 478/93, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1995, pp. I-3081 e ss. (ponto 39).

*européia*¹⁶¹. Daí que Autores como Casetta¹⁶² se refiram à Administração interna como *servente* da Administração comunitária; como Pedro Gonçalves¹⁶³, aludam à *estruturação de um sistema administrativo europeu*, a conjugar degraus de administração comunitária e administração nacional; ou, finalmente, como Cassese¹⁶⁴, mencionem a existência de um «Direito Administrativo binário».

A relevância assumida pelas administrações nacionais no que à execução do direito europeu concerne – e que decorre, em geral, do n.º 1 do artigo 291.º do TFUE, nos termos do qual “os Estados tomam as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União” – surge agora espelhada com total nitidez no novo Título XXIII do TFUE (introduzido aquando da reforma operada pelo Tratado de Lisboa), sob a epígrafe “A Cooperação Administrativa”: constituindo, nos termos do n.º 1 do artigo 176.º-D, a execução efectiva do direito da União matéria de interesse comum, na medida em que essencial para o seu funcionamento, prevê o Tratado a possibilidade de apoiar os Estados membros nos esforços para melhorar a sua capacidade administrativa de dar execução ao direito europeu, através, *v. g.*, do intercâmbio de informações e de funcionários ou do apoio a programas de formação¹⁶⁵.

¹⁶¹ Assim, Paulo OTERO, «A Administração...», cit., p. 821, princípio que, de acordo com o Autor, importa mutações importantes nas administrações públicas dos Estados membros (*Op. cit.*, pp. 821 e ss.). Noutro estudo («A Administração Pública Nacional como Administração Comunitária: Os Efeitos Internos da Execução Administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário», in: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 818 e s.), o Autor distingue quatro formas de execução do direito comunitário: execução pelos Estados membros, execução pelo Conselho (quando este reserva para si as competências de execução – cf. artigo 202.º, 3.º §, 3.ª parte), execução pela Comissão ou execução através de “agências” criadas para o desempenho da (de uma) função executiva.

Recorda Pedro GONÇALVES, «Direito Administrativo...», cit., p. 551, que as próprias agências nacionais se envolvem, mercê da dinamização de um federalismo administrativo, em «administrações desconcentradas da União Europeia», conclusão suportada pelos poderes exercidos sobre aquelas pela Comissão Europeia.

Sobre a execução indirecta, *v. ainda*, por exemplo, SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes/Bruylant, Luxembourg/Bruxelles, 1994, pp. 58 e ss., e «Konvergenz...», cit., p. 882, e, na mesma p., nota 11 (referindo-se às administrações nacionais como «Administração comunitária indirecta» – *mittelbare Gemeinschaftsverwaltung*; assim também Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., p. 460, e «A Europeização...», cit., p. 391, identificando as áreas preferenciais de impacto); cf. ainda PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA/ESTELLA DE NORIEGA, *Manual...*, cit., p. 45 (aludindo a um «federalismo de execução»).

¹⁶² CASSETTA, *Compendio...*, cit., p. 9.

¹⁶³ Pedro GONÇALVES, «Direito Administrativo...», cit., p. 550. Em sentido próximo, Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA («Metódica...», cit., p. 190) reportam-se a uma «Administração multinível». Cf. também CASSESE, «Il Diritto...», cit., p. 38, aludindo aos vários graus e formas de interacção entre Administração comunitária e Administrações nacionais.

¹⁶⁴ CASSESE, «Diritto...», cit., p. 4.

¹⁶⁵ Fausto de QUADROS (*Droit...*, cit., p. 465) alia a observância do princípio da cooperação leal à adopção de medidas de regulamentação, na medida em que necessárias e adequadas à execução efectiva do

Recuperando considerações já expendidas nas Partes I e II, poderemos afirmar que uma das formas do exercício da função administrativa europeia se reconduz justamente ao poder de emissão de normas jurídicas (*in casu*, regulamentos administrativos) destinadas a conferir execução ou a complementar actos das instituições europeias, designadamente regulamentos comunitários. Estamos, pois, diante de hipóteses em que o Direito Administrativo nacional se encontra mobilizado para a prossecução de interesses públicos da União¹⁶⁶. Como tivemos oportunidade de enfatizar *supra* (cf. Parte I, 2.2., II; Parte II, 2.2.3.2., II, α), a articulação entre normas europeias e normas nacionais que têm aquelas por fundamento vai superar a autonomização dos ordenamentos, permitindo entroncar o direito interno no direito europeu e viabilizando uma interpenetração de ordens jurídicas que, *ab initio*, se encontravam separadas.

Quando o regulamento da União constituir o fundamento para a emissão de um regulamento nacional, as relações entre este e aquele pautam-se pelo princípio da hierarquia – não estamos senão diante da invocação do princípio da precedência e, sobretudo, da preeminência do direito europeu¹⁶⁷, invocável agora nos mesmos termos em que convocámos princípio análogo quando nos reportámos a uma das dimensões do princípio da legalidade da Administração. Efectivamente, neste momento, aquele acto jurídico da União desempenha, relativamente ao regulamento nacional, a mesma função da lei interna: admitindo-se que a norma regulamentar nacional se possa encontrar dependente de um regulamento europeu, com o propósito de estabelecer pormenores de execução ou a complementar um regime por este último já delineado, impõe-se que se aceite a respectiva consequência jurídica – a subordinação do regulamento nacional ao regulamento europeu¹⁶⁸. Neste sentido, a faculdade dos Estados-membros para a emissão de normas

direito da União; a relevância dos regulamentos administrativos nesta matéria (quer quando impostos pelo próprio regulamento europeu, quer quando necessários à sua operatividade prática) assume um tal grau que leva o Autor a entender que aqueles devem cumprir os critérios de qualidade constantes do já referido (cf., *supra*, Parte I, 2.5., I) Relatório Mandelkern (*Op. cit.*, p. 482).

¹⁶⁶ Assim, cf. CASSESE, «Diritto ...», cit., p. 9, aludindo ainda, no presente caso, à conversão das administrações dos Estados-membros em administrações estruturalmente nacionais, mas funcionalmente comunitárias. Entre nós, adoptando uma posição neste sentido, Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 198, fundamentando a invalidade no facto de os regulamentos dirigidos à concretização de políticas comunitárias consubstanciarem normas de direito administrativo europeu, produzidas ao nível dos Estados-membros.

¹⁶⁷ V. também SCHWARZE, *Droit...*, cit., p. 265.

¹⁶⁸ A questão pode assumir contornos ainda mais complexos no caso de coexistir com este regulamento nacional um outro regulamento europeu de execução do primeiro – problema que poderá receber uma de duas soluções: ou a norma nacional reveste a natureza de norma especial (passando a invocar-se o princípio da especialidade para reger as relações entre regulamento nacional e regulamento europeu de execução), ou, não assumindo, ter-se-á de seguir a solução apontada pelo princípio do primado.

densificadoras dos regimes constantes dos regulamentos da UE, com vista à adaptação às realidades nacionais não é livre, mas limitada ou submetida ao disposto pelo direito da União¹⁶⁹. Ora, tal subordinação implica que a norma regulamentar contrária ao regulamento comunitário que lhe serviu de base se encontra viciada, padecendo de uma invalidade¹⁷⁰.

II. Impõe-se agora apreciar as relações que intercedem entre os regulamentos nacionais e os actos jurídicos da União, fora dos casos em que estes últimos constituem o fundamento para o exercício do poder regulamentar nacional nos termos apontados. Atente-se que o problema emerge primordialmente quanto às relações a estabelecer com normas dos Tratados ou normas constantes de regulamentos, porquanto apenas estas são dotadas de aplicabilidade directa, mas coloca-se também quanto às normas constantes de directivas não transpostas ou transpostas de forma incorrecta, quando dotadas de efeito directo.

Como resulta do que observámos na Parte II (cf. 2.2.3.2.), a análise das relações entre as normas de direito nacional e as normas de direito da União (e ressalvados os casos analisados na alínea anterior) pauta-se pela ideia da autonomia ou independência dos ordenamentos jurídicos – assim, e em consonância com o policentrismo normativo que vimos caracterizar os sistemas jurídicos actuais, podemos afirmar que a ordem jurídica da União surge como mais uma, a vigorar em simultâneo com outras ordens normativas de índole interna. Por este motivo nos confrontámos com esta temática no quadro do funcionamento do instituto da preferência applicativa. Assim, e encarando o problema sob a dupla perspectiva dos órgãos administrativos que emanam os regulamentos e daqueles que resolvem os casos concretos pela sua mediação, temos que os primeiros não têm nas normas dos Tratados ou nos regulamentos europeus um parâmetro de vinculação: ainda que, por força das obrigações assumidas nos Tratados, os Estados membros se encontrem adstritos à observância das normas dotadas de aplicabilidade directa, não se torna possível

¹⁶⁹ Cf. também Gomes CANOTILHO/Suzana Tavares da SILVA, «Metódica...», cit., p. 189.

¹⁷⁰ O problema poderá residir na identificação dos casos em que os regulamentos europeus constituem fundamento para o exercício do poder regulamentar nacional: trata-se agora de ponderar entre a adopção uma perspectiva restrita (defendendo que apenas preencherão este requisito os regulamentos cuja emissão se encontra directa e explicitamente habilitada pela norma europeia) ou de uma posição mais ampla (propugnando que também se enquadram neste âmbito os casos em que tal não sucede, mas em que a matéria reveste essencialmente natureza europeia, por ser objecto de tratamento nessa sede).

concluir pela invalidade dos regulamentos nacionais que contrariam aquelas normas europeias.

Por outro lado, o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional – e, por conseguinte, a medida em que as normas daqueles servem de parâmetro aos regulamentos nacionais – surge sempre filtrado pelo respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (a funcionar como uma «reserva de ordem pública constitucional»¹⁷¹), como decorre do n.º 4 do artigo 8.º da Lei Fundamental.

Em suma, as relações entre os regulamentos nacionais e as normas de direito da União não se regem pelo princípio da hierarquia, mas pelo critério da prevalência no caso concreto – eis a única imposição decorrente da cláusula da União Europeia constante dos n.ºs 5 e 6 do artigo 7.º da Constituição, da qual não emerge necessariamente a afirmação de uma relação de hierarquia entre direito da União e direito nacional (tal como a consideração de uma relação desse tipo não resulta impreterivelmente do princípio do primado), a postular a invalidade deste último quando contrarie o primeiro, bastando-se com a prevalência no caso concreto das normas europeias sobre as normas regulamentares nacionais contrárias ou incompatíveis¹⁷². A afirmação da prevalência do direito europeu sobre o direito nacional – *in casu*, sobre as normas regulamentares nacionais – permite concluir que o conflito normativo aqui encontrado é resolúvel através da inaplicabilidade e da ineficácia das normas nacionais, cuja validade continua intangível. Assim, não se verifica, neste ponto, qualquer conflito normativo analisável sob a perspectiva da invalidade enquanto fundamento da recusa de aplicação.

Uma última observação para sublinhar que, da óptica do órgão emissor do regulamento, pode suscitar-se ainda um outro cenário de necessidade de observância do direito da União Europeia: reportamo-nos agora ao problema de saber se uma directiva não

¹⁷¹ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 267, anotação XVII ao artigo 8.º. cf. também, *supra*, Parte II, 2.2.3.2., II, α, iv.

¹⁷² Expressamente neste sentido, cf. Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., p. 366. Adoptando uma posição cuidadosa, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 271, anotação XXIII ao artigo 8.º, entendem que o princípio da primazia do direito comunitário reside em “tornar inválidas ou, pelo menos ineficazes e inaplicáveis, as normas subsequentes que o contrariem”. Em sentido totalmente oposto ao perfilhado no texto, equacionando um problema de invalidade, cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 613 e ss., 677 e ss. (embora o Autor se refira igualmente a preferência aplicativa); GRECO, «Incidenza...», cit., pp. 943 e ss. (propugnando uma solução unitária para todos os *atti amministrativi*).

O facto de declinarmos a presença de uma invalidade num cenário de conflito entre normas europeias e normas regulamentares nacionais leva-nos a não destrinçar a solução a dar a esse conflito, consoante os regulamentos sejam anteriores (caso em que a doutrina se refere a inaplicabilidade) ou posteriores à entrada em vigor da norma de direito comunitário com eles conflituante (hipótese em que alguma doutrina alude a invalidade).

tranposta pode constituir parâmetro de vinculação do regulamento administrativo a emanar. Atente-se que o Tribunal de Justiça¹⁷³ já sustentou a obrigação de, durante o prazo de transposição de uma directiva, os Estados não adoptarem disposições que contrariem os objectivos constantes daquela (*i.e.*, “disposições susceptíveis de comprometer seriamente a realização do resultado nela prescrito”), mesmo que tais disposições não se destinem a transpor a directiva. Afigura-se-nos, contudo, que, caso o regulamento contrarie a directiva, não padecerá de invalidade, pelas razões que vimos apontando. Todavia, se a directiva revestir as características que permitam reconhecer-lhe o efeito directo vertical, prevalecerá a mesma sobre o regulamento na decisão dos casos concretos (cf., *supra*, Parte II, 2.2.3.2., II, α, iv).

2.4. A vinculação do regulamento à lei

As reflexões dedicadas na Parte I ao princípio da legalidade enquanto fundamento do poder regulamentar, assim como às funções do regulamento, autorizam-nos agora considerações mais esquemáticas. A análise da vinculação do regulamento à lei constituirá agora uma síntese (teleologicamente orientada para o plano da validade) das conclusões aí encontradas.

Trata-se de uma vinculação com assento constitucional, resultando directamente da consagração do princípio da legalidade e, por conseguinte, da subordinação da Administração à lei (constante do n.º 2 do artigo 266.º), e indirectamente dos n.ºs 5 e 7 do artigo 112.º. Esta subordinação, *ex constitutione*, do regulamento à lei exprime, segundo alguns, uma forma de estabilização das diferenças entre lei e regulamento, que passa também pela diferenciação entre criação do direito e aplicação do direito¹⁷⁴, ou, como

¹⁷³ Cf. Acórdão «Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région Wallonne», de 18.12.1997, P. C-129/96, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1997, pp. I-7411 e ss., pontos 45 e ss..

¹⁷⁴ Cf. SAURER, *Die Funktionen...*, cit., pp. 441 e ss., esp.^{te} pp. 444 e s., concebendo que, no âmbito do direito público, a referida distinção constitui uma garantia de racionalidade para o controlo formal e material da actuação do Estado (*lato sensu*).

A reacção do Autor verifica-se, sobretudo, relativamente às teorias que aproximam a criação do direito da respectiva aplicação (*rectius*, realização no caso concreto), e pretendem ver em cada acto de aplicação um acto de criação (aproximando-se desta perspectiva, cf., entre nós, Baptista MACHADO, *Introdução...*, cit., pp. 214 e s.), com prejuízo, no campo em que nos movemos, para a diferenciação entre o nível normativo legislativo e o nível normativo regulamentar. A este propósito, importa, porém, ter em conta quatro considerações fundamentais: por um lado, a integração num conceito unitário de «criação do direito» quer da prescrição positivada (a lei, por antonomásia), quer da decisão concreta revela-se impossível, de uma perspectiva metodológica, *maxime* quando esta última é da responsabilidade do julgador, já que nem o julgador repete em concreto o legislador, nem o legislador antecipa em abstracto o julgador (para uma demonstração cabal deste ponto, v. Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 18 e ss.); só que, por outro lado, a realização do direito de que curamos não se identifica, em termos de racionalidade, com a da

preferimos, entre a função legislativa e a função administrativa, entendendo os actos desta última como submetidos às valorações efectuadas no seio da primeira.

Invocando uma terminologia inspirada na doutrina alemã¹⁷⁵, podemos afirmar que a vinculação do regulamento à lei assume uma configuração dualística – vinculação no plano formal e vinculação no plano material¹⁷⁶ –, cuja consideração leva ao ponto de partida da dupla natureza do regulamento como acto da função administrativa e «fonte de direito», como instrumento simultâneo de auto- e heterovinculação, como que a meio caminho entre administrar e legislar¹⁷⁷.

A *vinculação formal* exprime o facto de a emissão de um regulamento pressupor, como constatámos no início da Parte I, a existência de uma lei prévia que serve de fundamento à intervenção regulamentar (sem prejuízo do reconhecimento actual de que esta função pode estar cometida a actos de direito internacional ou direito europeu); nesta ordem de ideias, o dever de citação da lei habilitante não constitui senão a tradução ao nível do diploma regulamentar desta vinculação formal à lei.

A *vinculação material* decorre da localização das normas regulamentares no quadro mais amplo da normatividade. A específica «força de regulamento» – força infra-legal – implica uma necessária subordinação regulamentar à lei, sob pena de invalidade. Tal subordinação não apresenta, porém, uma configuração monolítica, antes carece de ser compreendida no contexto hodierno da submissão de toda a actividade administrativa ao princípio da juridicidade.

judicativo-decisória realização concreta do direito própria da função judicial, porquanto, no plano administrativo, intervêm necessárias ponderações dirigidas à satisfação do interesse público; além disso, a actividade regulamentar, porque associada à emissão de normas positivas, constitui uma forma de execução da lei, diferente da sua mobilização para a resolução de casos concretos; todavia, e finalmente, apesar das diferenças quer ao nível de racionalidade e intencionalidade, quer no plano do modo de actuação, permanece essencial uma autonomização do direito da lei e do direito do regulamento, em termos que subordinem o segundo ao primeiro, sob pena de subversão da ordem normativa interna.

¹⁷⁵ E sem prejuízo da possibilidade de se equacionarem esquemas de estudo alternativos – cf., v. g., a análise de A. Gonçalves PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Ática, Lisboa, 1962, pp. 44 e ss..

¹⁷⁶ V. SAURER, *Die Funktionen...*, cit., pp. 298 e ss.. A referência à dupla vinculação operada pela lei (*duale Gesetzbindung*) relativamente às *Verordnungen* decorre do disposto no n.º 1 do artigo 80 da *Grundgesetz* que, num primeiro momento, alude ao aspecto formal da necessidade da existência de uma autorização para a emissão de regulamentos, para, logo a seguir, explicitar que essa autorização define materialmente o conteúdo, o fim e o alcance da *Verordnung* assim autorizada.

¹⁷⁷ MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 72, que concebe a *Verordnung* como o «ponto de intersecção entre o legislador e o executivo» (*Schnittpunkt zwischen Gesetzgebung und Exekutive*), assumindo-se simultaneamente como legislação e execução da lei. Cf. também SAURER, *Die Funktionen...*, cit., p. 301.

Assim, e da óptica do órgão com competência regulamentar, a vinculação material à lei não constitui apenas um dever de observância da lei habilitante, significando antes uma subordinação às opções jurídico-políticas de fundo adoptadas pelo legislador. Sem abandonar a íntima relação entre lei e regulamento, sempre que este último assume funções de estrita execução (ou de interpretação da lei), o alcance da vinculação material é claramente perceptível quando nos movemos no cenário do exercício das funções de dinamização legislativa e de dinamização da ordem jurídica: nestas hipóteses, o maior distanciamento face à lei não oblitera o facto de esta última (individualmente considerada ou perspectivada como toda a legislação vigente) constituir sempre o programa de acção no interior do qual se move, com maior ou menor autonomia, o regulamento administrativo. Esta percepção fica clara quando nos apercebemos de que podem ser muito diversas as funções da lei como parâmetro de vinculação do regulamento¹⁷⁸: a vinculação legislativa das normas regulamentares existe quer relativamente à lei habilitante (seja esta aquela que o regulamento visa executar ou complementar, seja aquela que apenas estabelece a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão), quer relativamente às demais leis do ordenamento incidentes sobre a matéria tratada pelo regulamento, na medida em que possuem uma força normativa superior¹⁷⁹.

Por outro lado, também neste plano, a subordinação do órgão com competência normativa configura-se como uma «obediência pensante», fundamentada alicerçada no princípio da juridicidade – a postular, ainda que sob condições muitíssimo limitadas, a possibilidade de o regulamento contrariar a lei, para respeitar normas ou valores supra-legais, designadamente a Constituição ou, no mínimo, impedir a emissão de um regulamento inconstitucional, ainda que conforme com a lei¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cf. também Acórdão n.º 307/88, de 21 de Dezembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 18, 21.01.1989, p. 255.

¹⁷⁹ Em rigor, nem *todos* os actos legislativos que compõem o ordenamento jurídico vigente constituem parâmetro de vinculação de *todos* os regulamentos. Para além do requisito material (já decorrente do texto), uma lei (*lato sensu*) apenas constitui parâmetro de vinculação de determinada(s) norma(s) regulamentar(es) – cuja violação importa a invalidade desta última – nas hipóteses em que as situações concretas a que o regulamento visa dar resposta se encontrem também cobertas pelo âmbito do acto legislativo. Assim, v. g., um decreto legislativo regional (emitido no exercício da competência legislativa) não consubstancia um parâmetro de vinculação de um regulamento emitido por uma autarquia local situada no território continental, mas já pode assumir-se como tal relativamente aos regulamentos emanados por uma autarquia local pertence à respectiva região autónoma; da mesma forma, se determinada matéria se encontrar coberta simultaneamente por uma lei geral e por uma lei especial, a medida em que cada uma delas constitui parâmetro de vinculação de um regulamento administrativo depende dos aspectos gerais ou especiais versados por este último.

¹⁸⁰ Cf., *supra*, 2.2.3., IV, as considerações tecidas sobre a admissibilidade de o regulamento contrariar a lei para obedecer à Constituição.

Resta, todavia, acrescentar, que a configuração constitucional da vinculação regulamentar à lei prevê planos diferenciados: estamos, naturalmente, a reportar-nos às hipóteses em que os actos legislativos integram o «bloco da legalidade reforçada», cujo regime, em termos adjectivos, se aproxima, em muito, do controlo da constitucionalidade e que, nessa medida, se autonomiza do bloco da legalidade «simples». Eis o que sucede em relação às hipóteses subjacentes às alíneas *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 280.º e às alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 do artigo 281.º, preceitos dos quais decorrem, quanto ao aspecto que nos interessa, a vinculação dos regulamentos regionais aos estatutos político-administrativos da respectiva região autónoma, bem como a vinculação dos regulamentos governamentais aos mesmos estatutos (ou os direitos da região consagrados nos estatutos). Claro está que o grau ou os termos da subordinação dos mencionados regulamentos aos estatutos político-administrativos das regiões autónomas não difere dos apontados para a vinculação das leis em geral, já que, como se sabe, a acentuação do carácter reforçado dos estatutos resulta não da sua supremacia relativamente aos regulamentos (da qual gozariam sempre, enquanto leis da Assembleia da República), mas da circunstância de funcionarem como parâmetro de vinculação de outros actos legislativos. A acentuação desta especificidade no âmbito da temática da vinculação do regulamento à lei destina-se tão-só a evidenciar a existência de um regime adjectivo específico nos casos patológicos de ofensa pelos regulamentos regionais ou governamentais dos estatutos.

2.5. A vinculação do regulamento a outros regulamentos

A circunstância de pertencerem ao mesmo estalão normativo não impede a existência de relações de supremacia no interior dos regulamentos administrativos, a impor a observância de certas normas regulamentares sobre outras. Trata-se de um entendimento consonante com a consideração, propugnada por alguma doutrina, segundo a qual o respeito pelo princípio da legalidade, na sua acepção contemporânea, compreende também a subordinação da Administração a normas regulamentares¹⁸¹. Nesta medida, a doutrina mais recente¹⁸² desloca o problema do confronto lei/regulamento – típico do Estado liberal – para o das relações existentes entre as diversas formas de normas infra-legais.

¹⁸¹ Cf., v. g., Freitas do AMARAL, «O Princípio...», cit., p. 84; em sentido próximo, Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., p. 133.

¹⁸² Cf., v. g., MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 147.

Importa, porém, observar que, como tivemos oportunidade de considerar *supra* (cf. Parte II, 2.2.3.2., I), as relações que intercedem entre os vários tipos de normas regulamentares não se circunscrevem única e exclusivamente a relações hierárquicas, mas caracterizam-se também por relações de prevalência. A aferição do modo como os regulamentos se assumem como parâmetros de vinculação de outros regulamentos impõe uma prévia dilucidação do problema das relações inter-regulamentares, para, em consonância com as conclusões encontradas, apreciar qual o desvalor jurídico dos regulamentos que desrespeitam as normas regulamentares (*maxime*, com o intuito de determinar se configura uma invalidade).

2.5.1. As relações inter-regulamentares

A complexa teia que hoje intercede as relações entre as várias entidades administrativas – decorrente da «galáxia» que hoje metaforicamente caracteriza a estrutura da Administração¹⁸³ – repete-se ao nível dos actos normativos por elas emanados, a ponto de hoje a doutrina se reportar também a uma «encruzilhada hierárquica da galáxia regulamentar»^{184 185}. E, se quisermos persistir na imagem, tal galáxia é hoje composta não

¹⁸³ Atente-se, por exemplo, na complexidade descrita por HOFFMANN-RIEM, «Eigenständigkeit...», cit., pp. 636 e ss., susceptível de transposição para o ordenamento português, na medida em que correspondente à evolução do Direito Administrativo.

¹⁸⁴ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 628 e s. (v. também pp. 150 e 407). Aludindo a um «caleidoscópio de fontes», sobretudo em atenção ao direito regulamentar, cf. A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., p. 83, comentário 4. Eis um problema que se acentua, v. g., em ordenamentos como o italiano após a reforma constitucional de 2001 incidente sobre o Título V da *Costituzione*, conduzindo ao que alguns Autores designam como «federalismo administrativo» – para uma perspectiva sinóptica, cf. CARINGELLA/DELPINO/GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 335; v. também DI COSIMO, *I Regolamenti...*, cit., *passim*..

¹⁸⁵ A complexidade das relações entre regulamentos surge, por excelência, em domínios do Direito Administrativo especial, como o Direito do Urbanismo, onde se encontra completamente ultrapassado qualquer relacionamento sedimentado sobre o modelo da pirâmide normativa e as relações entre os instrumentos de gestão territorial (alguns deles consubstanciando regulamentos administrativos) se caracterizam pela total atipicidade face às demais relações inter-regulamentares. Todavia, neste campo, o intérprete beneficia em muito da existência de arrimos legislativos para a resolução dos conflitos emergentes entre disposições constantes de diferentes instrumentos de gestão territorial. Assim, o artigo 10.º da LBOTU e os artigos 23.º e 24.º do RJGT contemplam especificamente as relações entre os instrumentos de gestão territorial; por sua vez, o n.º 1 do artigo 101.º do RJGT erige a compatibilidade entre os diversos instrumentos de gestão territorial como condição da respectiva validade e o n.º 1 do artigo 102.º estabelece a nulidade dos planos elaborados e aprovados em violação de qualquer instrumento de gestão territorial com o qual devessem ser compatíveis. Destes normativos decorre que, constituindo o princípio da hierarquia a base explicativa para as relações entre os planos, aquele surge, porém, aliado ao princípio da coordenação ou da articulação, assumindo as vestes de «princípio da hierarquia mitigada» – assim identificado pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro (que introduziu alterações ao RJGT) –, o qual permite, dentro de certos termos, a inclusão, no plano hierarquicamente inferior, de disposições incompatíveis com um plano hierarquicamente superior, sem prejuízo para a sua validade e com a virtualidade de revogar ou alterar as disposições deste último (cf. artigos 25.º, n.ºs 2 e 3, e 80.º, n.ºs 1 e 5, do RJGT). Além disso, e por

por um, mas por vários sistemas heliocêntricos – quer em virtude da interferência de fontes de direito internacional e, sobretudo, de direito europeu, quer ainda em resultado dos diferentes pólos normativos (consequência das diversas autonomias regulamentares) –, mas que se devem articular de forma coerente, sob pena de se destruírem reciprocamente, a pressupor, então, a descoberta da forma de relacionamento entre eles e das consequências associadas aos conflitos que entre eles possam surgir. Neste horizonte surge, com particular acuidade, a problemática da *inconsistência inter-regulamentar*¹⁸⁶.

Só que é precisamente neste momento que as nuvens se adensam sobre o problema, em resultado da percepção da (quase completa) ausência de disposições constitucionais (ou legais) que possam servir de apoio para a sua resolução. Com exceção do artigo 241.º – que estabelece os limites aos regulamentos das autarquias locais, subordinando-os aos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar –, da Lei Fundamental apenas resulta a competência genérica do Governo para a emissão dos “regulamentos necessários à boa execução da lei” [artigo 199.º, alínea *c*)], sem prejuízo da consagração de várias autonomias normativas: além do artigo 241.º, a autonomia universitária constante do n.º 2 do artigo 76.º ou a autonomia regulamentar regional contemplada, em certos termos, na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 227.º.

Deste modo, e partindo das disposições mencionadas, a análise das relações inter-regulamentares não poderá abstrair das formas de articulação entre as várias “administrações públicas”, sendo pautada não apenas (nem sobretudo) pelo princípio da hierarquia, mas pela congregação deste último com o princípio da competência e ainda com os princípios da especialidade e da supletividade do direito do Estado. Vejamos em que termos se conjugam os referidos princípios.

I. A circunstância de ao Estado se encontrar cometida a prossecução dos interesses nacionais e de o Governo estar configurado como o órgão superior da Administração

outro lado, a vigência, neste domínio, do princípio da contra-corrente obriga, no momento da elaboração de planos hierarquicamente superiores, à consideração de disposições constantes de planos inferiores com incidência na área a que os primeiros respeitam, a fim de assegurar as necessárias compatibilizações (cf. artigo 10.º, n.º 5, da LBOTU, e 20.º, n.º 2, do RJGT).

Sobre todas estas questões, v. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 496 e ss., 684 e ss.; cf. ainda Fernanda Paula OLIVEIRA, «Os Princípios da Nova Lei do Ordenamento do Território: da Hierarquia à Coordenação», in: *Revista do CEDOUA*, n.º 1, ano III, 2000, pp. 24 e ss..

¹⁸⁶ A expressão utilizada inspira-se em SUNSTEIN, *Risk and Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 247, que alude aos perigos da *interregulation inconsistency*, a propósito da inconsistência entre a regulamentação das agências federais.

Pública permite apontar no sentido de que o princípio da hierarquia postula, como regra, a primazia dos regulamentos governamentais sobre os demais^{187 188}.

¹⁸⁷ Assim também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 630

¹⁸⁸ O problema das relações inter-regulamentares coloca-se também no interior dos regulamentos governamentais. Entre nós, a doutrina já opinou no sentido da ausência de qualquer hierarquia, independentemente da forma que revistam, possuindo todos eles a mesma força jurídica e regendo-se, como tal, as relações entre os regulamentos governamentais pelo princípio da competência (assim, Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 273; Vieira DE ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 68).

Em sentido diverso, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 633, mas também já, num primeiro momento, Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., p. 515) vem defender a necessidade de se efectuar uma estratificação em três níveis, sucessivamente ocupados (a) pelos regulamentos independentes emitidos sob a forma de decreto regulamentar (na medida em que constituem execução directa da Constituição), (b) pelos demais decretos regulamentares e resoluções do Conselho de Ministros (porquanto pressupõem a intervenção decisória do Primeiro-Ministro e são expressão da colegialidade do Governo), e (c) pelos regulamentos individualmente emanados pelos Ministros (sob a forma de portaria ou despacho normativo), entre os quais assumirão uma posição de superioridade os regulamentos do Ministro das Finanças (superioridade que afecta os actos contrários de outros ministérios que envolvam o aumento de despesas ou a diminuição de receitas). V. também A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., pp. 224 e s..

Fundadas razões nos levam a aderir ao entendimento de Paulo Otero, pelo menos em algumas das suas consequências. Em primeiro lugar, e em caso de conflito entre regulamentos do Conselho de Ministros e regulamentos emanados pelos ministros em nome próprio, a coerência da actuação governativa e a circunstância de o Governo se assumir como um órgão colegial (a individualização dos Ministérios e a individualização de atribuições conferidas a estes últimos revestem natureza meramente instrumental) exigem uma supremacia dos primeiros face aos segundos. Trata-se de solução seguida em ordenamentos próximos do nosso: em Espanha, v. g., o n.º 3 do artigo 23.º da *Ley del Gobierno* (*Ley* 50/1996, de 27 de Novembro), que consagra *ex professo* a hierarquia entre regulamentos, acentua a supremacia das disposições aprovadas por *Real Decreto* do Conselho de Ministros (ou do Presidente do Governo, sendo que as relações entre estes se disciplinam pelo princípio da competência), sobre as disposições aprovadas por *Orden Ministerial* emanadas por um Ministro (cf. também MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., pp. 172 e s.). No interior dos regulamentos emanados pelo Conselho de Ministros, é ainda viável a defesa de uma hierarquia em razão da forma: considerando que o decreto regulamentar pressupõe um procedimento constitucionalmente configurado como mais solene (a exigir a promulgação presidencial, ponto determinante porque associado ao direito de veto, enquanto forma de controlo do mérito político pelo Presidente), encontrar-se-ia dotado de uma posição superior face às resoluções do Conselho de Ministros, ainda quando – e aqui já nos afastaríamos de Paulo OTERO – não estivesse em causa a emissão de um regulamento independente (parece ser este o entendimento perfilhado por A. Sousa PINHEIRO, «Artigo 112.º», cit., pp. 224 e 233, quando concebe os decretos regulamentares como «regulamentos de valor reforçado pelo procedimento»). O critério da complexidade do procedimento (ou o critério da forma e do conteúdo específicos) não constitui exemplo isolado no ordenamento português – recorde-se o que se passa, v. g., com as leis orgânicas enquanto leis de valor reforçado (sobre este critério como forma de resolução de conflitos entre normas que, encontrando-se no mesmo plano hierárquico e emitidas pelo mesmo órgão, seguem procedimentos diversos, v. SCHILLING, *Rang...*, cit., pp. 437 e s.).

Em segundo lugar, para analisar a possível supremacia dos regulamentos emanados pelo Ministro das Finanças relativamente aos emitidos pelos demais ministros que impliquem o aumento de despesas ou a diminuição de receitas impõe-se uma referência ao artigo 29.º da *Lei Orgânica do XVIII Governo Constitucional* (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 321/2009, de 11 de Dezembro), de acordo com o qual “todos os actos do Governo que envolvam aumento de despesas ou diminuição de receitas são obrigatoriamente aprovados pelo Ministro de Estado e das Finanças” (cf., sobre as origens desta norma, Paulo OTERO, «A Intervenção do Ministro das Finanças sobre os Actos do Governo de Aumento de Despesas ou Diminuição de Receitas», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 166 e ss.). Sem prejuízo de a alínea f) do n.º 1 do artigo 200.º da Constituição conferir ao Conselho de Ministros a competência para aprovar os actos do Governo que envolvam aumento ou diminuição das receitas ou despesas públicas, os citados preceitos, ao exigir a aprovação obrigatória pelo Ministro das Finanças de todo os actos do Governo dos quais resultem o aumento das despesas ou a diminuição das receitas, parecem pressupor, nestes casos, uma intervenção acrescida do Ministro das Finanças; resta saber se a exigência de tal intervenção acarreta a atribuição de uma posição hierárquica

A superioridade dos regulamentos do Governo revela-se por excelência no âmbito da Administração estadual directa: enquanto normas provenientes do órgão que constitui o topo da *hierarquia*, os regulamentos governamentais assumem-se, no âmbito da relação *hierárquica* estabelecida entre o Governo e os órgãos da Administração estadual directa¹⁸⁹, como parâmetro de vinculação das normas emanadas pelos órgãos inferiores. Esta asserção vale não apenas para os regulamentos que traduzem o exercício do poder de direcção e através dos quais o superior impõe, de forma geral e abstracta, a conduta a adoptar pelo subalterno quando se deparar com determinada situação (as designadas instruções)¹⁹⁰, mas alcança igualmente os regulamentos externos emanados pelos órgãos subalternos ao abrigo de uma competência normativa própria.

A superioridade dos regulamentos governamentais pode manifestar-se igualmente no âmbito da Administração estadual indirecta¹⁹¹, podendo defender-se, em certos termos,

superior aos regulamentos deste último. Estando em causa um regulamento emitido por outro ministério que implique um aumento da despesa ou uma diminuição da receita podem suscitar-se dois problemas: uma questão de competência (uma vez que a Constituição prevê que tais actos sejam adoptados pelo Conselho de Ministros, pelo menos nas hipóteses em que o regulamento não consista num acto de execução de um acto anterior daquele órgão) e uma questão de eficácia (sempre que o regulamento não tenha sido objecto de aprovação pelo Ministro das Finanças – sobre as consequências da falta de aprovação, enquanto acto integrativo de eficácia, cf. Paulo OTERO, «A Intervenção...», cit., pp. 185 e s.). Observe-se, porém, a diferente redacção do n.º 1 do artigo 23.º do *Regimento do Conselho de Ministros do XVIII Governo Constitucional* (aprovado pela já citada Resolução do Conselho de Ministros n.º 77/2010), o qual prevê apenas que “o Ministro de Estado e das Finanças deve pronunciar-se sobre os actos do Governo que envolvam aumento de despesas ou diminuição de receitas”. Ainda que se equacionasse a possibilidade de, à luz deste preceito, a intervenção do Ministro das Finanças se reconduzir à emissão de um parecer, a necessária compatibilização entre o *Regimento* (aprovado por resolução do Conselho de Ministros) e a *Lei Orgânica* (aprovada por decreto-lei) impõe uma interpretação diversa, aproximando o sentido das disposições de ambos os diplomas a favor deste último.

Finalmente, e sem prejuízo da supremacia dos regulamentos do Conselho de Ministros, a relação entre regulamentos governamentais pauta-se pelo princípio da competência (material): as matérias sobre as quais um regulamento ministerial incide têm que estar incluídas no leque de atribuições conferidas ao(s) ministério(s) signatário(s). Cf., sobre a relação entre *Órdenes Ministeriales*, à luz do princípio da competência, as considerações de MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 194, aplicáveis ao caso português.

¹⁸⁹ Estabelecendo já uma associação entre a relação hierárquica dos órgãos administrativos subalternos do Governo e a hierarquia subjacente à relação entre os regulamentos provenientes de uns e outro, v. Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 274.

¹⁹⁰ Sobre estas, v., por todos, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 817; distanciamo-nos, porém, do Autor quando afirma que as instruções não consubstanciam normas jurídicas, mas meros preceitos administrativos internos que, enquanto tal, não podem ser invocados pelos particulares para sustentar a invalidade de um acto administrativo com eles incompatível. Como decorre das reflexões que tecemos na Parte I (5.3.), a circunstância de estas normas não possuírem eficácia externa não lhes retira o carácter de normas jurídicas, nem preclui a possibilidade de os particulares as invocarem no âmbito da apreciação judicial da validade dos actos administrativos, se não para afirmar uma invalidade automaticamente decorrente da sua preterição, pelo menos como indício da vulneração de princípios jurídicos.

¹⁹¹ Observações idênticas valerão para os demais entes da Administração estadual indirecta, *i.e.*, as entidades públicas empresariais, quando disponham de poder regulamentar. As considerações a que chegarmos a propósito dos regulamentos da Administração estadual indirecta podem transpor-se, *mutatis mutandis*, para as várias administrações indirectas, no que tange à relação estabelecida entre os regulamentos

uma hierarquia entre os regulamentos governamentais e os regulamentos dos institutos públicos, estes subordinados àqueles¹⁹² – o que acontecerá, desde logo, mas não só, quanto aos regulamentos que versem sobre a relação de superintendência. Por um lado, não deve olvidar-se que as tarefas cometidas aos institutos públicos integram também os fins estaduais e, nessa medida, consubstanciam organismos instrumentais do Estado. Por este motivo, na prossecução destas tarefas encontram-se os institutos públicos submetidos ao poder de superintendência do Estado, que admite a possibilidade de o Governo dirigir orientações àqueles, definindo objectivos e guiando a sua actuação¹⁹³, em suma, fixando os «pressupostos (vinculantes) da decisão»¹⁹⁴; o controlo governamental sobre os institutos públicos pressupõe o poder de verificação da observância e do respeito da orientação político-administrativa no desempenho das suas tarefas¹⁹⁵. Além disso, parece fazer algum sentido uma argumentação que saliente a posição do Governo enquanto órgão superior da Administração Pública, ao qual está cometida a prossecução dos interesses gerais da comunidade¹⁹⁶, funcionando o instituto público como “uma espécie de «mandatário» que gere interesses ou assuntos alheios”¹⁹⁷ e encontrando-se, nessa medida, subordinado às normas emanadas pelo respectivo “mandante”. Finalmente, poder-se-á aqui afirmar a superioridade dos regulamentos governamentais com fundamento na maior legitimidade democrática inerente à autoridade administrativa emissora¹⁹⁸.

Se esta é a regra, a interpretação da lei que confere o poder regulamentar ao instituto público revela-se susceptível de conduzir a resultados diversos, motivo por que, mesmo no âmbito das relações entre os regulamentos por aquele emanados e os regulamentos governamentais, se não torna defensável, no contexto da Administração estadual indirecta, uma intervenção solitária do princípio da hierarquia. Sem prejuízo da

emanados pelas entidades com poder de superintendência e os regulamentos emitidos pelos órgãos das administrações indirectas. Assim acontece, v. g., nas relações entre os regulamentos provenientes dos governos regionais e os emanados pelos institutos públicos e entidades empresariais regionais que integram a Administração regional indirecta (uma vez mais, o problema acaba por se não colocar com tanta acuidade quanto aos regulamentos das assembleias legislativas das regiões autónomas, que, nos termos estatutários, revestem a forma de decreto legislativo regional), ou entre as autarquias e as entidades públicas empresariais locais.

¹⁹² Cf. Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 279.

¹⁹³ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 717.

¹⁹⁴ Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 18.

¹⁹⁵ V. também Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 9.

¹⁹⁶ Neste sentido, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 630.

¹⁹⁷ Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 14, para quem, encontrando-se o Governo e o instituto público em terreno comum, deve prevalecer sempre a vontade superior – a do órgão governamental (*Op. cit.*, p. 17).

¹⁹⁸ M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., p. 164.

superintendência exercida pelo Governo na Administração indirecta [tal como previsto na alínea *d*) do artigo 199.º da Constituição], deverá entender-se que a concreta relação estabelecida entre os regulamentos governamentais e os regulamentos de um instituto público dependerá da configuração efectuada pela lei criadora deste último, da qual podem decorrer soluções distintas da analisada, que passam pela atribuição de poderes normativos *exclusivos* ao instituto público¹⁹⁹ – a postular que as relações com as normas do Governo sejam regidas pelo princípio da competência²⁰⁰ – ou pela previsão de competências regulamentares prevalecentes sobre os regulamentos governamentais em razão do funcionamento do princípio da especialidade, ou ainda no estabelecimento de competências normativas concorrentes entre Governo e institutos públicos, com primazia hierárquica, nestes casos, para os regulamentos governamentais. Assim, o problema das relações entre os regulamentos do Governo e os regulamentos dos institutos públicos volver-se-á sobretudo numa questão de interpretação legal, e, especificamente, numa questão de interpretação do desenho da relação de superintendência e dos poderes atribuídos ao Governo no quadro desta última²⁰¹. E no mesmo sentido se deverá solucionar, *mutatis mutandis*, a questão das relações inter-regulamentares no âmbito das demais administrações indirectas, como sucede, paradigmaticamente, com a administração indirecta autárquica.

¹⁹⁹ O facto de a Constituição atribuir ao Governo a competência geral para emitir os regulamentos necessários à execução da lei não ergue obstáculos à possibilidade de o legislador conferir competências normativas limitadas em razão da matéria às entidades públicas especialmente criadas para fazer face à satisfação de certos interesses públicos – uma solução diversa não só se revelaria contraproducente (obrigando o Governo a continuar a disciplinar regulamentarmente todas as matérias, apesar de já haver constituído uma pessoa colectiva pública adstrita à prossecução de certos fins), como se tornaria contrária ao imperativo constitucional da descentração (*in casu*, da «desconcentração personalizada»). Aliás, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 632), que defende como princípio a superioridade dos regulamentos governamentais face aos demais (exceptuando as reservas normativas consagradas pela Constituição), com fundamento na alínea *c*) do artigo 199.º da Constituição, apenas considera feridas de inconstitucionalidade as normas legais que atribuam a outras entidades (e diferente do Governo) o exercício *integral* da competência regulamentar das leis.

²⁰⁰ Sobre o relevo do sentido da repartição de competências em matéria de relacionamento inter-normativo, cf. SCHILLING, *Rang...*, cit., p. 192, desdistingando entre competências *exclusivas*, *alternativas-concorrentes*, *cumulativas-concorrentes* e *aditivas*, para efeitos de determinação da invalidade das normas (*Op. cit.*, pp. 194 e ss., 250 e ss., 271 e ss.).

²⁰¹ A esta solução não se opõe o disposto na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 41.º da *Lei quadro dos institutos públicos* (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada e republicada em anexo ao Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril), que submete à aprovação dos Ministros das Finanças e da tutela os regulamentos internos dos institutos públicos, sob pena de ineficácia (artigo 41.º, n.º 7). Tal como aludimos anteriormente (cf., *supra*, Parte I, 3.4.3.1.), no sentido decorrente do diploma em causa, a referência a esta aprovação não respeita à fase constitutiva do procedimento regulamentar (ao *Normsetzungsakt*), mas antes ao momento integrativo da respectiva eficácia.

Se contemplarmos agora o que passa relativa aos regulamentos emitidos pelas autoridades administrativas independentes (*maxime*, pelas entidades reguladoras) – igualmente incluídas no seio da Administração estadual –, onde assumem particular relevo as normas emanadas pelas entidades reguladoras, o problema muda parcialmente de feição. Sem menoscabo da primazia dos regulamentos governamentais quando o poder regulamentar é conferido directamente ao Governo ou ainda da situação inversa, em que da lei decorre a atribuição à entidade reguladora de uma competência regulamentar (relativa a certas matérias) exclusiva (fazendo funcionar em ambos os casos, não o princípio da hierarquia, mas o princípio da competência²⁰²), a maioria dos problemas afigura-se resolúvel através do princípio da especialidade. Em regra, os regulamentos das autoridades reguladoras, porque têm um âmbito teleológico de aplicação sectorial, procurando fazer face à complexidade inerente aos sectores (económicos) que não prescindem de regulação pública²⁰³, são normas especiais face aos regulamentos governamentais. Subjacente a esta ideia estará sempre a consideração (particularmente relevante quando se admite a emissão de regulamentos independentes) de que o poder regulamentar se exerce dentro dos limites e exclusivamente para o desempenho das funções devolvidas às entidades reguladoras: no núcleo das tarefas cometidas a estes organismos é que assenta a especialidade característica dos regulamentos e que permite a respectiva prevalência, nos termos do aforismo *lex specialis generali derogat*.

Atente-se que a invocação do princípio da especialidade (a permitir a prevalência ou preferência aplicativa dos regulamentos das entidades reguladoras) comporta uma precisão indeclinável: o não funcionamento do princípio da hierarquia (e, por conseguinte, o “congelamento” da primazia dos regulamentos governamentais) só se admite se e enquanto se justificar a convocação do princípio da especialidade; ou, por outras palavras, o afastamento da hierarquia entre regulamentos do Governo e regulamentos das entidades reguladoras independentes ocorre apenas quando, de uma perspectiva prático-normativa, se concluir que os regulamentos das entidades reguladoras constituem normas tributárias de

²⁰² Ainda que, por vezes, a partilha de responsabilidades entre reguladores e Estado dificulte a definição da fronteira entre as competências normativas dos respectivos órgãos. Chamando a atenção para este problema e exemplificando com o caso da *Entidade Reguladora da Saúde*, cf. Maria Fernanda MAÇÃS, «O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, p. 29 (v. também, na mesma p., n. 38).

²⁰³ Para alguns é justamente esta complexidade que, justificando a intervenção pública, permitirá suportar o poder normativo das entidades reguladoras – cf., v. g., GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Poderes...», cit., p. 156.

uma *ratio* específica, directamente conexas com as atribuições que lhes estão conferidas (e não tanto em virtude da especialização técnica²⁰⁴), face às normas gerais emanadas pelo Governo²⁰⁵.

As dúvidas poderão adensar-se nas hipóteses em que os regulamentos governamentais não assumem carácter geral (impedindo, por isso, a invocação do princípio da especialidade para solucionar o conflito normativo), mas, pelo contrário, disciplinam a matéria incluída no âmbito das atribuições específicas da entidade reguladora. Repare-se que, neste momento, a adesão a uma regra segundo a qual os regulamentos governamentais se encontrassem numa posição hierárquica superior aos das entidades reguladoras no âmbito dos fins por elas servidos significaria conferir ao Governo a possibilidade de, através de regulamento, subverter a independência funcional face a ele próprio que *legalmente* identifica as autoridades reguladoras independentes²⁰⁶ – aspecto que se revela determinante visto que, como salienta Foà²⁰⁷, os regulamentos emitidos pelas entidades administrativas independentes (em especial, pelas autoridades reguladoras) constituem “actos instrumentais do exercício das funções de regulação no sector em causa”. E com isto não pretendemos subestimar o facto de a Constituição conferir, em geral, a competência para emitir os regulamentos necessários à boa execução das leis ao Governo, na qualidade de órgão superior da Administração Pública – o que, para alguma doutrina, determinaria sempre uma posição hierárquica superior das suas normas²⁰⁸.

²⁰⁴ Cf. João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., p. 164, afastando o princípio da especialidade como critério de resolução de conflitos entre regulamentos governamentais e regulamentos das autoridades reguladoras.

²⁰⁵ E com isto não pretendemos – ao contrário do que parece sugerir João Nuno Calvão da SILVA (*Mercado...*, cit., p. 165) – reconhecer menos limites ao poder regulamentar das entidades reguladoras que os constitucionalmente apontados à emanação de regulamentos pelas autarquias locais. Como resulta das considerações tecidas *infra*, em texto, a superioridade hierárquica dos regulamentos do Governo face aos das autarquias locais circunscreve-se, sob pena da ofensa da autonomia administrativa que a Constituição lhes confere, a regulamentos que afectam interesses nacionais (e que se encontram, nessa medida, a descoberto da reserva de regulamento autónomo) e dos que incidem sobre a própria relação tutelar.

²⁰⁶ Cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 845, Autor que, embora com dúvidas, não admite que os regulamentos das autoridades reguladoras possam ser revogados ou “anulados” por regulamentos do Governo. Não esqueçamos que, como enfatiza Cerulli IRELLI (*I Poteri...*, cit., p. 11), o poder normativo é “conatural ao próprio modelo destas Administrações”, revelando-se, pois, necessário enquanto instrumento de regulação do sector em causa – imprescindibilidade esta que nos autoriza também a não estabelecer uma relação hierárquica com os regulamentos governamentais.

²⁰⁷ FOÀ, *I Regolamenti...*, cit., p. 2.

²⁰⁸ De acordo com Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 630 e s.), este argumento conduziria, salvo em três situações (regulamentos regionais de legislação regional, regulamentos regionais de leis da República que não reservem para os órgãos de soberania o poder regulamentar e estatutos universitários), à afirmação de uma posição hierárquica superior dos regulamentos governamentais sobre os regulamentos das demais entidades públicas. Defendendo também a posição segundo a qual os regulamentos do Governo gozam de superioridade hierárquica face aos das entidades reguladoras, João Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., p. 164.

Contornos diferentes reveste o problema do alcance e da amplitude dos poderes normativos regulatórios (*maxime*, sempre que está em causa a consagração de um poder regulamentar independente): mas constitui esta já uma questão a formular noutra plano, contestando o mérito e a constitucionalidade da opção *legislativa* (cf., *supra*, Parte I, 3.4.2.). Abstraindo destas considerações, deverá entender-se que o Estado, ao criar entidades reguladoras limitou a actuação (também normativa) do Governo. Assumindo-se, em regra, tais sujeitos como entidades administrativas independentes, torna-se impossível mobilizar a favor da superioridade dos regulamentos governamentais argumentos de matriz idêntica aos convocados para defender tal superioridade relativamente às normas emitidas pelos institutos públicos: a *independência* característica destas entidades traduz-se, na sua dimensão funcional²⁰⁹, pela não sujeição às ordens e instruções ou ao controlo do Governo. Admitir que, por princípio, o Executivo pudesse inviabilizar, através da emissão de regulamentos, o exercício do poder normativo das autoridades reguladoras subverteria por completo a *ratio* da sua criação.

II. É no plano da Administração autónoma que as relações inter-regulamentares mais se complexificam. A autonomia normativa que caracteriza o regime jurídico dos entes autónomos vai justificar, em certos termos, um afastamento do princípio da hierarquia enquanto elemento rector das relações inter-regulamentares. Com efeito, a compreensão do poder normativo da Administração parte hoje da dicotomia, corrente na doutrina italiana²¹⁰, entre *regulamentos do Estado* e *regulamentos que constituem expressão de uma autonomia*. A análise do problema não prescinde, porém, de uma distinção entre os casos de autonomia normativa constitucionalmente consagrados e as hipóteses em que a faculdade da emissão de regulamentos autónomos se encontra contemplada apenas na lei.

A previsão (*rectius*, a reserva) constitucional de um âmbito de autonomia para certas entidades – como sucede relativamente às regiões autónomas, às autarquias locais e às universidades – permite considerar a temática das relações inter-regulamentares da perspectiva do princípio da competência. Não avultam agora as questões mais delicadas com que nos confrontámos no ponto anterior: eis que a própria Constituição desenha o exercício do poder regulamentar, conferindo-o, em primeira linha, ao Governo, mas

²⁰⁹ Para uma caracterização da independência – orgânica, funcional e face aos interesses envolvidos na sua actividade – característica das autoridades reguladoras independentes, v. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 127 e s., e Vital MOREIRA/Fernanda MAÇÃS, *Autoridades...*, cit., pp. 25 e ss.

²¹⁰ Cf. SANDULLI, *L'Attività...*, cit., pp. 56 e ss.; FOÀ, *I Regolamenti...*, cit., pp. 16 e s..

salientando, ao conceder espaços de autonomia normativa, que tal poder se encontra limitado pela competência regulamentar atribuída a outras entidades; por conseguinte, ao contrário do que sucede noutros sistemas jurídicos²¹¹, o legislador constituinte português optou por consagrar um núcleo competencial próprio de certas entidades da Administração autónoma. Dentro do espaço da autonomia normativa (portanto, no que tange aos regulamentos autónomos *proprio sensu*), não há lugar a uma subordinação hierárquica face aos regulamentos governamentais²¹²: o Governo goza da competência normativa genérica, mas não pode, sob pena de inconstitucionalidade, pretender invadir esses espaços de autonomia normativa (a reserva de regulamento autónomo²¹³), o que permite erigir o princípio da competência como o critério constitucionalmente fundado disciplinador das relações entre regulamentos governamentais e regulamentos autónomos. Deste modo, encontramos-nos numa situação similar àquela com que nos deparámos quando apreciámos a relação entre as normas europeias e as normas nacionais, porquanto, em ambos os casos, estamos perante actos normativos provenientes de ordenamentos diversos que coexistem no mesmo sistema jurídico interno. O fundamento para o reconhecimento da autonomia regulamentar – por diversas vezes já o apontámos – reside no princípio da subsidiariedade, em homenagem à ideia de que as competências administrativas devem ser exercidas pela entidade que se encontre mais próxima dos destinatários, e, por esse motivo, as consiga cumprir com maior eficiência e racionalidade²¹⁴.

²¹¹ Assim, nos Estados Unidos (um dos exemplos paradigmáticos do pluriordenamentalismo, em virtude da sua estrutura federal), verifica-se uma partilha de competências normativas (também legislativas) entre a Federação e os Estados; em caso de conflito, porém, a *supremacy clause*, constante do segundo parágrafo do artigo VI da *Constitution for the United States* – a postular a superioridade hierárquica do direito da Federação sobre o dos Estados – e o princípio da preempção (cf. *infra*) asseguram a unidade do sistema jurídico. Cf. SCHILLING, *Rang...*, cit., pp. 427 e s..

²¹² Com fundamento idêntico, a *Corte Costituzionale* considerou inconstitucional uma lei que autorizava a intervenção de um regulamento estadual numa matéria (regional) vedada ao Estado – v. DI COSIMO, *I Regolamenti...*, cit., pp. 30 e s..

²¹³ Reflectindo sobre o conteúdo da reserva de regulamento autónomo, no caso das autarquias locais, cf. Rui MEDEIROS, «Artigo 241.º», cit., pp. 491 e ss., anotação III.

²¹⁴ Cf. também Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., p. 24; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., pp. 148 e s.; Vital MOREIRA, «Organização Administrativa», cit., pp. 14 e s.; Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., pp. 389 e s.; José de Melo ALEXANDRINO, «Direito...», cit., pp. 100 e ss.. Neste plano, e como sublinha também Blanco de MORAIS («A Dimensão Interna do Princípio da Subsidiariedade no Direito Português», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, ano 58.º, Julho 1998, pp. 801 e s.), conciliando a referência constante do n.º 1 do artigo 6.º da CRP com o n.º 3 do artigo 4.º da *Carta Europeia da Autonomia Local*, o princípio da subsidiariedade possui três repercussões fundamentais: constitui uma norma preceptiva, susceptível, por isso, de invocação concreta em juízo, e assumindo-se como um critério supletivo material de divisão (vertical) de competências; enquanto critério competencial, privilegia a competência das autarquias, em virtude da natureza e das especificidades da actividade, bem como das exigências de eficácia económica; todavia, implica que a competência seja devolvida ao Estado,

No que tange aos regulamentos das regiões autónomas, a Constituição manifesta com clareza que estamos diante de dois ordenamentos diversificados, ao prever uma separação das competências regulamentares entre Governo e órgãos regionais, em função do acto legislativo regulamentado [cf. artigo 227.º, n.º 1, alínea *d*), da Constituição]: a regulamentação de decretos legislativos regionais encontra-se (logicamente) cometida apenas aos órgãos regionais; a regulamentação dos actos legislativos emanados pelos órgãos de soberania que reservem para estes o poder regulamentar pertence ao Governo²¹⁵. A única zona de intersecção (e, portanto, de potencial conflito) reconduz-se à regulamentação das leis emanadas pelos órgãos de soberania que não reservem para estes o poder regulamentar, onde podemos encontrar regulamentos governamentais e regulamentos regionais²¹⁶. Com um factor de complexidade acrescido, resultante da circunstância – por diversas vezes já assinalada neste trabalho – de os regulamentos regionais das leis emanadas pelos órgãos de soberania assumirem, por imposição estatutária, forma de decreto legislativo regional.

Não obstante a perturbação causada pela forma legislativa revestida pelos regulamentos regionais de leis dos órgãos de soberania (a impor conscientemente a supremacia dos decretos legislativos regionais, na qualidade de actos legislativos, aos regulamentos do Governo), deverá entender-se que sempre o confronto entre os regulamentos governamentais e os regulamentos regionais se resolveria mediante o recurso ao princípio da especialidade, especialidade que, desta feita, se reporta não tanto à natureza (ao tipo) dos interesses públicos envolvidos, como à especificidade que a insularidade

quando se verifique que só assim a tarefa em causa pode ser prosseguida com maiores benefícios e menores custos ou quando à mesma subjaza um interesse público absoluto ou de relevo necessariamente geral.

²¹⁵ Sem que isso envolva uma desconsideração dos interesses próprios das regiões autónomas que, quando estejam em causa matérias que com eles contendam, têm o direito de audiência no procedimento regulamentar, nos termos da sadia cooperação entre órgãos de soberania e órgãos regionais. Isto mesmo decorre do n.º 2 do artigo 229.º da Constituição, que impõe que os órgãos de soberania ouçam sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional. A emergência deste direito de audição depende, porém, de as prescrições constantes dos regulamentos (*in casu*) afectarem *de forma especial* as regiões autónomas em razão da sua insularidade (assim também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 690, anotação II ao artigo 229.º).

²¹⁶ Veja-se, a título meramente exemplificativo, o que se acontecia com a regulamentação do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março (que aprova o regime das férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da Administração Pública, alterado pela Lei n.º 117/99, de 11 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 157/2001, de 11 de Maio), ao nível da composição, competência e funcionamento da junta médica da ADSE (cf. a habilitação conferida pelo n.º 2 deste diploma), efectuada, no plano nacional, pelo Decreto Regulamentar n.º 41/90, de 29 de Novembro (alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 36/91, de 1 de Julho), e, na Região Autónoma da Madeira, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 8/2006/M, de 17 de Abril.

assume na prossecução desses interesses e que justifica uma regulamentação diferente²¹⁷ – em total articulação com a fundamentação constitucional do regime político-administrativo próprio dos arquipélagos dos Açores e da Madeira, sustentado nas respectivas características geográficas, económicas, sociais e culturais (cf. artigo 225.º, n.º 1, da CRP). Além disso, e, se quisermos ir mais longe no aprofundamento da autonomia regional tal-qualmente a mesma surge desenhada pela Constituição, destinada a garantir um espaço de autonomia em virtude da especificidade da região, poderemos afirmar que aí onde existe um interesse específico ou próprio ditado pelas especificidades territoriais, se encontra um domínio da autonomia normativa regional, com a consequência de transmutar o funcionamento do princípio da especialidade numa questão de competência e de tornar inconstitucionais os regulamentos do Governo que ignorem a matéria de interesse específico regional, interpretado neste sentido^{218 219}.

No âmbito da Administração autárquica, a Constituição alude a uma relação de supra-infraordenação entre as diversas fontes regulamentares, dispondo que o exercício do poder regulamentar próprio daquelas se exerce nos limites dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar (artigo 241.º)²²⁰.

²¹⁷ Assim, e prosseguindo com o exemplo da nota anterior, na Região Autónoma da Madeira, os funcionários e agentes da administração regional da Madeira apresentavam-se não perante a junta médica da ADSE dependente do Ministério das Finanças (como sucede, em geral, nos termos do Decreto Regulamentar n.º 41/90), mas perante a junta médica criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 8/2006/M, na dependência da Direcção Regional de Gestão e Desenvolvimento dos Recursos, tutelada pela Secretaria Regional dos Assuntos Sociais.

²¹⁸ Retomando o mesmo exemplo – padeceria de inconstitucionalidade o Decreto Regulamentar n.º 41/90 se contivesse uma norma que impedisse as regiões autónomas de estabelecer uma disciplina especial, alicerçada na existência de um interesse específico ou próprio relacionado, por um lado, com a saúde e a segurança social e, por outro, com a organização da administração regional e dos serviços nela inseridos [reconhecidos pelas alíneas *m*) e *qq*) do artigo 40.º do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira*, respectivamente] sobre a matéria em causa.

²¹⁹ Não se esgotam nos mencionados os problemas susceptíveis de emergir no plano dos regulamentos regionais; *in concreto*, podem ainda questionar-se ao abrigo de que princípio(s) se desenvolvem as relações entre regulamentos regionais provenientes de órgãos diferentes (assembleia legislativa e governo regional). No que concerne aos regulamentos das leis dos órgãos de soberania, encontrando-se a competência para a sua emissão constitucionalmente reservada para as assembleias legislativas (artigo 232.º, n.º 1), não se verifica qualquer sobreposição entre regulamentos regionais (uma intervenção regulamentar do governo regional com este alcance ofenderia o princípio da competência).

²²⁰ Rui MEDEIROS [«Artigo 241.º», cit., pp. 497 e s., anotação V.c)ii)] equaciona a existência de outros limites ao poder regulamentar das autarquias locais, reportando-se, exemplificativamente, à relação entre regulamentos autárquicos e regulamentos das entidades reguladoras. Parece-nos que a solução a seguir neste ponto se haverá de articular com a defendida a propósito da relação entre regulamentos governamentais e regulamentos das entidades reguladoras: no âmbito específico da regulação do sector em que estas operam, as respectivas normas prevalecerão sobre as emanadas pelas autarquias locais, à luz do princípio da especialidade.

Tal significa, relativamente ao primeiro parâmetro, que, em consonância com a “estrutura autárquica de três níveis sobrepostos”²²¹, nos deparamos, no âmbito do direito autárquico (*hoc sensu*, direito produzido pelos órgãos das autarquias locais), com uma pirâmide normativa hierárquica triplamente estratificada: os regulamentos das freguesias devem respeitar os regulamentos municipais, assim como estes últimos estão vinculados à observância dos regulamentos das regiões administrativas, se e quando estas forem em concreto instituídas²²². Entre os regulamentos autónomos de autarquias locais do mesmo tipo mas territorialmente distintas (v. g., regulamentos de municípios diferentes ou regulamentos de freguesias diversas, ainda que integradas no mesmo município) não existe qualquer tipo de relação normativa, mas uma indiferença mútua ou separação²²³.

Mas a este acresce o limite resultante dos regulamentos emanados da entidade com poder tutelar: o Governo, [cf. artigo 199.º, alínea *d*), *in fine*, da CRP, e artigo 5.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto], e também os Governos regionais, nas regiões autónomas²²⁴ [cf. artigo 227.º, n.º 1, alínea *m*), da CRP, e artigos 69.º, alínea *e*), e 90.º, n.º 1, alínea *g*), do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira* e do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores*, respectivamente]²²⁵. O reconhecimento

²²¹ Casalta NABAIS, «A Autonomia Financeira...», cit., p. 22.

²²² Adoptando expressamente a nossa posição, cf. Rui MEDEIROS, «Artigo 241.º», cit., p. 498.

²²³ Neste sentido, cf. também GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 223. Idêntica observação pode dirigir-se aos regulamentos da Região Autónoma da Madeira relativamente aos da Região Autónoma dos Açores e vice-versa.

²²⁴ Na lição de Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. II, cit., p. 677, anotação XXIX ao artigo 227.º), os governos regionais exercem sobre as autarquias localizadas na região autónoma, a tutela administrativa que no continente compete ao Governo da República. Cf. ainda artigo 99.º-B da Lei n.º 169/99.

²²⁵ Em consequência da atribuição de poder regulamentar também às Assembleias Legislativas das regiões autónomas, poderia equacionar-se se os regulamentos emanados pelas autarquias regionais não devem também respeitar os regulamentos das primeiras. O facto de as Assembleias Legislativas não constituírem “entidades com poder tutelar” pareceria apontar para uma resposta negativa.

O sentido do estabelecimento de uma relação de superioridade hierárquica dos regulamentos da entidade com poder tutelar prende-se com a acentuação dos poderes jurídicos de controlo externo da legalidade conferidos à entidade tutelar relativamente à actuação da entidade tutelada, com a compreensão da inexistência de um núcleo estanque de atribuições exclusivamente autárquicas e com a concomitante necessidade de coordenação de interesses públicos (cf. Pedro GONÇALVES, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, CEFA, Coimbra, 1997, pp. 7 e s., 11 e s.). Ora, perante esta ideia de uma articulação entre administração governamental (ainda que regional) e administração autárquica fará todo o sentido impor (e tal sucederá fora do núcleo duro das atribuições autárquicas) o respeito pelos regulamentos do Governo regional, enquanto “entidade com poder tutelar”.

Todavia, a questão colocada terá de receber uma resposta afirmativa, fundamentalmente por razões formais: com efeito, não podemos olvidar que tais regulamentos revestem a forma de decretos legislativos regionais, motivo pelo qual são concebidos, à luz do n.º 1 do artigo 112.º da Constituição, como actos legislativos; partindo de uma perspectiva estritamente *formal*, o respeito pelo princípio da legalidade parece implicar que os regulamentos autárquicos não podem violar o disposto nos decretos legislativos regionais,

da existência destes limites não pode ser convolado na afirmação da existência de uma hierarquia entre regulamentos autárquicos e regulamentos governamentais²²⁶. Em primeiro lugar, a indagação do sentido de uma qualquer relação de hierarquia entre estas duas *species* regulamentares pressupõe um conflito real, *i. e.*, quando estejam em causa regulamentos que visem a prossecução de interesses concomitantemente nacionais e autárquicos; se se tratar de normas destinadas à realização de atribuições autárquicas (*v. g.*, normas relativas à administração das estradas municipais), estas apenas podem ser emitidas pelos órgãos autárquicos e não pelo Governo. Com efeito, a consideração da primazia (constitucionalmente prevista) dos regulamentos das entidades tutelares tem de se articular com a própria *ratio* da autonomia normativo-regulamentar, tendo em conta que o exercício da descentralização conduz impreterivelmente a uma limitação do poder político da maioria nacional²²⁷: os limites resultantes da superioridade hierárquica dos regulamentos emanados das autoridades com poder tutelar apenas se poderão reportar às hipóteses em que a matéria intercede com questões de interesse nacional que não dispensem também uma disciplina a esse nível²²⁸ – e, por conseguinte, questões fora da reserva do regulamento autónomo, sob pena de atentar contra a garantia da autonomia local; além desta hipótese, só será concebível uma relação de hierarquia quando o regulamento incidir sobre a relação tutelar, *i. e.* quando se destinar a executar as leis que constituem instrumento do exercício do poder tutelar²²⁹ ou quando respeitar ao exercício de

ainda que emitidos ao abrigo da competência regulamentar das Assembleias e materialmente correspondentes ao exercício da função administrativa.

²²⁶ *V.*, em Itália, em sentido diverso, VIRGA, *L'Amministrazione Locale*, cit., p. 17, subordinando hierarquicamente os regulamentos comunais aos regulamentos estaduais (e ao estatuto da entidade local), com a consequência de que a entrada em vigor de normas estaduais contrárias a regulamentos comunais determina a ab-rogação automática destas últimas.

²²⁷ Neste sentido, também já Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 85.

²²⁸ Todavia, o facto de estar em causa um interesse nacional pode permitir a existência de regulamentos autárquicos que estabeleçam uma disciplina especial sobre a matéria, não exigindo uma normação integral a nível nacional: nesta hipótese, de acordo com o aforismo *lex specialis generali derogat*, prevalecerá a norma regulamentar autárquica (norma especial) sobre o regulamento do Governo (norma geral). Por outro lado, e como decorre do texto, a solução prevista pressupõe que a relação entre ambos os regulamentos (governamental e autárquico) não se encontre regida pelo princípio da competência, por a questão em causa não possuir quaisquer repercussões especificamente atinentes às atribuições conferidas às autarquias locais ou, pelo contrário, por o Governo invadir a esfera ou a dimensão local dos interesses públicos subjacentes à matéria.

²²⁹ Adoptando posição similar, cf. Rui MEDEIROS, «Artigo 241.º», cit., pp. 496 e s., anotação V.c)i). Entendendo que apenas os regulamentos governamentais de leis relativas à relação tutelar primam sobre os regulamentos autárquicos, cf. Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 279. Parecendo inclinar-se para perspectiva idêntica, M. Aroso de ALMEIDA, «Os Regulamentos...», cit., p. 525, defendendo que os regulamentos governamentais prevalecentes sobre os regulamentos das autarquias locais se destinam à estrita execução da legislação sobre as autarquias locais, prevista no n.º 1 do artigo 237.º da CRP. Recorde-se, aliás, que os regulamentos incidentes sobre a relação tutelar desempenham sempre uma função de execução da lei

competências tutelares. Como salienta Vieira de Andrade²³⁰, esta garantia “ficaria praticamente eliminada se os poderes autárquicos tivessem de recuar perante qualquer manifestação normativa dos órgãos nacionais”. Não estamos, pois, diante da defesa de qualquer hierarquia entre regulamentos autárquicos e regulamentos de entidades tutelares, uma vez que uns e outros têm âmbitos objectivos distintos: uma solução diversa acabaria por subverter totalmente a relação de tutela de legalidade existente entre o Governo (ou os governos regionais) e as autarquias locais, em virtude de, através de regulamento, aquele poder impor a estas directrizes no que tange à prossecução específica das suas atribuições e, portanto, acabar por se imiscuir no mérito e oportunidade das decisões dos órgãos autárquicos^{231 232}.

– destinando-se a permitir a execução das medidas tutelares já definidas pelo legislador –, excluindo-se a possibilidade de regulamentos independentes nesta matéria [cf. artigos 165.º, n.º 1, alínea *q*), e 242.º, n.º 1, *in fine*, da Constituição]; sublinhando o princípio da tipicidade das formas de tutela, que inviabiliza a sua criação *extra legem*, nomeadamente por via regulamentar, v. Maria da Glória GARCIA/André FOLQUE, «Artigo 242.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 506, anotação XX.

Diversamente, André FOLQUE (*A Tutela...*, cit., pp. 138 e ss.) repudia a perspectiva segundo a qual os regulamentos do Governo (ou dos governos regionais) só prevalecem sobre os regulamentos autárquicos quando versem sobre a relação tutelar, por a entender assente numa interpretação demasiado estrita do artigo 241.º da Constituição, propugnando uma genérica subordinação dos regulamentos das autarquias aos regulamentos do Governo, sem prejuízo da defesa de uma necessária auto-contenção do poder regulamentar governamental (e dos governos regionais), decorrente da consagração constitucional da autonomia normativa das autarquias.

²³⁰ Vieira de ANDRADE, «Autonomia...», cit., p. 26: como resulta da n. 52, o Autor não está apenas a referir-se aos limites resultantes da lei, mas também aos emergentes dos regulamentos de entidades com poder tutelar.

²³¹ Em sentido próximo, Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 276 e ss..

²³² Tal como se considerou quanto às regiões autónomas, importa também clarificar as relações que intercedem entre os regulamentos autárquicos provenientes de órgãos diversos da mesma pessoa colectiva pública. O problema apenas emerge relativamente aos regulamentos municipais, porquanto, nas freguesias, o poder regulamentar pertence apenas à assembleia, sob proposta da junta [artigo 17.º, n.º 1, alínea *j*), da Lei n.º 169/99].

Assim, e no âmbito municipal, a competência regulamentar encontra-se distribuída pela assembleia municipal – a quem cabe genericamente, sob proposta da câmara, a emissão dos regulamentos do município [artigos 53.º, n.º 2, alínea *a*), e 64.º, n.º 6, alínea *a*)] – e pela câmara municipal, quando se trate do exercício do poder regulamentar sobre matérias da sua competência exclusiva [artigo 64.º, n.º 7, alínea *b*)]. Da articulação das disposições mencionadas resulta que a câmara municipal tem uma reserva de regulamento quanto às matérias que integram a sua competência exclusiva, onde se enquadram, *inter alia*, questões como a administração do domínio público municipal, a gestão dos transportes escolares ou a atribuição de certos subsídios. Daqui resulta necessariamente que a assembleia municipal fica impedida de emitir regulamentos no âmbito da reserva da câmara municipal, violando o princípio da competência os regulamentos da assembleia que invadam as matérias reservadas à câmara.

Tratando-se de matérias de competência concorrente, existe uma relação de mútua revogabilidade entre os regulamentos provenientes da assembleia e da câmara, com uma particularidade: o articulado legislativo parece impor que os regulamentos adoptados pela assembleia municipal tenham sempre como base uma proposta camarária, garantindo a participação da câmara em todos os procedimentos regulamentares (o que dificultará a existência de antinomias). Neste sentido, também Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 68; defendendo, porém, a prevalência dos regulamentos da assembleia sobre os emanados pela câmara, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 635.

O reconhecimento constitucional da autonomia normativa verifica-se igualmente em relação às universidades (artigo 76.º, n.º 2). Neste cenário, e para além dos estatutos de cada universidade, deve admitir-se uma reserva de regulamento autónomo nas matérias relacionadas com as tarefas científicas e pedagógicas²³³. Perfilhando a posição de Casalta Nabais²³⁴, entendemos que aquela zona autónoma é constituída pelas funções estritamente académicas, ficando excluídas aquelas que, embora desempenhadas pelas universidades, devem imputar-se à Administração estadual (v. g., limites de duração da formação, fixação de quotas especiais de estudantes portadores de deficiência, provenientes de países da CPLP, etc.), considerando-se, desde logo, incluídas na reserva absoluta da Assembleia da República [cf. artigo 164.º, alínea i), da Constituição]. Ora, e recuperando as considerações tecidas a propósito das regiões autónomas e das autarquias locais, se nos interrogarmos sobre as relações entre estes regulamentos e os provenientes do Governo, novamente concluímos que as mesmas se regem pelo princípio da competência – repetimos, sempre que a adopção dos regulamentos universitários ocorra dentro do espaço da autonomia; fora dele, deparamo-nos com a primazia dos regulamentos governamentais, que apenas cederá nos casos em que as normas universitárias se concebam como normas especiais.

²³³ No espaço regulamentar universitário, torna-se ainda possível identificar uma relação de hierarquia entre os estatutos das universidades e os regulamentos emanados correntemente pelos órgãos competentes da universidade ou emitidos por cada uma das suas escolas e unidades orgânicas de investigação, normas regulamentares correspondentes à distinção, no seio da autonomia normativa, entre a autonomia constituinte (estatutária) e a autonomia corrente (de norma corrente), traçada por Casalta NABAIS, «Considerações...», cit., p. 354. Aliás, a superioridade dos estatutos da universidade face aos regulamentos aprovados pelas respectivas escolas e unidades orgânicas de investigação (ainda que estes assumam – também eles – a designação de estatutos) resulta expressamente do n.º 1 do artigo 96.º do *Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior* (RJIES), aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro.

Recorde-se que o n.º 1 do artigo 67.º do mesmo diploma determina que “os estatutos devem definir a missão da instituição, respeitando a sua natureza e o disposto no acto constitutivo, quando exista, e conter as normas fundamentais da sua organização interna e do seu funcionamento, nos planos científico, pedagógico, disciplinar, financeiro e administrativo”. O facto de os estatutos – expressão da autonomia estatutária, constitucionalmente garantida (artigo 72.º, n.º 2, da CRP) e legalmente relembada (artigo 66.º do RJIES) – carecerem de homologação governamental nos termos do n.º 1 do artigo 69.º do RJIES não oblitera a natureza universitária e não estadual dos regulamentos em causa: como resulta do disposto no n.º 2 do mesmo preceito, a homologação apenas pode ser recusada se os estatutos padecerem de invalidade, o que convola o despacho ministerial num acto de tutela da legalidade (e não no acto constitutivo do procedimento regulamentar – o *Normsetzungsakt*). Em sentido próximo, ZANOBINI («La Gerarchia...», cit., pp. 381 e s.) defendia, quanto aos estatutos regionais que careciam de aprovação legislativa, a independência entre o acto aprovado (os estatutos) e o acto de aprovação, propugnando que, não obstante a necessidade de aprovação, os estatutos não perdiam a sua natureza de normas emitidas no exercício da autonomia regional.

²³⁴ CASALTA NABAIS, «Considerações...», cit., pp. 365 e ss. (v. também n. 66a).

Sustentar idênticas posições relativamente a regulamentos autónomos emanados por outras entidades da Administração autónoma exige uma argumentação mais cuidada. Por um lado, torna-se inviável a invocação do princípio da competência para recortar qualquer reserva de regulamento a favor dos demais entes autónomos, no interior da qual os regulamentos governamentais não possam operar *ex vi constitutionis*. Por outro lado, não existem critérios positivamente fixados que estabeleçam quais as relações que intercedem entre os regulamentos emanados por estas entidades e os regulamentos governamentais.

Tornar-se-á evidente que, neste ponto, as considerações girarão em torno dos regulamentos emanados por associações públicas. Com efeito, se a referência constitucional a estas entidades constante da Lei Fundamental se revela suficiente para alicerçar uma “garantia institucional das associações públicas” como domínio da auto-administração, já não assume a mesma facilidade o recorte do conteúdo dessa autonomia, em termos de afirmar uma competência normativa própria (autonomia normativa)²³⁵. Não se podendo, por conseguinte, recorrer, pelo menos com fundamento constitucional, ao princípio da competência para reger as relações entre regulamentos das associações públicas e regulamentos governamentais, cumpre equacionar a mobilização do princípio da especialidade. A este respeito, a Lei Fundamental reconhece, no n.º 4 do artigo 267.º, que a constituição das associações públicas se destina à satisfação de *necessidades específicas* – especificidade essa que fundamentará também normas especiais, eventualmente divergentes das emitidas pelo Governo. Assim, *v. g.*, ainda quando se não defenda um espaço de autonomia própria (semelhante ao que vislumbrámos na Administração autónoma territorial e nas universidades), mas estando em causa a prossecução das atribuições próprias das ordens profissionais, deverá entender-se que têm preferência os seus regulamentos, os quais apenas poderão ser preteridos pelos regulamentos governamentais em matérias de interesse nacional que exijam uma disciplina uniforme para todo o território, designadamente, regulamentos de execução (ou complementares) de diploma legal que as crie²³⁶. Uma vez mais, não se trata da defesa de uma superioridade

²³⁵ Assim, Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 425 e ss., para quem o conteúdo (mínimo) desta garantia institucional se traduz na impossibilidade de o Estado extinguir ou suprimir completamente as associações públicas.

²³⁶ Em sentido similar parece orientar-se Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 278, ao determinar a subordinação dos regulamentos das associações públicas apenas aos regulamentos *de execução* do Governo. Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 751) concebe que os “interesses auto-organizativos e inerentes aos fins que prosseguem as associações públicas” integram constitucionalmente o espaço de reserva

hierárquica dos regulamentos daquelas entidades, mas do reconhecimento de um núcleo de interesses (comuns à colectividade que constitui o substrato das associações públicas) justificadores de um conjunto de regras próprias.

III. A pluralidade de ordenamentos jurídico-administrativos que vimos formarem o sistema, em decorrência dos imperativos da descentralização e da subsidiariedade, aproxima-o de um «federalismo administrativo»²³⁷. Esta consideração surge reforçada em virtude de, em alguns dos casos, a descentralização normativa corresponder a uma opção constitucional que, impondo-se aos órgãos estaduais, cria reservas normativas a favor de outras entidades (*in casu*, regiões autónomas, autarquias locais e universidades). Todavia, como também vimos, tal não põe em causa a supremacia do ordenamento estadual (aqui compreendido por referência aos regulamentos governamentais), por a relação entre estes vários ordenamentos se não compreender em função do princípio da hierarquia, mas do princípio da competência.

O facto de a alínea *c*) do artigo 199.º da Constituição atribuir ao Governo o poder regulamentar geral (com vista à boa execução das leis) possui ainda uma consequência não despreciable, para além daquela que conduz à afirmação da superioridade hierárquica dos regulamentos governamentais (em correspondência com o princípio da prevalência do direito estadual) e que nos ocupou até este momento. Associado a esta reflexão surge agora *princípio da supletividade do ordenamento jurídico estadual*²³⁸ (pelo menos, do direito

normativa da Administração, constituindo um limite aos poderes de intervenção estadual, ainda quando estes assumam natureza legislativa.

Cf. ainda BERTANI, «I Poteri...», cit., p. 117, distinguindo, a este propósito, entre *normação heterónoma* – relativa a valores e interesses gerais, e, por esse motivo, emanada por entidades diversas das ordens profissionais – e *normação autónoma* – a qual, reportando-se directamente à categoria profissional em causa, integra a competência dos órgãos das ordens profissionais (embora nos afastemos do Autor, quando extrai consequências desta distinção, em termos de entender que as relações entre normação heterónoma e normação autónoma se regem pelo princípio da competência).

²³⁷ Cf. também, numa perspectiva crítica, PARADA VÁZQUEZ, «La Segunda Descentralización...», cit., pp. 35 e ss..

²³⁸ O princípio da supletividade do direito do Estado constitui objecto de um desenvolvimento especial em Espanha e em Itália, a propósito das relações entre o direito estadual e o direito das Comunidades Autónomas ou o direito das Províncias, respectivamente.

Assim, e por um lado, o princípio da supletividade encontra um arrimo expresso no n.º 3 do artigo 143 da Constituição espanhola, nos termos do qual “o direito estadual será, em qualquer caso, supletivo do direito das Comunidades Autónomas”. Com origem na Idade Média, este princípio remonta já à supletividade de que gozavam as *Partidas*, tendo sido sucessivamente acompanhada pela supletividade do Direito Régio, durante o século XVIII, e pela supletividade do Código Civil, proclamada em 1889 (v. BORRAJO INIESTA, «La Supletoriedad del Derecho Estatal», in: *La Supletoriedad del Derecho Estatal*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 18 e ss.). Actualmente, e em consonância com a sua vocação histórica, o fundamento para a invocação deste princípio nas relações

estadual *válido*²³⁹), afirmado no contexto do princípio da unidade do Estado cujo relevo no âmbito das relações inter-regulamentares importa destacar²⁴⁰. Com efeito, este princípio representa a outra face do pluralismo político e da descentralização administrativa, impedindo, em simultâneo, a intervenção excessiva dos poderes públicos²⁴¹.

Especialmente importante em cenários de policentrismo normativo, o princípio da supletividade destina-se a suprir as ausências de normação infra-estadual, em homenagem

entre direito estadual e direito autonómico reside essencialmente na circunstância de o primeiro oferecer o panorama global e sistemático dos valores e estruturas que enformam o ordenamento jurídico, contrariamente ao carácter fragmentário e heterogéneo (e, sobretudo, recente) do direito autonómico; daí que, neste cenário, o direito do Estado não possua apenas a virtualidade de suprir lacunas do direito autonómico, mas pretende assegurar a unidade de sentido de um sistema jurídico nacional composto por vários ordenamentos autonómicos (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 359 e ss.). Para além disso, o Tribunal Constitucional (na Sentença 79/1992, «Ayudas del FEOGA») já reconheceu um efeito supletivo às normas emanadas pelo Estado para garantir a efectividade do Direito Comunitário, *in casu*, a execução dos regulamentos comunitários que estabeleciam os modos de acesso aos subsídios do FEOGA): à luz desta jurisprudência, admite-se que o Estado emita todas as normas para assegurar que os fundos comunitários são gastos em Espanha (assim, BORRAJO INIESTA, «La Supletoriedad...», cit., pp. 49 e s.).

Já em Itália a invocação do princípio da supletividade assoma nas relações entre direito estadual e direito regional. A reforma constitucional de 2001 introduziu um limite (anteriormente inexistente) entre regulamento estadual e regulamento regional, limite esse que redundava na consagração de um princípio de competência (em razão da matéria): na sua tarefa de delimitação do poder regulamentar do Estado e das Regiões, o § 6 do artigo 117 vai remeter para a repartição de competências legislativas, fundamentando, apenas com algumas excepções (relacionadas com a transição para o novo regime, com regulamentos estaduais que disciplinam poderes estaduais e com situações de interferência entre matérias regionais e estaduais) uma reserva de regulamento regional. De acordo com aquele preceito, “o poder regulamentar pertence ao Estado em matérias de competência exclusiva (...). O poder regulamentar pertence às Regiões em todas as outras matérias” – com uma consequência não desprecianda: os regulamentos estaduais que violem a repartição da competência constitucionalmente prevista ofendem directamente a Constituição. Importa, porém, saber se, nas hipóteses em que não existirem regulamentos regionais (em matéria de competência regional), se poderá admitir a emanação de regulamentos estaduais com uma função supletiva. O artigo 120 da *Costituzione* (resultante também da reforma de 2001) determina que “o Governo [se pode] substituir aos órgãos das regiões, das Cidades Metropolitanas, das Províncias e das Comunas no caso de incumprimento de normas e tratados nacionais ou de normas comunitárias, assim como de perigo grave para a segurança pública, ou o exija a tutela da unidade jurídica ou da unidade económica e, em particular a tutela dos níveis essenciais das prestações relativas a direitos cívicos e sociais” (sobre este preceito, cf. GRECO, *I Regolamenti...*, cit., pp. 335 e ss.). Agora numa perspectiva jurisprudencial, se a *Corte Costituzionale* já considerou a emissão como decorrente de uma aceção dinâmica do princípio da subsidiariedade (porquanto a disciplina jurídica regulamentar estadual que implicou uma compreensão da competência regulamentar regional não só não é irrevogável, como obedece a uma ideia de *horror vacui* e, por conseguinte, encontra-se orientada por um imperativo essencialmente pragmático), já o *Consiglio di Stato* a recusa, apenas com algumas excepções: em casos de urgência e necessidade ou sempre que a Região não transponha uma directiva, deve o Estado (no último caso, a fim de respeitar os vínculos decorrentes dos Tratados europeus) editar as respectivas normas. As dúvidas permanecem, indo-se de uma posição particularmente exigente, que nega a legitimidade das disposições de regulamentos estaduais que interfiram com matérias regionais, a uma posição mais flexível que admite tais regulamentos, passando por uma orientação intermédia, que os acolhe, mas sob alguns condicionalismos. Para uma apreciação crítica da jurisprudência sobre esta matéria, cf., por todos, DI COSIMO, *I Regolamenti...*, cit., pp. 36 e ss..

²³⁹ Assim também BORRAJO INIESTA, «La Supletoriedad...», cit., p. 36.

²⁴⁰ Sobre este princípio, v., entre nós, v. g., Vieira de ANDRADE, «Supletividade do Estado e Desenvolvimento», in: *Gaudium et Spes*, Rei dos Livros, Lisboa, 1988, pp. 113 e ss.; Paulo OTERO, «O Princípio da Supletividade do Direito do Estado na Constituição de 1976», in: *Estado & Direito*, n.ºs 17/18, 1996, pp. 57 e ss., *O Poder...*, cit., pp. 765 e ss., e *Legitimidade...*, cit., pp. 868 e ss..

²⁴¹ Em termos próximos, Vieira de ANDRADE, «Supletividade...», cit., pp. 119 e 121.

à ideia segundo a qual não só a descentralização normativa depende, no fundo, da vontade do Estado²⁴², como no âmbito dos interesses privativos dos diversos entes públicos menores é, por vezes, possível encontrar interesses gerais legitimadores da intervenção estadual²⁴³. Por outras palavras, apesar de o sistema privilegiar, relativamente a certas matérias, e em consonância com os mencionados princípios da descentralização e da subsidiariedade, a emissão de normas jurídicas por entidades infra-estaduais, assegura em simultâneo uma competência de normação a título *excepcional* a favor do Estado²⁴⁴, que se assumirá como um agente integrador (e não um agente director) da vida social, com o papel de suprir as insuficiências das regras dos entes menores²⁴⁵. É este o princípio que se encontra ainda subjacente ao n.º 2 do artigo 228.º, relativo à autonomia legislativa regional e às relações entre o direito nacional e o direito regional, nos termos do qual “na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor” – prescrição cujo conteúdo normativo se pode estender, *mutatis mutandis*, aos regulamentos²⁴⁶.

Em termos práticos, e agora no plano regulamentar²⁴⁷, tal significa que, no espaço normativo deixado em aberto (*i. e.*, sem disciplina jurídica) pelas entidades infra-estaduais (ainda que integradas na Administração autónoma), poderá o Governo intervir, sempre que

²⁴² No que respeita às autarquias locais, no sentido de que a autonomia das mesmas corresponde a uma «opção estadual soberana», não se assumindo, pois, como “produto de um reconhecimento meramente declarativo da autonomia de comunidades pré-estaduais”, v. Vieira de ANDRADE, «Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV – tomo I, 1989, p. 17.

²⁴³ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 408 e 871, respectivamente (cf. também, a propósito da interpenetração entre interesses nacionais e interesses regionais, locais ou outros interesses subjacentes às atribuições de entes infra-estaduais, Vieira de ANDRADE, «Distribuição...», p. 19, que alude a uma “*miscigenação* de interesses que se prolonga numa indispensável *divisão de trabalho* entre o Estado e as colectividades locais”, e Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 772) – embora do texto resulte uma posição mais restritiva, próxima da seguida por Luís Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., p. 180.

²⁴⁴ Exactamente nestes termos, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 871, aludindo ainda a uma «legitimação decisória substitutiva» do Estado. Como veremos já a seguir, todos os cuidados são poucos na aferição da intervenção estadual, porquanto nem todas as aberturas do ordenamento infra-estadual correspondem a uma ausência de direito para a solução do problema no caso concreto (resolúvel através de fontes não pré-escritas, designadamente, por recurso directo aos princípios) – sobre a existência de «lacunas» e respectiva colmatação no quadro das relações entre direito estadual/direito autonómico, a propósito do princípio da supletividade, v. PÉREZ TREMPES, «Notas sobre el Principio de la Supletoriedad del Derecho Estatal Respecto del Derecho de las Comunidades Autónomas», in: *La Supletoriedad del Derecho Estatal*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 87 e s..

²⁴⁵ Nestes termos, Vieira de ANDRADE, «Supletividade...», cit., p. 118, tematizando o princípio da supletividade nas relações Estado/Sociedade.

²⁴⁶ Neste sentido, também Rui MEDEIROS, «Artigo 228.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 371, anotação VIII.

²⁴⁷ Salientando que o princípio da supletividade se refere a todo o direito estadual (e não apenas ao direito impositivamente pré-escrito), BORRAJO INIESTA, «La Supletoriedad...», cit., p. 16.

tal intervenção se revele necessária para não prejudicar a satisfação de fins (interesses públicos nacionais, sobretudo se constitucionalmente garantidos) cuja prossecução corresponda também a uma tarefa e a uma responsabilidade do Estado²⁴⁸ e, portanto, sem desfigurar ou descaracterizar os espaços de autonomia constitucionalmente garantidos²⁴⁹: pense-se, v. g., na necessidade de regulamentação por entes públicos menores de diplomas legais que concretizam direitos fundamentais, cujo exercício dependa justamente da emanção de normas administrativas²⁵⁰. Os pressupostos do funcionamento do princípio da supletividade do ordenamento estadual possuem, pois, uma faceta dupla: por um lado, a existência de uma separação de competências entre Estado e outras entidades administrativas; por outro lado, o poder de “fiscalização” do Estado sobre as deficiências de regulamentação dos entes administrativos menores e o correlativo poder de suprimir tais deficiências²⁵¹.

²⁴⁸ Assim sucederá paradigmaticamente na hipótese da inexistência de um regulamento regional de uma lei da República (que não reserve para o Governo o poder regulamentar), caso em que, não obstante as particularidades reclamadas pelo interesse específico, se aplicará o regulamento governamental – a defesa de uma solução contrária redundaria na admissibilidade de um “veto regional” à legislação dos órgãos de soberania, sempre que a sua aplicabilidade não dispensasse a emissão de um regulamento (neste sentido, Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 777 e, na mesma p., n. 250; cf. também, do mesmo Autor, «A Competência...», cit., p. 34; v. ainda, em termos similares, no direito espanhol, sobre a concretização de bases pelas Comunidades Autónomas, GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 363).

A intervenção do princípio da supletividade do direito do Estado foi já equacionada ao nível da autonomia universitária (v. Luís Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 172 e ss.): por força do princípio da supletividade do direito estadual, deverá entender-se como (excepcionalmente) admissível, perante uma omissão normativa universitária (e apenas enquanto esta se verificar), a emanção de normas estaduais, quando as mesmas se revelem necessárias ao funcionamento da Universidade e correspondam à prossecução um interesse público nacional.

²⁴⁹ Paulo OTERO («O Princípio...», cit., pp. 68 e s.) esclarece, a este propósito, que o princípio da supletividade não afecta o «núcleo essencial da autonomia normativa dos entes descentralizados», não gerando um efeito preclusivo sobre o poder normativo destes últimos.

²⁵⁰ A exigência na qualificação dos fins justificadores da intervenção estadual supletiva varia no mesmo sentido da previsão de reservas normativas a favor dos entes infra-estaduais. Assim, nos espaços de autonomia normativa constitucionalmente garantidos não se admitirá que uma qualquer falta de norma sobre determinada matéria compreenda, como reverso, uma habilitação do Governo a emití-la (ainda que a título supletivo ou subsidiário): tal só se tornará admissível se a ausência de norma fizer perigar de forma irreversível um interesse constitucionalmente protegido cuja satisfação corresponda a uma tarefa estadual. É que, nestas hipóteses, encontrando-se a reserva normativa prevista pela Lei Fundamental, apenas um suporte igualmente constitucional poderá legitimar uma intervenção governamental; como sublinha também Paulo OTERO (*O Poder...*, cit., p. 774), “a prevalência do interesse nacional, expressão da unidade, não é feita fora da Constituição, nem se traduz numa cláusula de intervenção estadual baseada em critérios de mérito”. A este requisito acresce ainda a necessária observância do princípio da proporcionalidade, a determinar que tal intervenção do Governo se revele adequada e necessária para tutelar outro interesse constitucionalmente protegido (sobre a articulação do princípio da proporcionalidade com o princípio da supletividade e com o princípio da unidade de acção, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 751; Luís Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 182 e s.).

²⁵¹ V. Vieira de ANDRADE, «Supletividade...», cit., p. 114.

Nesta medida, o princípio da supletividade pretende dar resposta, no quadro das relações inter-regulamentares, mais do que a um conflito positivo entre regulamentos estaduais e regulamentos infra-estaduais (que, para o princípio funcionar, nem sequer se pode verificar), a uma ausência de norma do órgão preferencialmente competente para a emitir. Tal ausência de norma, na medida em que vulneradora de interesses públicos nacionais, fundamenta a admissibilidade de um poder estadual de intervenção normativa *substitutiva e excepcional*²⁵² e, em consonância, a admissibilidade de regulamentos governamentais, concebidos como direito subsidiário, incidentes sobre matéria da competência de entes infra-estaduais, que, relevando ainda da prossecução de interesses nacionais (constitucionalmente protegidos), torna excepcionalmente adequada e necessária a intervenção normativa do Governo (sem com isso ofender – por não eliminar, nem diminuir – os graus de autonomia constitucionalmente concedidos²⁵³)²⁵⁴.

Quid iuris, quando, eliminada a ausência de normação em consequência de uma intervenção normativa do ente infra-estadual, se verifica uma contradição entre as normas emanadas por este último e o regulamento estadual anterior? Da resposta a esta questão se infere o real alcance do princípio da supletividade, que não ofende ou derroga, em caso algum, o princípio da competência. A partir do momento em que sobre a matéria em causa são emanadas normas pelo ente que detém a competência a “título preferencial”, deixa de haver justificação para a intervenção dos regulamentos governamentais que ocorria justamente a título subsidiário e que, em caso algum, precludem, como sucederia se

²⁵² Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 872, e *O Poder...*, cit., pp. 771 e 775.

²⁵³ Sendo certo que, como acentua Vieira de ANDRADE («Distribuição...», cit., p. 20), os modelos de autonomia constitucionalmente contemplados constituem objecto de uma interpretação flexível, decorrendo do artigo 267.º da Lei Fundamental não um imperativo de descentralização máxima, mas uma imprescindível harmonização ou concordância prática entre o princípio da descentralização e o princípio da unidade de acção.

²⁵⁴ E não se pense que, com a referência a este princípio, se está a partilhar de uma visão que advogue a plenitude lógica do sistema jurídico, de pendor positivista (cf., porém, Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., pp. 766 e 779 – onde o Autor alude a uma responsabilidade do Estado pela plenitude do ordenamento jurídico, evitando espaços de vazio normativo –, e *Legalidade...*, cit., p. 869; aliás, em Espanha, o princípio da supletividade assenta na consideração de que o direito do Estado é um direito completo, em contraposição ao direito autonómico que se caracteriza pela sua fragmentariedade – assim, GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., tomo I, p. 359).

Repare-se ainda que, não sendo o sistema jurídico constituído apenas por normas impositivamente pré-postas, a ausência de disciplina normativa-regulamentar sobre determinada matéria pode relevar, em certos termos, do exercício da competência normativa pelo órgão titular – admissível sobretudo nos casos em que existe uma reserva a favor do ente infra-estadual e não se encontram em perigo interesses constitucionalmente protegidos (v., em sentido próximo, Luís Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., p. 184, esp.^{ic} n. 385).

possuísse um qualquer efeito de preempção²⁵⁵, o exercício da competência normativa por parte do ente público infra-estadual²⁵⁶. Daí que, como sublinha o Tribunal Constitucional espanhol²⁵⁷, o princípio da supletividade não permita também que o Estado emita normas às quais atribua natureza supletiva em matérias para as quais não tenha competência; o que, transpondo para o nosso problema, significa que, a pretexto do princípio da supletividade, não pode o Governo invadir os âmbitos de autonomia normativa constitucionalmente delineados ou, enquanto titular do poder regulamentar, alterar o esquema de competências normativas estabelecido por lei. O exercício da competência regulamentar pelo órgão da entidade infra-estadual prevalece sobre os regulamentos estaduais anteriores emanados sobre a mesma matéria, tornando estes últimos ineficazes.

IV. Uma última referência vai para o modo como as normas regulamentares emitidas por entidades privadas que actuem no desempenho de uma função administrativa se relacionam com os demais regulamentos do sistema jurídico. Importa, desde logo, recordar que a atribuição do poder regulamentar a uma entidade privada pressupõe, em cumprimento do princípio da precedência da lei, a existência de um acto legislativo que efectue ou habilite a delegação que, *directa e ineludivelmente*, lhe confira o poder de emitir normas jurídico-públicas (e não apenas de propor a sua emissão), por causa e para o desempenho das funções administrativas por aquela prosseguidas. Como decorrência da

²⁵⁵ O conceito de preempção (*preemption*) é típico do direito norte-americano, e designa o fenómeno que ocorre quando a Federação (através do Congresso ou de uma agência), ao exercer o seu poder normativo, impede o exercício do poder pelos Estados, ao disciplinar em primeiro lugar determinada matéria (que, evidentemente, não diga única e exclusivamente a um Estado, mas assuma um carácter interestadual – *interstate*). O fenómeno da preempção assenta, desde logo, no §2.º do artigo VI da Constituição norte-americana, designado como *Supremacy clause*, onde se prevê que a Constituição, os tratados, bem como as leis emanadas pelos Estados Unidos (*hoc sensu*, a Federação) são considerados como *supreme Law of the Land*. Podendo a preempção encontrar-se explícita no texto normativo (*express preemption*), torna-se possível identificar alguns casos de preempção implícita: assim sucede, quando a regulação federal se revela tão invasiva que esgote a matéria (*field preemption*); nas hipóteses em que o cumprimento da normação federal e estadual seja impossível (*conflict preemption*); e nos casos em que a regulação estadual constitui um obstáculo para o cumprimento de objectivos federais. V., por todos, STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET, *Constitutional Law*, cit., pp. 373 e ss., esp.¹⁶ pp. 380 e ss.; cf. também, sobre a *Supremacy clause* e a sua relação com critério da territorialidade em articulação com o princípio da hierarquia, Joaquim ROCHA, *Constituição...*, cit., pp. 320 e s., n. 41.

²⁵⁶ Ou, muito menos, possuem a virtualidade de revogar a norma anterior emitida pela entidade com competência preferencial – sobre a conjugação do princípio da supletividade com o princípio da legalidade da competência, v. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 870. Até em Espanha se entende que, ainda quando o Estado emite normas qualificando-as como supletivas, as Comunidades Autónomas não perdem a liberdade (*rectius*, a competência) para emanar normas sobre as matérias que o direito estadual pretendeu suprir (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 362).

²⁵⁷ Eis o que decorre da Sentença n.º 147/1991, de 4 de Julho («Pesca de Cerco») – cf. BORRAJO INIESTA, «La Supletividad...», cit., pp. 28 e ss., com excertos da referida Sentença.

delegação de poderes públicos, a entidade privada passa a assumir-se como parte integrante da Administração Pública, na medida em que exercendo uma função pública administrativa associada às atribuições de uma pessoa colectiva pública, actua *em vez* desta última – consideração que se revela determinante para o nosso problema.

Estando em causa, aquando da emissão de regulamentos administrativos, o exercício por uma entidade privada de poderes normativos públicos a título delegado²⁵⁸, a primeira questão a considerar prende-se com a relação estabelecida entre as normas emanadas pela entidade privada delegatária e as emitidas pela entidade pública delegante. Não ignoramos que a configuração da relação de delegação não possui contornos unívocos, encontrando-se o respectivo regime jurídico dependente da análise do caso concreto e da lei que opera (nos casos de delegação legal) ou permite (na hipótese de delegação administrativa) a delegação²⁵⁹. De qualquer modo, deverá entender-se que, a partir do momento em que a entidade administrativa delega o poder normativo numa entidade privada, os órgãos da primeira ficam impedidos de o exercer, não existindo qualquer possibilidade de avocação; por outras palavras, embora a delegação não transmita para o delegatário quaisquer poderes (mas tão-só o respectivo exercício), permanecendo os poderes na titularidade pública, torna a entidade privada a única instância competente para os exercer²⁶⁰. Nesta medida, a relação entre normas do delegante e do delegatário emitidas na vigência da delegação rege-se pelo princípio da competência^{261 262}.

²⁵⁸ O que não exclui, como salientou já Pedro GONÇALVES (*Entidades...*, cit., pp. 706 e ss.), o reconhecimento da juridicidade de normas de origem privada; todavia, quando cuidamos da emissão de regulamentos por entidades privadas, estamos indubitavelmente a reportarmos às normas emanadas por estas entidades ao abrigo de um poder normativo público e, enquanto tal, delegado (v. também *Op. cit.*, pp. 736 e ss.). Relativamente às entidades privadas como titulares do poder regulamentar, cf. a nossa síntese em «Titularidade...», cit., pp. 557 e ss..

²⁵⁹ Nesta medida, Pedro GONÇALVES (*Entidades...*, cit., p. 1033) refere-se ao “«carácter atípico» da delegação de poderes públicos”.

²⁶⁰ Assim, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 1035.

²⁶¹ Diversamente, Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., pp. 274 e s.; embora o Autor não aluda *ex professo* ao relacionamento dos regulamentos de entidades privadas com poderes administrativos com os regulamentos emitidos pelas pessoas colectivas públicas, entende que, caso o Governo delegue em concessionários alguns dos seus poderes normativos, os regulamentos do concedente *preferem* aos elaborados pelos concessionários.

À primeira vista, poder-se-ia estranhar a opção feita no texto (contrária à posição de Afonso Queiró), quando confrontada com a solução dada ao conflito entre regulamentos estaduais e regulamentos emitidos pelos institutos públicos, regida pelo princípio da hierarquia: poder-se-ia perguntar por que motivo se advogou a superioridade dos regulamentos governamentais face aos regulamentos dos institutos públicos [sendo certo que também quanto a estes se assiste a um fenómeno de devolução legal da prossecução de interesses públicos do Estado a outro ente (público)], para agora se propugnar que o princípio da competência impede, na prática, a emissão de normas pelo delegante que consuma o poder normativo atribuído ao delegatário-entidade privada. Não existe qualquer contra-senso nas duas afirmações, porquanto as *rationes* que as fundamentam alicerçam-se no conteúdo da relação que intercede entre os dois sujeitos que emanam as

Em consonância com este raciocínio, mas agora no que respeita à relação com os regulamentos das pessoas colectivas públicas diferentes da delegante, os regulamentos emitidos pela entidade privada encontram-se no plano em que estariam se fossem emanados pela entidade administrativa delegante. Neste cenário, são igualmente invocáveis, nos termos apreciados, os princípios da primazia dos regulamentos estaduais, da competência, da especialidade e da supletividade do direito do Estado; o modo como se articulam estes princípios para dar resposta à contextualização dos regulamentos da entidade privada no horizonte normativo-regulamentar dependerá da natureza do titular público dos poderes delegados.

2.5.2. O problema da incompatibilidade entre regulamentos

Sem prejuízo das considerações a expender sobre os contornos do regime da invalidade do regulamento, a complexidade das relações inter-regulamentares e a intersecção de vários critérios na sua dilucidação exigem que, desde já, se clarifique qual a consequência resultante da antinomia entre duas normas regulamentares. A importância da questão do desvalor de regulamentos contrários a outros regulamentos decorre de a verificação de uma incompatibilidade entre regulamentos não se reconduzir necessariamente a uma invalidade. Aliás, a circunstância de estarmos a trabalhar no mesmo plano normativo e, portando, com actos que possuem – todos eles – força de regulamento dificultaria, à partida, a existência de invalidades de normas regulamentares por contrariarem outras normas regulamentares. Todavia, e, se quisermos sintetizar o que vimos afirmando, para tal convocando Afonso Queiró²⁶³, podemos reiterar que “o poder regulamentar não se exerce a um só nível, não é hierarquicamente homogéneo ou uniforme; há regulamentos com mais força e regulamentos com menos força”, o que, aliás, se apresenta consonante com a invocação do *princípio da hierarquia* no interior da plêiade de princípios densificadores das relações inter-regulamentares.

Eis justamente o *topos* crucial da questão do desvalor de regulamentos contrários a outros regulamentos. Apenas o funcionamento do princípio da hierarquia no contexto das

normas: a relação de superintendência (que confere ao Governo o poder de emitir directrizes) e a relação de delegação (que impede, por via de regra, a avocação).

²⁶² Problema mais complexo consiste em saber qual a relação estabelecida entre um regulamento da entidade delegante anterior à delegação e um regulamento da entidade privada delegatária adoptado já no quadro da delegação. Estando em causa o exercício da mesma competência (embora por sujeitos diversos), a solução aponta para o surgimento, neste caso, de um mero problema de sucessão de regulamentos no tempo.

²⁶³ Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 273.

relações estabelecidas entre dois regulamentos poderá conduzir à invalidade de um *por ofensa do outro*, visto que também só nesta hipótese nos depararemos com um regulamento a servir de padrão de referência (parâmetro de vinculação) relativamente a outro. Por outras palavras, um regulamento cujas disposições se revelem incompatíveis com outro regulamento apenas se encontrará ferido de invalidade se, nos termos apontados, encontrando-se as relações entre ambos reguladas pelo princípio da hierarquia, o segundo ocupar uma posição hierárquica superior ao primeiro. Esta consideração orientou, por exemplo, o legislador espanhol que, no n.º 2 do artigo 62 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, comina com a nulidade a violação por disposições administrativas de outras disposições administrativas superiores.

Trata-se de conclusão de suma importância assim que localizada no cenário mais vasto das causas de invalidade dos regulamentos e da susceptibilidade de recusa de aplicação com fundamento em invalidade. Se, como assinalámos, uma norma regulamentar apenas padece de *invalidade por violação de regulamento* quando este último detém uma posição hierarquicamente superior (e, por conseguinte, quando a violação do regulamento atinge o princípio da hierarquia), tal não significa que, nas demais hipóteses, onde assistimos à intervenção de outros princípios, não se verifique uma situação de invalidade: assim sucederá quando uma norma regulamentar, atentando contra o princípio da competência, contenha um regime (constitucional ou legalmente) deferido a outra entidade (pense-se – *ad absurdum* – no exemplo de um regulamento governamental de execução de um decreto legislativo regional, contrariando, nas suas disposições, um regulamento anterior emanado pelo governo regional); simplesmente, embora o regulamento que vulnera o princípio da competência seja inválido, tal não sucede em virtude da violação de outro regulamento (não se trata de uma *invalidade por violação de regulamento*), antes resulta de um atentado às normas constitucionais ou legais que fixam a competência dos órgãos das pessoas colectivas públicas. Neste último caso, o parâmetro de vinculação não era outro regulamento, mas uma norma *constitucional* ou *legal* de competência – consideração que assume um relevo determinante quer para o regime jurídico da invalidade, quer para a recusa de aplicação.

Como se intuiu do confronto efectuado entre recusa de aplicação e preferência aplicativa (cf., *supra*, Parte II, 2.2.3.2., I), as demais hipóteses de conflitos entre as normas regulamentares resolúveis mediante o critério da especialidade não se reconduzem a

questões de invalidade, por sua vez passíveis de determinarem uma recusa de aplicação no caso concreto, implicando outrossim a convocação do instituto da preferência aplicativa.

2.6. A vinculação do regulamento a outras formas de acção administrativa

Se, *prima facie*, poderia parecer estranha a tematização do problema da vinculação do regulamento, enquanto norma jurídica, a formas de actuação concretas da Administração (contrato e acto administrativos), a verdade é que esta questão não representa senão mais uma decorrência da dupla face do regulamento administrativo que, além de se caracterizar pela sua natureza normativa, constitui também uma forma de acção administrativa.

A compreensão do contrato e do acto administrativos como parâmetro de vinculação do regulamento administrativo assume contornos ainda mais complexos que os até agora abordados, porquanto não se trata de perspectivar o regulamento no quadro do sistema normativo impositivamente pré-escrito de forma geral e abstracta, mas de reflectir sobre se a emissão de normas pela Administração se encontra adstrita à «juridicidade concreta e concretamente constituída»²⁶⁴ em que se consubstanciam o contrato e o acto. A intelecção desta problemática postulará, por um lado, uma adequada perspectivação dos casos em que o contrato ou o acto estabelecem critérios para a emissão do regulamento e, por outro lado, a aferição do *an* e do *quomodo* da vinculação que aqueles operam relativamente à produção normativa, para, a partir daí, concluir se a desconformidade ou incompatibilidade entre o regulamento e contrato ou acto administrativos poderá conduzir à invalidade do primeiro.

2.6.1. A vinculação do regulamento ao contrato administrativo

À formulação da temática da vinculação do regulamento ao contrato administrativo subjaz uma determinada compreensão sobre a actual perspectivação da Administração como catalisadora ou mediadora de conflitos de interesses: a produção normativa surge agora associada à negociação, ao inter-relacionamento entre Estado (*lato sensu*) e sociedade, que permite a configuração do primeiro como um *kooperativer Staat*²⁶⁵ ou um

²⁶⁴ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 328, a propósito do contrato.

²⁶⁵ Cf., v. g., SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 175 e ss..

*corporate bargaining state*²⁶⁶, onde se torna profícua a consideração de que a eficácia das decisões releva muito mais do consenso e do acordo, que da autoridade e da sanção²⁶⁷. Assim, a normação autoritária dá lugar a uma normação negociada, cooperativa, pactícia ou consensual²⁶⁸, onde ganha terreno a coordenação de interesses insusceptíveis de articulação pela «vontade do poder»²⁶⁹, respondendo às preocupações de eficiência na prossecução do interesse público (enquanto instrumento de garantia de resultados²⁷⁰) e de legitimação acrescida da actuação administrativa²⁷¹. O princípio da cooperação assume-se agora como imperativo determinante, como *Leitprinzip*, da colaboração entre Administração e particulares na prossecução de tarefas públicas²⁷², colaboração essa que se projecta também na «teoria das fontes»²⁷³.

Se a «Administração contratual» não esgota a «Administração concertada»²⁷⁴, constitui uma fatia significativa da mesma, penetrando no próprio exercício do poder regulamentar. Importa, desde logo, esclarecer que o problema da vinculação do regulamento ao contrato²⁷⁵ não surge relativamente a todos os cruzamentos possíveis entre estas duas formas típicas de actuação administrativa. Designadamente, esta questão não emerge no quadro quer dos *contratos com efeitos regulamentares*, quer dos *contratos regulamentares*.

²⁶⁶ Cf. SCHUPPERT, «The Ensuring State», cit., p. 63; neste contexto, o Autor refere-se a um *cooperative law-making*, resultante, desde logo, da existência de leis negociadas, *i.e.*, adoptadas em conformidade com acordos entre Estado e interessados (*Op. cit.*, p. 64); relativamente à operacionalização prática deste último fenómeno, cf., *v. g.*, MAOR, «Private Legislation as a Strategy of Political Negotiation», in: *Public Administration*, n.º 4, vol. 87, 2009, pp. 750 e ss., abordando o problema da óptica do sistema jurídico israelita.

²⁶⁷ Nestes termos, Vieira de ANDRADE, *Grupos...*, cit., p. 27. Sobre o relevo da concertação ao nível da acção pública, cf. Barbosa de MELO, «Introdução...», cit., *passim*, esp.^{te} pp. 86 e ss..

²⁶⁸ Cf. também CASSESE, «Tendenze...», cit., p. 911; CIMELLARO, «Il Principio...», cit., pp. 131 e ss..

²⁶⁹ PORTALURI, *Potere...*, cit., pp. 198 e 200.

²⁷⁰ Associando a «Administração por acordo» à «Administração de resultados», cf. IANNOTTA, «Merito...», cit., p. 8.

²⁷¹ Eis os dois factores identificados por Filipa CALVÃO [«Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 335] que se encontram na origem do reconhecimento legal dos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

²⁷² SCHUPPERT, «Die Öffentliche Verwaltung...», cit., p. 436 [o Autor refere-se inclusivamente à necessidade de desenvolvimento de um direito da cooperação administrativa (*Verwaltungscooperationsrecht*), erigido à sombra daquele princípio – *Op. cit.*, pp. 442 e ss.].

²⁷³ Cf. RUFFERT, «Rechtsquellen...», cit., p. 1099.

²⁷⁴ Barbosa de MELO, «Introdução...», cit., pp. 93, 97 e s..

²⁷⁵ A relação entre contrato/acordo e norma não é privativa do direito público, surgindo já no direito do trabalho: eis o que sucede paradigmaticamente com as convenções colectivas de trabalho (assim, também já AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 60, identifica a raiz do *Normenvertrag* no direito do trabalho).

Na primeira hipótese, estamos diante de contratos que contêm cláusulas destinadas a disciplinar o desempenho da actividade pública, que afectam a posição de terceiros em função dos quais foram estabelecidas. Sucede, frequentemente, no contexto de contratos de concessão de serviço público, incorporarem-se neles cláusulas relativas à organização, gestão e funcionamento do serviço. A este tipo de cláusulas não pode ser assacada uma eficácia meramente contratual (*inter partes*), uma vez que as mesmas só se compreendem e se justificam enquanto supõem a existência dos utentes do serviço público²⁷⁶. Incluem-se igualmente neste tipo de contratos cláusulas através das quais o concessionário assume perante a entidade pública contratante obrigações relativamente a terceiros (todos os utentes do serviço público) e que, nessa medida, possuem uma eficácia normativa externa, porquanto delas decorre para os terceiros (destinatários ou beneficiários) um direito subjectivo, correspondente ao lado activo da relação jurídica complexa emergente do contrato (Administração-concessionário-utente)²⁷⁷. Quanto à questão da natureza jurídica (regulamentar, contratual ou mista) inerente a estas cláusulas, propendemos, na esteira da posição defendida, entre nós, por Pedro Gonçalves, para a consideração de que não estamos diante de normas regulamentares (e, por isso, a criação das mesmas não se encontra submetida a um procedimento regulamentar), mas simplesmente de cláusulas *contratuais* com eficácia *regulamentar*. Isto não significa desconsiderar o direito que, na esfera jurídica do utente, nasce em consequência do clausulado contratual (verificados os requisitos eventualmente aí previstos), admitindo-se hoje, de forma expressa, a reacção contra o respectivo incumprimento, mediante acção administrativa comum relativa à execução de contratos, para a qual têm legitimidade activa os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas [cf. artigo 40.º, n.º 2, alínea b), do CPTA]²⁷⁸.

Nas situações subjacentes aos contratos regulamentares, as cláusulas contratuais estabelecem regras de comportamento (obrigações) cuja observância é devida por terceiros que não intervieram na celebração do contrato. Parece ser neste sentido que Afonso Queiro²⁷⁹ aludia a *normas administrativas contratuais*, *i. e.*, convenções

²⁷⁶ Assim, LAUBADERE/MODERNE/DELVOLLE, *Traité des Contrats Administratifs*, tomo I, 2.^a ed., L.G.D.J., Paris, 1983, p. 107 (105).

Pense-se, *v. g.*, nos acordos de cooperação celebrados entre o Estado e as instituições particulares de solidariedade social, qualificados por Licínio LOPES (*As Instituições...*, cit., pp. 372 e ss., esp.^{ic} p. 383) como contratos administrativos com efeitos regulamentares, na medida em que a entidade co-contratante se obriga a prestar serviços a terceiros, dando realização efectiva aos seus direitos sociais, o que exclui a eficácia meramente bilateral do contrato.

²⁷⁷ Cf. Pedro GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pp. 201 e ss., e *O Contrato...*, cit., pp. 66 e s..

²⁷⁸ Sobre esta disposição, enquadrando-a no cenário daqueles contratos, cf., *v. g.*, M. Esteves de OLIVEIRA/M. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., pp. 289 e s., anotação XIV ao artigo 40.º; M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Código...*, cit., p. 271, comentário 8 ao artigo 40.º; M. Aroso de ALMEIDA, *Manual...*, cit., p. 232; Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 198.

²⁷⁹ Afonso QUEIRÓ, «A Hierarquia...», cit., p. 280. *V.* também Pedro GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., p. 67. Num sentido mais amplo, a doutrina germânica (cf., *v. g.*, WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., pp. 363 e ss.) alude a «convenções jurídicas» (*Rechtsvereinbarungen*), para designar os contratos dirigidos à regulação geral de uma pluralidade indeterminada de casos futuros; estas convenções

destinadas a disciplinar casos futuros, em relação a destinatários em número indeterminado. A eficácia deste tipo de contratos distingue-se dos inerentes aos anteriormente aludidos, em virtude de imporem *deveres* a terceiros que não são partes contratuais e que agora se assumem como obrigados (e não como beneficiários)²⁸⁰.

Em qualquer das hipóteses enunciadas não se coloca o problema da vinculação de normas regulamentares a cláusulas contratuais, pois que o contrato administrativo não surge como fundamento ou, no mínimo, como antecedente da emissão futura de um regulamento: em ambos os casos, o que está em causa é a particular *eficácia regulamentar* associada ao clausulado contratual (ou a certas cláusulas contratuais), destinado a produzir efeitos relativamente a terceiros (beneficiários ou obrigados, consoante os casos), e não a medida em que o contrato pode influir sobre a emissão de futuros regulamentos administrativos. Os problemas (diversos) que suscitam surgem antes ao nível constitucional, na medida em que tocam questões como as relacionadas com a eventual existência de um elenco (constitucional) fechado de actos normativos, com o princípio democrático, com o princípio da igualdade, com o princípio da separação de poderes ou com o princípio da publicidade²⁸¹.

Assim, a problemática da vinculação do regulamento ao contrato só poderá emergir em duas situações: por um lado, quando, com base na lei e através de um contrato, a Administração delega em terceiros (em regra, privados no exercício de funções públicas) o poder de emitir normas regulamentares (2.6.1.1.); por outro lado, quando existe um contrato entre Administração e co-contratante pelo qual a entidade dotada de poder regulamentar assuma uma obrigação de exercer o poder regulamentar (2.6.1.2.).

2.6.1.1. Contratos de delegação do poder regulamentar

Aludimos já aos contratos de delegação do poder regulamentar no contexto do problema do fundamento para a emissão de regulamentos (cf., *supra*, Parte I, 2.2., III). Acentuámos, então, estarmos perante contratos que, com base na lei, conferem aos contraentes (em regra, privados no exercício de funções públicas) o poder para emitir normas regulamentares sobre determinada matéria (atinentes à função pública delegada) Sublinhámos que estes contratos constituem o co-fundamento, juntamente com a lei que

assumem-se como fontes de direito se contiverem regulações abstractas, com carácter vinculativo não só para as partes, como também para terceiros.

²⁸⁰ No direito alemão entende-se que, materialmente, este tipo de cláusulas contratuais configura uma actividade de normação, motivo por que se lhe não devem aplicar as normas constantes dos §§54 e seguintes da Lei do Procedimento Administrativo – cf., v. g., STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 1916.

²⁸¹ Assim sucede, v. g., no espaço germânico – cf. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 187 e ss..

habilitou a delegação, do exercício da competência normativa por parte das entidades às quais a mesma foi conferida. Trata-se de uma consideração de capital relevo para o problema que nos ocupa: uma vez assumida a natureza co-fundamentante do contrato (*rectius*, das cláusulas contratuais) que delega o poder regulamentar, com facilidade se conclui que aquele há-de consubstanciar, por inerência, um autónomo parâmetro de vinculação do(s) regulamento(s) a emitir, mormente quando estabeleça condicionalismos formais-procedimentais ou materiais para a emanação da(s) norma(s), que não resultassem já da lei.

A afirmação segundo a qual estes contratos constituem parâmetros de vinculação dos regulamentos a emitir pelo co-contratante delegatário significa que este só se encontra habilitado a exercer tal poder *público* nos termos contratualmente estabelecidos. Nesta medida, a infracção das cláusulas contratuais que, como parâmetros de vinculação dos regulamentos, fixam os requisitos para a emissão destes últimos não conduz à invalidade das normas emanadas, mas à *exclusão da sua natureza pública-regulamentar*; quer dizer, a tais actuações falece o elemento de autoridade (o exercício do poder público de autoridade) inerente ao regulamento enquanto forma de actuação administrativa. Uma solução idêntica é defendida por Pedro Gonçalves²⁸², a propósito da emissão de regulamentos por entidades privadas sem qualquer cobertura legal, em virtude de o legislador não ter previsto a possibilidade de delegação do poder regulamentar: nas palavras do Autor, “sem delegação ou fora dela, tais entidades não detêm competências públicas, não devendo, por isso, qualificar-se como públicos os actos praticados a descoberto de uma delegação” – motivo por que as normas assim emanadas apenas se poderão qualificar como normas jurídicas privadas se preencherem os pressupostos da juridicidade das mesmas. Raciocínio similar deverá adoptar-se quando as entidades privadas pretenderem emanar regulamentos administrativos, desrespeitando as cláusulas contratuais que efectuam a delegação do poder regulamentar: também agora, aquelas entidades extravasam o âmbito da delegação (que apenas lhes conferia poder para a emissão de regulamentos administrativos sob determinadas condições, de natureza formal ou material), pelo que as normas assim emanadas não constituem regulamentos inválidos, mas, eventualmente, normas jurídicas privadas.

²⁸² Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 1055.

2.6.1.2. Contratos sobre o exercício do poder regulamentar

A possibilidade de estabelecer contratualmente critérios destinados a obrigar o *an* e/ou o *quomodo* do exercício do poder regulamentar coloca-se nas hipóteses em que, por contrato, a Administração se vincula a adoptar um regulamento ou a emitir normas regulamentares com um certo conteúdo. Eis o que sucede no âmbito dos *contratos sobre o exercício do poder regulamentar* – ou, segundo outra terminologia (corrente na doutrina germânica), *contratos relativos a normas (Normbezogene Verträge)* ou *contratos de normação (Normsetzungsverträge)* –, concebidos como uma das formas dos contratos sobre o exercício de poderes públicos (a par dos contratos relacionados com a prática de actos administrativos).

I. A figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos encontra-se tradicionalmente associada à forma «acto administrativo», aplicando-se quer aos casos em que a celebração do contrato ocorre durante um procedimento tendente à prática de um acto administrativo, comprometendo-se a Administração a praticar ou não o acto, quer às hipóteses em que o contrato se destina a substituir, no final do procedimento, um acto administrativo. Esta dicotomia permite à doutrina (por influência alemã²⁸³) distinguir, no seio desta categoria, entre os *contratos obrigacionais (Verpflichtungsverträge)*, enquanto promessas bilaterais da prática de actos administrativos²⁸⁴, e os *contratos decisórios (Verfügungsverträge)*, respectivamente²⁸⁵. É, aliás, neste sentido que os artigos 336.º e 337.º do CCP se referem a contratos sobre o exercício de poderes públicos, aludindo a contratos com objecto passível de acto administrativo (artigos 336.º e 337.º, n.º 1) e a

²⁸³ V., por exemplo, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 374 e s..

²⁸⁴ V. Taborda da GAMA, *Promessas Administrativas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 25 e ss..

²⁸⁵ Cf., entre nós, Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 752 e s.; Pedro GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., p. 78, e *Entidades...*, cit., pp. 686 e ss.; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 855 e s.; Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., p. 334, e *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo*, polic., Coimbra, 2008, pp. 14 e ss.. Cf. também Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 215. V. ainda M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 817, anotação I ao artigo 179.º, que aludem aos contratos substitutivos e integrativos de actos administrativos; Mark KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação*, AAFDL, Lisboa, 2002, pp. 91 e s., que destrinça entre acordos endoprocedimentais, acordos de trâmite procedimental, acordos integrativos de actos administrativos e contratos através dos quais a Administração se compromete a praticar um ou mais actos administrativos; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Contratos...*, cit., pp. 41 e ss., que distinguem entre contratos substitutivos de actos administrativos e contratos com efeitos promissórios (cujo conteúdo assimilam ao dos contratos-promessa do direito civil).

contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar ou não praticar um acto administrativo com certo conteúdo (artigo 337.º, n.º 2)²⁸⁶.

Em regra, os óbices colocados à celebração dos contratos sobre o exercício dos poderes públicos²⁸⁷ prendem-se com o respeito pelos princípios da irrenunciabilidade e inalienabilidade das competências administrativas, da igualdade e da imparcialidade, da procedimentalização da actividade administrativa e da audiência prévia dos interessados. Tais obstáculos acabam por ser superados quando se considera: que a realização destes contratos não se dirige a contratualizar o exercício do poder público (ao qual o ente público não renuncia²⁸⁸), mas o *modo* desse exercício; que a sujeição ao princípio da igualdade e aos demais princípios normativos²⁸⁹ ocorre também no seio da actividade contratual da Administração; e que é possível equacionar soluções para, também neste cenário, ponderar (e não descurar) os interesses de terceiros não intervenientes no contrato. Assim se compreende que, no horizonte do direito comparado, se encontrasse já expressamente consagrada esta possibilidade, no quadro da legislação sobre procedimento administrativo²⁹⁰, e esta categoria esteja hoje acolhida no *Código dos Contratos Públicos*

²⁸⁶ Em rigor, a classificação de decisório ou obrigacional respeitará, por princípio, não a um contrato, mas a uma (ou mais) cláusula(s) contratual(is), visto que se afigura possível que o conteúdo do contrato vá para além da determinação do exercício de poderes públicos, podendo inclusivamente cumular cláusulas decisórias e cláusulas obrigacionais.

²⁸⁷ Para uma síntese destes obstáculos, v. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 686 e ss.; Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., pp. 339 e ss..

²⁸⁸ HUERGO LORA (*Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 268) afirma expressivamente que os contratos sobre o exercício de poderes públicos não constituem actos de disposição do poder ou da competência, mas antes de exercício ou de administração desse poder.

²⁸⁹ Na linha de HUERGO LORA (*Los Contratos...*, cit., p. 276), também entendemos que a forma de garantir a observância de tais princípios não tem de se reconduzir à proibição dos contratos sobre o exercício dos poderes públicos, exigindo-se, no máximo, a consideração da sua ofensa como causa de invalidade do contrato (v. também *Op. cit.*, pp. 292 e ss.).

²⁹⁰ Em Espanha, nos termos do n.º 1 do artigo 88 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (incluído no título que se reporta às disposições gerais sobre o procedimento administrativo), admite-se a celebração de contratos que podem ter como efeito a finalização de um procedimento administrativo (como sucede com os contratos sobre o exercício de poderes públicos substitutivos de actos administrativos) ou de contratos que, enxertados num procedimento administrativo, assumam carácter prévio (vinculante ou não) da decisão que lhes ponha fim.

Em sentido similar, em Itália, o artigo 11 da *Legge* n. 241, de 7 de Agosto de 1990 (*Nuove Norme sul Procedimento Amministrativo*, por diversas vezes alterada) alude à possibilidade de a Administração celebrar acordos com os interessados com o fim de determinar o conteúdo discricionário de um acto administrativo (*provvedimento*) final ou em substituição deste último (acordos integrativos ou substitutivos do acto administrativo, respectivamente). Sobre este preceito, cf., v. g., SALA, «Accordi...», cit., *passim*.

Na Alemanha, o §54 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, depois de estabelecer que uma relação jurídica administrativa pode ser constituída, modificada ou extinta por um contrato, desde que a lei o não proíba, prevê expressamente que, em vez de praticar um acto administrativo, a autoridade administrativa pode celebrar um contrato de direito público com aquele que seria destinatário daquele acto. Sobre esta disposição, cf., v. g., STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1926 e s..

(CCP) [cf. artigos 1.º, n.º 6, alínea b), 5.º, n.º 6, alínea b), 285.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 313.º, n.º 3, 336.º e seguinte].

II. Todavia, as questões sobre a admissibilidade desta figura avolumam-se quando se associa a categoria dos contratos sobre poderes públicos ao exercício do poder regulamentar, relacionando, desta feita, contrato e regulamento administrativos. Claro está que, também neste domínio, não persistem dúvidas sobre a natureza administrativa do contrato em causa: nos termos da parte final da alínea b) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, constituem contratos administrativos os “contratos sobre o exercício de poderes públicos”, fórmula que, pela sua abrangência, permite incluir igualmente os contratos sobre o exercício do poder regulamentar²⁹¹.

A equação do problema da admissibilidade de «contratos relativos a normas» (*normbezogene Verträge*) deve-se à elaboração dogmática da doutrina germânica, que vem reflectindo sobre o grau de participação dos particulares nos procedimentos normativos, sobretudo em domínios onde avultam a complexidade e a tecnicidades das normas jurídicas e/ou onde se torna possível identificar o círculo típico de destinatários privilegiados das prescrições regulamentares²⁹². Sem prejuízo do reconhecimento de um princípio de cooperação nos procedimentos normativos²⁹³, entende-se que, quando a realização de contratos nesta matéria envolva uma disposição das competências normativas constitucionalmente definidas no artigo 80 da *Grundgesetz* (que estabelece, para alguns, um *numerus clausus* de fontes de direito²⁹⁴), deve a mesma ser problematizada à luz da

²⁹¹ No direito espanhol, a doutrina alude expressivamente a «contratos sobre actos e poderes administrativos» (*contratos sobre actos y potestades administrativas*) – cf., v. g., HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., *passim*; tal não impede, porém, que se suscitem dúvidas a propósito dos contratos que tenham por objecto a emissão de um regulamento – cf. *Op. cit.*, pp. 352 e ss., esp.^{te} 354, onde o Autor põe a tónica na generalidade e abstracção próprias do regulamento que impediriam, *prima facie*, a contratualização neste domínio, por tal implicar a cedência ao interesse de apenas um dos destinatários das normas; todavia, o facto de a generalidade e abstracção não designarem estádios absolutos, mas existirem em graus diferenciados, consoante o regulamento em causa, permite dulcificar aquela posição inicial, de molde a admitir, em certos casos, a celebração do que designamos como contratos sobre o exercício do poder regulamentar. Trata-se de uma questão que, como veremos, se soluciona através das exigências de participação colocadas em matéria de procedimento da celebração do contrato e da emanação do regulamento contratualmente prometido.

²⁹² V., quanto a estes contratos no âmbito da Administração, BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen...*, cit., *passim*, esp.^{te}, pp. 651 e ss.. Cf. também GÖSSWEIN, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht...*, cit., pp. 195 e s.; AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 60 e ss..

²⁹³ Assim já o admitiu (embora nem sempre explicitamente) o *Bundesverfassungsgericht* – cf. MICHAEL, *Rechtsetzende Gewalt...*, cit., pp. 286 e ss..

²⁹⁴ Para uma perspetivação do problema, v., desenvolvidamente, AXER, *Normsetzung...*, cit., pp. 156 e ss..

respectiva admissibilidade constitucional²⁹⁵. Na verdade, diferentemente do que sucede com os «acordos normativos» (informais)²⁹⁶ e em consonância com a posição restrita genericamente adoptada quanto à questão da admissibilidade de delegação de poderes regulamentares em entidades privadas, entende a generalidade da doutrina alemã que os *Normsetzungsverträge* – em geral, os contratos que têm por objecto a emissão de normas²⁹⁷, incluindo quer os contratos pelos quais a Administração se obriga à produção de normas sobre certa matéria, quer os contratos pelos quais a Administração se obriga a emitir normas com um certo conteúdo²⁹⁸ – determinam uma limitação à liberdade de conformação do poder regulamentar. O direito germânico debate-se aqui com um problema relativo à eventual preterição do artigo 80 da *Grundgesetz*, preceito que não define apenas os primeiros delegatários do poder regulamentar (o que permitiria sub-delegar), mas todos os entes (*in casu*, apenas entidades públicas) com legitimidade para o exercício do poder normativo²⁹⁹.

²⁹⁵ Cf., v. g., BECKER, *Kooperative und Konsensuale Strukturen...*, cit., p. 675.

²⁹⁶ Sobre estes, cf., *supra*, Parte I, 3.4.3.1., II.

²⁹⁷ FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen...*, cit., p. 178.

²⁹⁸ É possível destringir entre *Normsetzungsverträge* puros e impuros: os primeiros fundamentam uma obrigação de emissão, alteração, complementação ou revogação de normas, delineando o próprio conteúdo normativo; os segundos destinam-se a prever uma obrigação de manutenção ou não emissão de normas (obrigação de abstenção), incidindo apenas sobre a iniciativa do procedimento normativo. Sobre esta distinção, BIRK, «Normsetzungsbefugnis und Öffentlich-rechtlicher Vertrag», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 40, ano 30.º, Outubro 1977, p. 1798; SCHERER, «Rechtsprobleme Normersetzender „Absprachen“ zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltsrechts», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, fasc. 1, ano 44.º, Janeiro 1991, p. 4; AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 61, n. 252.

Não se trata, contudo, de uma terminologia usada uniformemente na doutrina alemã. No Direito da Segurança Social (a partir dos §§112 e 115 do Título V e 75 do Título XI do *Sozialgesetzbuch*), utiliza-se o vocábulo *Normsetzungsvertrag* para referir contratos que, com base numa autorização legal, contêm normas jurídicas que afectam directamente os respectivos destinatários, os quais se não identificam com as partes contratuais – cf., v. g., CASTENDIEK, *Der Sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 20 e ss., sobre o conceito, e pp. 31 e s., sobre o conteúdo contratual num exemplo típico; FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen...*, cit., pp. 45 e ss., sobre o conteúdo dos citados contratos, e pp. 177 e s., sobre a noção de *Normsetzungsvertrag* neste domínio. Trata-se de um fenómeno que outra parte da doutrina (v. AXER, *Normsetzung...*, cit., p. 61) identifica, na senda da qualificação jus-laboral das convenções colectivas de trabalho (cf. FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen...*, cit., p. 101), sob a designação de *Normenvertrag*, os quais consubstanciam aqueles contratos que contêm, eles próprios, as normas e, como tal, possuem efeitos vinculativos para terceiros *extra partes* (o que os assimila aos que designámos como «contratos regulamentares»), distinguindo-os dos *Normsetzungsverträgen*, por não encerrarem qualquer obrigação de emitir normas (cf. também WIGGE/HARNEY, «Selektivverträge zwischen Ärzten und Krankenkassen nach dem GKV-WSG», in: *Medizinrecht*, n.º 26, 2008, p. 142). Em sentido próximo, NEUMANN, *Normenvertrag...*, cit., pp. 17 e ss., defendendo que os *Normenverträge* (na enunciada acepção de Axer) não constituem verdadeiros contratos, mas normas jurídicas *sui generis*, pretendendo com isso sublinhar os problemas que suscitam da perspectiva constitucional da identificação das fontes normativas e dos órgãos competentes para as emitir (cf. também FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen...*, cit., p. 58).

²⁹⁹ Embora dominante, não é esta uma posição unitária na doutrina: assim, v. g., WOLFF («Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 78.º, 1952/1953, p. 216) entende que a reduzida lista de destinatários prevista no n.º 1 do artigo

Não encontrando estas perplexidades eco entre nós³⁰⁰ e consagrando o artigo 278.º do CCP o princípio da autonomia pública contratual, não existem objecções, *prima facie*, à celebração de contratos administrativos sobre o exercício do poder regulamentar – *i.e.*, contratos administrativos endoprocedimentais celebrados entre a Administração e os particulares (ou, em certos casos, entre entidades administrativas), com o objectivo de concertar posições quanto à emissão futura de um regulamento administrativo. Os contratos sobre o exercício do poder regulamentar assumem-se como instrumentos de autovinculação administrativa, na medida em que condicionam a actuação futura da Administração, no que à emissão normativa tange³⁰¹. Por outro lado, e quando o co-contratante é um particular, o contrato assume-se como uma forma de promover uma participação mais intensa dos privados no exercício da função normativa da Administração, elevando ao expoente máximo o princípio da colaboração – uma oportunidade para atingir o melhor *contemperamento* entre o interesse público concreto e o interesse privado, na óptica do menor sacrifício e/ou da maior vantagem possível para o privado, no horizonte do exercício de uma competência administrativa que o atingirá³⁰².

Todavia, e sem prejuízo da admissibilidade dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar, ao contrário do que sucede na relação entre contrato e acto, não

80 da Constituição alemã não exclui a possibilidade de o poder regulamentar ser (sub)delegado noutras entidades; daí resulta apenas a exigência de que a habilitação para subdelegações conste directamente da lei parlamentar. Por sua vez, DI FABIO («Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen Gesellschaftlicher Selbstregulierung und Staatlicher Steuerung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 56, De Gruyter, Berlin/New York, 1997, p. 271), ainda que incidentalmente – ao definir o conceito de *Beleihung* –, relaciona-o com a autorização (conferida a privados) para, por si só, praticarem actos administrativos ou emitirem normas jurídicas infra-legais. *V.* também, em sentido próximo, LEPA, «Verfassungsrechtliche Probleme...», cit., p. 359.

De qualquer modo, e não obstante a argumentação erigida sobre o artigo 80 da *Grundgesetz*, o legislador germânico reconhece alguns contratos relativos a normas: assim sucede, *v. g.*, com os contratos para planeamento (*städtebauliche Verträge*) expressamente contemplados no §11 do *Baugesetzbuch*, que podem ter como objecto a própria elaboração de planos urbanísticos (cf. n.º 1, frase 1); *v.*, por exemplo, enquadrando este tipo contratual no cenário da colaboração público-privada no direito do urbanismo, a síntese de BRENNER, *Öffentliches Baurecht*, 3.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2009, pp. 226 e ss.; e, mais desenvolvidamente, HOPPE/BÖNKER/GROTEFELS, *Öffentliches Baurecht*, cit., pp. 406 e ss.. Por isso, alguns Autores consideram que as dificuldades decorrentes do artigo 80 constituem falsas objecções – cf., *v. g.*, FAHLBUSCH, *Das Gesetzgeberische Phänomen...*, cit., p. 185.

Nos casos em que se revelem admissíveis, por não se considerarem ofensivos do artigo 80 da *Grundgesetz*, os contratos em análise levantam ainda problemas quanto ao respectivo regime jurídico; em especial, a doutrina alemã questiona a aplicação (ainda que indirecta) da *Verwaltungsverfahrensgesetz* – cf., sobre a questão, SCHERER, «Rechtsprobleme...», cit., pp. 4 e ss.. *V.* também STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1917, 1933 e ss..

³⁰⁰ Cf., por todos, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1053 e ss..

³⁰¹ Aludindo ao contrato administrativo como forma de autovinculação administrativa, *v.* RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 245; MAUNZ, «Selbstbindungen...», cit., pp. 502 e s.; ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., p. 434.

³⁰² Assim, a propósito da negociação da discricionariedade, FRANCO, *Manuale...*, cit., p. 186.

podem existir contratos substitutivos de regulamentos administrativos. Os contratos relativos ao exercício do poder regulamentar não introduzem, por si só, uma inovação da ordem jurídica, *i. e.*, não constituem, neste sentido, «fontes de direito» (não são “contratos públicos positivadores de normas jurídicas autónomas, substitutivas ou modificadoras de outras normas jurídicas”³⁰³), em virtude da natureza endoprocedimental que os caracteriza: as alterações normativas do sistema jurídico só ocorrerão se e quando os órgãos com competência regulamentar emanarem, em cumprimento do contrato, os regulamentos em causa. E, acentue-se, a contratualização do exercício do poder regulamentar não poderá suprimir trâmites do procedimento tendente à emissão do regulamento, de forma a pôr em causa a transparência da emanação normativa, a imparcialidade, a participação de terceiros e a consideração dos vários interesses públicos e privados presentes no momento da elaboração do diploma.

Além disso, só se revela admissível a celebração de um contrato deste tipo quando à lei confere ao órgão alguma discricionariedade regulamentar (cf. *supra*, Parte I, 3.4.1., I): por um lado, os contratos pelos quais a Administração *se obriga a emitir um regulamento* só terão sentido se o ente público não estiver vinculado por lei a emanar as normas regulamentares, *i. e.*, se não existir um dever legal regulamentar (altura em que a emissão do regulamento não corresponde ao cumprimento de um contrato, mas à observância de uma obrigação legal, inexistindo uma discricionariedade quanto ao *an*); por outro lado, os contratos pelos quais a Administração se vincula a consagrar num regulamento determinado conteúdo serão apenas possíveis se o legislador conferir à entidade dotada de poder regulamentar alguma liberdade de conformação do conteúdo das normas (o que sucederá precipuamente quando o regulamento desempenhe as funções de dinamização legislativa ou de dinamização da ordem jurídica) – altura em que a Administração goza de uma discricionariedade quanto ao *modo*.

Embora não consagre, em termos gerais, uma categoria com esta designação, o nosso legislador admite expressamente, no âmbito do direito do urbanismo, a existência de um tipo *especial* de contratos sobre o exercício do poder regulamentar: os contratos para

³⁰³ Gomes CANOTILHO, «Direito à Emanação de Normas Legais Individuais?», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3847, ano 127.º, Fevereiro 1995, p. 293. No máximo, tais contratos substituirão o *projecto* de regulamento (mas não o regulamento em si) a elaborar pela Administração – neste sentido, mas a propósito de contratos endoprocedimentais no quadro de procedimentos tendentes à prática de actos administrativos, Paulo OTERO, *O Poder...*, tomo I, cit., pp. 84 e s..

planeamento³⁰⁴. Consubstanciando contratos relativos ao exercício da competência para criar ou modificar certos planos urbanísticos (planos de urbanização ou planos de pormenor³⁰⁵), os contratos para planeamento constituem acordos destinados a permitir que o município e os particulares interessados³⁰⁶ concertem posições sobre o conteúdo dos planos municipais, na senda do disposto no n.º 2 do artigo 21.º da LBOTU, nos termos do qual “a elaboração e aprovação dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares são objecto de mecanismos reforçadores de participação dos cidadãos, nomeadamente através de *formas de concertação de interesses*”³⁰⁷. Ainda quando a sua celebração não se encontrava expressamente contemplada na lei, a doutrina defendia a respectiva admissibilidade, louvando-se nos princípios da autonomia pública contratual da Administração e da não tipicidade dos contratos administrativos (e sem prejuízo da necessária observância de limites), salientando as vantagens que comporta do ponto de

³⁰⁴ Sobre os contratos para planeamento, cf., entre nós, F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 473 e ss.; Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES, «O Papel dos Privados no Planeamento: Que Formas de Intervenção?», in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 20, Dezembro 2003, pp. 70 e ss.; João Teixeira FREIRE, «A Contratualização do Conteúdo do Plano Urbanístico», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1/2, vol. XLV, 2004, pp. 427 e ss.; Alexandra LEITÃO, «A Contratualização no Direito do Urbanismo», in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 25-26, Janeiro/Dezembro 2006, pp. 9 e ss.; Dulce LOPES, «Plano, Acto e Contrato no Direito do Urbanismo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, Março/Abril 2008, pp. 17 e ss.; Fernanda Paula OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 41 e ss., «Contratação Pública no Direito do Urbanismo», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 789 e ss., e *Contratos para Planeamento*, Almedina, Coimbra, 2009; Jorge Alves CORREIA, *Contratos Urbanísticos*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 195 e ss..

³⁰⁵ Excluindo os instrumentos de planeamento destinados a estabelecer as opções estratégicas dos municípios, por considerar excessiva a conformação contratual de planos directores municipais – assim, F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 479, sublinhando ainda que tal exclusão se reporta apenas a uma contratação directa, embora indirectamente o conteúdo de um plano director municipal possa ser afectado por um contrato relativo a um plano de urbanização ou plano de pormenor, porquanto estes últimos podem alterar ou revogar o primeiro. Neste sentido, Jorge Alves CORREIA, *Contratos...*, cit., pp. 217 e ss..

Considerando injustificada a restrição dos contratos para planeamento ao domínio dos planos de urbanização e do pormenor e defendendo, v. g., a extensão do preceituado no artigo 6.º-A também aos planos directores municipais, pelo menos quando esteja em causa o desencadeamento de alterações pontuais ou parcelares (mas nem tanto quando se trate de uma reponderação global), v. Dulce LOPES, «Plano...», cit., p. 24. Admitindo também esta possibilidade, Fernanda Paula OLIVEIRA (*Regime...*, cit., p. 43) sublinha que, da perspectiva dos interessados, a extensão da solução aos planos directores municipais pode não se revelar justificada, dada a caracterização daqueles como instrumentos estratégicos (v. também, da Autora, «As Virtualidades das Unidades de Execução num Novo Modelo de Ocupação do Território», in: *Direito Regional e Local*, n.º 2, Abril/Junho 2008, pp. 22 e ss., «Contratação...», cit., pp. 792 e s., e *Contratos...*, cit., pp. 24 e s..

³⁰⁶ Conceito interpretado amplamente, de forma a abranger não apenas os proprietários ou titulares de direitos reais sobre bens situados na área espacial de intervenção a que o plano respeita, mas também outros promotores imobiliários interessados na realização de (futuras) operações urbanísticas relativas à mesma área. Assim, Jorge Alves CORREIA, *Contratos...*, cit., pp. 224 e ss., 230.

³⁰⁷ Baptista MACHADO («Participação...», cit., p. 57), entendendo que a concertação assume uma função vital para as democracias contemporâneas, salienta que apenas através dela se consegue impedir que as funções sociais do Estado – entre as quais inclui o planeamento, a política dos solos e os planos de urbanização – se convertam em funções de dominação.

vista da participação democrática e da conciliação entre os vários interesses públicos e privados em presença. Com a revisão do RJIGT operada em 2007, passou a consentir-se a contratualização no âmbito do planeamento urbanístico, quer por iniciativa do particular (artigo 6.º-A)³⁰⁸, quer por decorrência do plano director municipal ou do plano de urbanização (artigo 6.º-B), como expressão do princípio da concertação dos interesses públicos e privados envolvidos na ocupação do território e da contratualização, e do reconhecimento da autonomia contratual pública no âmbito do ordenamento territorial (cf. preâmbulo).

III. Admitida a existência de contratos sobre o exercício do poder regulamentar, através dos quais – recordamos – a entidade pública se vincula a emitir um regulamento administrativo ou a contemplar num regulamento administrativo determinado conteúdo, importa acentuar (a consideração evidente de) que tais contratos só se assumirão como parâmetros de vinculação do regulamento se estiverem em vigor no ordenamento jurídico, *i.e.*, se não padecerem de qualquer causa que conduza à respectiva *invalidade* ou *ineficácia*.

α) A celebração deste tipo de contratos e o respectivo conteúdo encontram-se naturalmente subordinados à observância de requisitos de validade no plano formal-procedimental (*i*) e no plano material (*ii*). Compreende-se que só o cumprimento pelos contratos sobre o exercício do poder regulamentar dos princípios e normas que regem a actividade administrativa contratual poderá permitir a sua perspectivação como parâmetro de vinculação do regulamento.

i) Relativamente aos aspectos formais-procedimentais, a concepção do contrato sobre o exercício do poder regulamentar como instrumento de autovinculação administrativa implica a transposição das exigências de validade àqueles colocadas: não podem, por isso, ser obliteradas as regras sobre a atribuição do poder normativo

³⁰⁸ Além dos contratos para execução (abrangidos, tal como os contratos para planeamento, pelo artigo 6.º-A), o n.º 7 do mesmo preceito alude ainda a contratos inter-administrativos, celebrados entre o Estado e outras entidades públicas, que tenham por objecto a elaboração, alteração, revisão ou execução dos instrumentos de gestão territorial – na lição de F. Alves CORREIA (*Manual...*, vol. I, cit., p. 481), estão aqui em causa os contratos outorgados entre o Estado e os municípios, dirigidos a adequar os planos municipais de ordenamento do território a um subsequente plano especial ou regional de ordenamento do território, a que se reportam o artigo 49.º e o n.º 2 do artigo 59.º do RJIGT. Cf. também Alexandra LEITÃO, «A Contratualização...», cit., pp. 17 e ss..

(implicando a intervenção contratual do órgão com competência regulamentar) ou sobre a participação de terceiros³⁰⁹. Aliás, a este nível, as questões mais delicadas respeitam ao procedimento tendente à escolha do co-contratante, em especial, a sujeição da celebração dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar às normas sobre contratação pública, constantes da Parte II do CCP.

Recorde-se que o âmbito de aplicação da Parte II do CCP – dedicada à *contratação pública* – é recortado em função de um critério duplo, simultaneamente subjectivo e objectivo³¹⁰: por um lado, têm de estar em causa contratos *celebrados pelas entidades adjudicantes* previstas no artigo 2.º (cf. artigo 1.º, n.º 2) e não excluídas pelo artigo 6.º; por outro lado, apenas se encontram compreendidos os *contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou estejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado* (cf. artigo 5.º, n.º 1, *a contrario*, e artigo 16.º). Se, no horizonte em que nos movemos, o *punctum crucis* residiria na verificação do critério objectivo, a verdade é que o legislador solucionou o problema, ao prescrever, na alínea *b*) do n.º 6 do artigo 5.º do CCP, que, “quando estejam em causa os contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, [são aplicáveis] as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações”. Tratando-se de um preceito destinado a explicitar qual o regime aplicável à contratação excluída do âmbito de aplicação da Parte II do CCP pelos n.ºs 1 a 4 do artigo 5.º, o mesmo reconhece (pelo menos, implicitamente) que os contratos sobre o exercício de poderes públicos não cumprem os condicionalismos determinantes da respectiva submissão às normas da contratação pública³¹¹.

Subjacente ao juízo legislativo terá está estado a consideração de que visadas pelo CCP se encontram aquelas hipóteses em que a Administração se dirige ao mercado para contratualizar com os particulares a obtenção de uma determinada prestação

³⁰⁹ Cf., v. g., HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen...», cit., pp. 220 e ss., a propósito das exigências de validade colocadas aos instrumentos de autovinculação administrativa.

³¹⁰ Apesar da inequívoca tendência para o alargamento do âmbito objectivo de aplicação do regime da contratação pública à formação de qualquer contrato público, no sentido acolhido pelo n.º 2 do artigo 1.º do CCP – sobre esta questão, v. Rui MEDEIROS, «Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008, pp. 3 e ss., esp.^{te} pp. 7 e ss..

³¹¹ Esta ideia resulta ainda da própria noção europeia de «contrato público»: nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (in: *JOUE*, n.º L 134, 30.04.2004, pp. 114 e ss.), “«Contratos públicos» são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente directiva”.

(consubstanciada, por via de regra, em bens ou serviços), da qual necessita para prosseguir as suas actividades de interesse público. Desta perspectiva, a delimitação do âmbito da Parte II pressupõe que aí se enquadram todas as situações em que entre os particulares (os potenciais co-contratantes) em condições de oferecer os bens ou serviços se verifique uma concorrência; ou, sob outra óptica, integrar-se-ão na previsão legislativa todos aqueles contratos cujas prestações (pela sua natureza, características ou posição relativa das partes) suscitem entre os potenciais co-contratantes que as oferecem à Administração uma “competição” própria da concorrência de mercado. Escapam a esta lógica os contratos sobre o exercício de poderes públicos, em geral³¹², e os contratos sobre o exercício do poder regulamentar, em particular.

Tal não significa, porém, que os contratos sobre o exercício do poder regulamentar se possam furta, totalmente, às exigências da transparência e da concorrência³¹³. Para tal

³¹² Recusando a aplicação da Parte II do CCP aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, ainda que com uma argumentação não inteiramente idêntica à que propugnamos, v. Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., p. 359, n. 84.

Defendendo uma solução diversa, a propósito dos contratos de planeamento, cf. Jorge Alves CORREIA, *Contratos...*, cit., pp. 237 e ss., criticando a posição de Fernanda Paula OLIVEIRA, «Contratação...», cit., pp. 799 e ss., e *Contratos...*, cit., pp. 39 e ss., que sustenta estarem os contratos para planeamento afastados das regras gerais da contratação pública, constantes dos artigos 16.º e seguintes do CCP, embora com fundamentos não coincidentes com aqueles que sufragamos a propósito dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar.

Trata-se de um problema que só recebe solução se considerada a *especialidade* dos contratos para planeamento no contexto geral dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar. De facto, aqueles não constituem *apenas* contratos sobre o exercício do poder regulamentar, mas são mais do que isso (sobre a possibilidade de ampliação do objecto de um contrato que contenha cláusulas relativas ao exercício de poderes públicos, cf. HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., pp. 251 e ss.). A partir do momento em que se entenda que o conteúdo do clausulado de um contrato para planeamento envolve, para o co-contratante, as obrigações de apresentar um projecto de plano, de assegurar os encargos financeiros e elaborar os trabalhos, estudos e projectos necessários à elaboração, alteração ou revisão desse plano, bem como à respectiva aprovação (assim, Jorge Alves CORREIA, *Contratos...*, cit., p. 239; aludindo aos contratos para planeamento como atribuição aos privados da tarefa de elaboração do plano, v. Fernanda Paula OLIVEIRA, *Contratos...*, cit., pp. 55 e ss.), torna-se inegável que aqueles compreendem, além da prestação característica de um *Normsetzungsvertrag* (i.e., a emissão de um regulamento com determinado conteúdo), obrigações que se aproximam das devidas pelo co-contratante de contratos de prestação de serviços; ora, é precisamente esta última dimensão (e já não a primeira) que vai implicar a sujeição do contrato, *in toto*, à Parte II do CCP.

E com esta asserção também não estamos a incorrer no erro de transformar os contratos para planeamento em simples contratos de prestação de serviços (para o qual alerta Alexandra LEITÃO, «A Contratualização...», cit., p. 12), visto que a tal se opõe a específica contraprestação do contraente público – a *aprovação de um plano* com determinado conteúdo – e não o pagamento de um preço, como decorre da definição de «contrato de aquisição de serviços», constante do artigo 450.º do CCP.

³¹³ A este propósito, atente-se nas soluções *especiais* legalmente consagradas quanto aos contratos para planeamento. Assim, o artigo 6.º-A do RJIGT admite que os interessados apresentem à câmara municipal propostas de contratos que tenham por objecto a elaboração de um projecto de plano, a sua alteração e revisão (n.º 1); neste caso, as garantias de transparência, imparcialidade e participação ficam asseguradas pela precedência e fundamentação da deliberação camarária de que depende o procedimento de formação do contrato (n.º 4), pela divulgação dada a esta deliberação e às propostas de contrato, com o objectivo de permitir a formulação de sugestões e a apresentação de informações sobre quaisquer questões pertinentes ao procedimento de elaboração, alteração ou revisão do plano (n.º 5) e pela publicitação dos

concorre, aliás, o Direito Europeu da Contratação Pública. Por um lado, a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*³¹⁴ prevê que a importância revestida pelos contratos não abrangidos para as empresas do mercado interno exige “métodos abertos e concorrenciais de adjudicação”, com o objectivo de “atrair uma gama mais alargada de concorrentes potenciais para esses contratos e a obter propostas economicamente mais vantajosas”, eliminando a corrupção e o favoritismo; por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça vem sublinhando que a circunstância de determinados contratos se não encontrarem incluídos no âmbito das directivas dedicadas à contratação pública não exime as entidades adjudicantes do respeito pelos princípios constantes do Tratado – visto que a exclusão do âmbito de aplicação das directivas não equivale à exclusão do âmbito de aplicação do direito europeu –, em especial, no que concerne às liberdades de circulação e ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e à correlativa obrigação de transparência, garantia da abertura à concorrência³¹⁵.

Como princípio geral, deverá exigir-se, como condição (mínima) de validade (procedimental) dos contratos relativos a normas, que a entidade pública verifique, num

contratos juntamente com a deliberação que determina a elaboração do plano, acompanhando aqueles a proposta de plano no decurso do período de discussão pública (n.º 6). Por sua vez, o artigo 6.º-B do RJIGT refere-se às situações em que do regulamento do plano director municipal ou do plano de urbanização decorre já que a elaboração dos planos de urbanização ou dos planos de pormenor para a respectiva execução depende de procedimento concursal e da celebração de contrato. Nesta hipótese, no regulamento do plano director municipal ou do plano de urbanização encontrar-se-ão consignadas as normas relativas ao procedimento, ao conteúdo do contrato e respectiva execução.

³¹⁴ Comunicação 2006/C 179/02, in: *JOUE*, n.º C 179, 01.08.2006, pp. 2 e ss.. Repare-se, porém, que a citada *Comunicação interpretativa* não se refere directamente aos contratos sobre os quais nos debruçamos, dirigindo-se antes aos contratos de valor inferior aos limiares para aplicação das directivas relativas aos contratos públicos e aos contratos de serviços que, constando do anexo II B da Directiva 2004/18/CE e do anexo XVII B da Directiva 2004/17/CE, excedem os limiares para a aplicação destas directivas.

³¹⁵ Cf., v. g., Acórdão «Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG», de 07.12.2000, P. C-324/98, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-10745 e ss., n.ºs 60-62; Acórdão «Bent Moustén Vestergaard/Spøttrup Boligselskab», de 03.12.2001, P. C-59/00, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-9505 e ss., n.º 20; Acórdão «Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti», de 21.07.2005, P. C-231/03, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. I-7287 e ss., pontos 17 e ss.; Acórdão «Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa», de 20.10.2005, P. C-264/03, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. I-8831 e ss., pontos e s.; Acórdão «Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración General del Estado», de 18.12.2007, P. C-220/2006, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, pp. I-12175 e ss., pontos 71 e s..

Também a jurisprudência do Tribunal Geral tem reafirmado esta ideia: a propósito de um pedido de anulação da citada *Comunicação Interpretativa* da Comissão, aquela Instância reiterou que os contratos excluídos do âmbito de aplicação das directivas devem observar procedimentos públicos e transparentes – cf. Acórdão «República Federal da Alemanha/Comissão Europeia», de 20.05.2010, P. T-258/06 (sumário publicado in: *JOUE*, n.º C 179, 03.07.2010, pp. 32 e s.).

momento anterior à celebração do contrato, se se encontra em condições de emitir o regulamento a prometer, a implicar a realização de um conjunto de diligências instrutórias, entre as quais, quando a iniciativa parta do particular, a publicitação da deliberação de contratar e das propostas recebidas, bem como a audição dos interessados³¹⁶.

ii) Em termos materiais, a convocação dos princípios da prossecução do interesse público e da imparcialidade explica que a contratualização no plano do exercício do poder regulamentar não possa constituir um pretexto para conceder privilégios aos contratantes, com exclusão de outros particulares que possuam interesses idênticos, sob pena de esta forma densificada de participação redundar numa clientelização, acabando por prosseguir não o interesse público, mas certos interesses privados³¹⁷. De igual modo, estes contratos não podem funcionar como uma forma de comercialização do poder regulamentar, que permita à Administração exigir prestações (nomeadamente, pecuniárias) excessivas aos co-contratantes: a contraprestação do particular há-de, por isso, revelar-se proporcional e destinar-se a prosseguir os interesses públicos subjacentes à emissão do regulamento em causa³¹⁸.

A aferição da validade do contrato do ponto de vista do respectivo conteúdo exige a percepção de que aquele se assume como uma forma de antecipação (autovinculação) quer da decisão sobre o exercício do poder regulamentar, quer do respectivo conteúdo, consoante os casos³¹⁹. Sujeitos, em geral, aos princípios disciplinadores da actividade

³¹⁶ Porque se trata de contratos endoprocedimentais, a realização das diligências de participação neste momento poderá consumir a abertura a terceiros interessados do procedimento tendente à posterior emissão das normas regulamentares (resultante do princípio geral da participação na actividade administrativa e nos termos impostos por lei), só se impondo a sua repetição se se tivessem alterado os pressupostos (de facto e de direito) subjacentes às diligências anteriormente efectuadas. Assim, e tendo em consideração que o problema se perfila maior acuidade quando estão em causa regulamentos (os quais, *ex definitione*, afectam um número indeterminado ou indeterminável de destinatários) quanto aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., p. 362; v. também HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., pp. 302 e ss..

³¹⁷ Com uma argumentação similar, mas relativamente às «leis negociadas», cf. Gomes CANOTILHO, «Direito à Emissão...», cit., p. 293.

³¹⁸ No âmbito dos contratos sobre poderes públicos, a doutrina reporta-se à «comercialização de poderes de autoridade» (*Ausverkauf von Hoheitsrechten*), fazendo apelo à «proibição de acoplamento» (*Koppelungsverbot*), emergente do §56 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (cf., sucintamente, PITSCHAS, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2008, p. 1621; STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1972 e s.. Cf. também HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., pp. 338 e ss.. V. ainda M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Contratos...*, cit., p. 45, e, em geral, o disposto no artigo 281.º do CCP.

³¹⁹ Louvando-nos na distinção entre contratos que efectuam uma *disposição do exercício do poder discricionário* e contratos que representam o *exercício antecipado desse poder* – nos termos já

administrativa (e, desde logo, ao princípio da legalidade), os contratos sobre o exercício do poder regulamentar estão adstritos à observância do princípio da indisponibilidade do poder regulamentar, enquanto concretização do princípio da irrenunciabilidade e inalienabilidade das competências consagrado no artigo 29.º do CPA: encontrando-se a competência para emitir regulamentos legalmente prevista, não pode o contrato (ou uma cláusula contratual), sob pena de nulidade, restringir ou limitar o respectivo exercício, contendo qualquer cláusula que impeça o titular do poder normativo de emanar os regulamentos exigidos pela lei ou pelo interesse público.

Daí que, no contexto especial dos contratos para planeamento, o legislador se tenha preocupado em consagrar disposições destinadas a salvaguardar o exercício do poder de planeamento nos termos exigidos pela lei ou pelo interesse público e, por conseguinte, o respeito pelos princípios da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos poderes públicos (cf. artigo 6.º-A, n.ºs 2 e 3, do RJGT): por um lado, dispõe-se que a celebração dos contratos não pode prejudicar o exercício dos poderes municipais no que respeita ao procedimento, conteúdo, aprovação e execução do plano, determinando a necessária observância dos preceitos relativos à utilização do solo e dos instrumentos de gestão territorial a que o plano a que se reporta o contrato se encontra submetido; por outro lado, prescreve-se que o contrato, por si só, não possui a virtualidade de substituir o plano, razão por que as alterações normativas decorrentes das cláusulas contratuais apenas produzirão efeitos se e na medida em que ficarem consagradas no plano.

Constituirá também uma causa de invalidade do contrato a assunção do compromisso de emitir um regulamento inválido (v. g., porque o contraente público não tem poder regulamentar na matéria ou por o conteúdo do regulamento contratualmente previsto ser contrário à lei) – invalidade esta que corresponderá a uma nulidade, por se tratar de uma cláusula contratual com objecto juridicamente impossível (a emissão de um

dogmaticamente elaborados, entre nós, por Sérvulo CORREIA (*Legalidade...*, cit., pp. 749 e ss.) –, poderemos afirmar que estamos diante de instrumentos que corporizam um *exercício antecipado do poder regulamentar*. Ainda que, neste caso, a Administração se vincule, perante outra entidade (em regra, um particular), ao *an* ou ao *quomodo* do exercício do poder regulamentar, tal nunca poderá implicar uma disponibilização (total) da competência normativa, já que o contrato [assumindo, no caso, natureza obrigacional, mas não dispositiva (decisória) – continuamos a mobilizar a terminologia convocada por Sérvulo CORREIA, *Op. cit.*, p. 752] não produz os efeitos do regulamento; por outro lado, a sua celebração só deverá ocorrer quando o titular do poder regulamentar já disponha dos elementos (de direito e de facto) que lhe permitiriam exercer a sua competência normativa.

regulamento inválido), nos termos articulados da primeira parte do n.º 2 do artigo 284.º do CCP e da alínea c) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA³²⁰.

Do igual modo, uma modificação superveniente do sistema jurídico (v. g., uma alteração legislativa) poderá tornar inválidas as acordadas disposições a incluir no regulamento, o que impediria a sua adopção: nestas hipóteses, está em causa a emergência (posterior à celebração do contrato) de causas de invalidade do regulamento e, por conseguinte, a invalidade (nulidade) superveniente da cláusula contratual que previa o exercício do poder regulamentar em determinado sentido³²¹.

β) A validade do contrato não constitui a única condição para que o contrato sobre o exercício do poder regulamentar se configure como parâmetro de vinculação das correspectivas normas regulamentares; torna-se igualmente imprescindível que as cláusulas contratuais ainda se encontrem a produzir efeitos. Os contratos sobre o exercício do poder regulamentar não estão imunes (i) à alteração dos pressupostos de facto em que se fundaram a decisão de contratar e o conteúdo contratual, (ii) e à modificação do equilíbrio (mercê da emergência de necessidades novas) ou reponderação dos interesses envolvidos³²². Como demonstra a simples enunciação destas hipóteses, a autovinculação

³²⁰ Nos casos de invalidade do contrato sobre o exercício de poderes públicos, a doutrina questiona a eventual existência de responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*), como forma de tutela da confiança e da boa fé do co-contratante. Cf., por todos, HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., pp. 217 e ss., esp.^{le} pp. 222 e ss..

³²¹ Claro está que a equação dos problemas da invalidade superveniente se revela mais complexa do que, *prima facie*, se poderia julgar, visto que entram aqui em linha de conta as delicadas questões relacionadas com a aplicação das normas jurídicas no tempo: a invalidade superveniente apenas se verificará quando a alteração se aplique aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor. As dificuldades avolumam-se quando se atenta na dualidade de hipóteses que, neste quadro, podem emergir, consoante a entrada em vigor das novas normas ocorra em momento anterior ou posterior àquele em que o regulamento prometido deveria ter sido emanado. Sobre esta temática, cf., a propósito das promessas administrativas, Tabora da GAMA, *Promessas...*, cit., pp. 200 e ss.. V. também Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 753. Cf. ainda, a propósito dos actos administrativos (em especial, actos autorizativos), Carla Amado GOMES, «Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Actos Administrativos... Contributo para a Construção de um Regime de Modificação do Acto Administrativo por Alteração Superveniente dos Pressupostos», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 258 e s., e *Risco...*, cit., pp. 734 e s.; Filipa Urbano CALVÃO, «Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, p. 39.

³²² Nem sempre a verificação destas hipóteses comportará consequências tão drásticas que importem a cessação dos efeitos do contrato, podendo haver lugar, quando preenchidos os respectivos pressupostos, à modificação do contrato por alteração das circunstâncias [artigos 312.º, alínea a), 313.º, em especial, n.º 3, 314.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, do CCP] ou à modificação unilateral do contrato por razões de interesse público [artigos 311.º, n.º 2, 312.º, alínea b), 313.º, e 314.º, n.º 1, alínea b), do CCP]. V. ainda João Teixeira FREIRE, «A Contratualização...», cit., p. 432, que salienta consubstanciar o exercício do *ius variandi* o elemento indispensável para assegurar uma não disposição de poderes públicos inalienáveis por parte da Administração contratante.

(*Selbstbindung*) operada por estes contratos não pode pôr em causa a «autolibertação» (*Selbstfreierung*)³²³, verificado que esteja determinado circunstancialismo.

(i) A temática da caducidade dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar representa uma confluência equilibrada entre a contratualização da competência normativa e a indisponibilidade do poder regulamentar. O n.º 2 do artigo 337.º do CCP prevê, em geral, a propósito dos contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou a não praticar, um acto administrativo com certo conteúdo, que aqueles se extinguem, por caducidade, por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado. Trata-se de um preceito aplicável, *mutatis mutandis*, também às hipóteses em que, por contrato, a Administração se vincula a emitir um regulamento (ou um regulamento com um certo conteúdo), o qual consubstancia, da mesma forma, o exercício de um poder público de autoridade, embora através de um acto dotado de generalidade e abstracção.

Não constitui, porém, tarefa fácil a interpretação da mencionada norma. O teor do preceito parece apontar no sentido de que os contratos sobre o exercício de poderes públicos se encontram sujeitos a uma condição resolutiva implícita, similar a uma cláusula *rebus sic stantibus*, que submete a eficácia daqueles à não alteração da situação de facto, existente à data da celebração do contrato, alteração esta insusceptível de previsão ou antecipação pelo contraente público³²⁴. A caducidade depende, pois, de uma qualquer alteração da situação pressuposta pela Administração quando se obrigou. Dizendo de outra forma, somente estaremos diante de uma situação de caducidade nas hipóteses de alteração dos pressupostos factuais existentes à data da celebração do contrato³²⁵.

³²³ A expressão deve-se a SCHOLLER, «Selbstbindung und Selbstfreierung der Verwaltung», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1968, p. 409. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS (*Direito...*, tomo I, cit., p. 199) preferem a tradução «autodesvinculação».

³²⁴ Assim, Sérvulo CORREIA/M. Aroso de ALMEIDA, *Parecer*, inédito, 2004, *apud* João Teixeira FREIRE, «A Contratualização...», cit., p. 433.

³²⁵ Cf. também, a propósito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 753 (considerando que tal compromisso é assumido “sob reserva de manutenção da *facti species* considerada”); Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 856; Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., p. 346, e *Cláusulas...*, cit., p. 426.

Aliás, como sublinha SALA («Accordi...», cit., p. 241), mesmo quando o princípio *pacta sunt servanda* é oponível à Administração (*maxime*, em matéria de contratualização da discricionariedade), tal só sucede *rebus sic stantibus, i. e.*, na “constância da valoração que a Administração fez da situação concreta”. Cf. também HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., pp. 321 e ss., esp.¹⁶ p. 323.

A prescrição constante do n.º 2 do artigo 337.º do CCP possui, assim, a virtualidade de subtrair os contratos sobre o exercício de poderes públicos ao preenchimento dos pressupostos exigentes³²⁶ do regime geral da alteração de circunstâncias aplicável aos demais contratos administrativos. Recorde-se que quer a modificação, quer a resolução por alteração das circunstâncias requerem, além da verificação de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, que a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato [cf. artigos 312.º, alínea *a*), e 315.º, n.º 1, do CCP]. A caducidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos em caso de alteração de circunstâncias prescinde do carácter anormal de tal alteração, bem como da determinação do grau de afectação da boa fé e da apreciação da sua cobertura eventual pelos riscos próprios do contrato.

Embora o legislador não especifique, parece-nos que o princípio da segurança jurídica exigirá que o contraente comunique ao co-contratante a caducidade por alteração das circunstâncias, constituindo tal comunicação um elemento determinante para permitir ao co-contratante o conhecimento dos concretos pressupostos factuais cuja modificação conduziu à cessação da eficácia do contrato. Esta declaração assume, contudo, natureza meramente negocial³²⁷, não ficando a cessação da eficácia do contrato dependente da declaração de caducidade emitida pelo contraente público.

A doutrina acrescenta ainda como limite à subsistência deste tipo contratual a manutenção dos pressupostos de direito [cf. Pedro GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., p. 99; v. também M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Contratos...*, cit., p. 44, que aludem aos contratos com efeitos promissórios como “contratos celebrados sob reserva de *alteração do regime normativo aplicável* e das circunstâncias em que assentam” (itálico nosso)]. Todavia, na medida em que a alteração dos pressupostos de direito implique a impossibilidade da emissão do regulamento nos termos prometidos (por contrariedade ao direito), determinará a invalidade superveniente do contrato, nos termos apontados, e não a sua caducidade.

Sobre este problema, no contexto dos «contratos para planeamento», cf. Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES, «O Papel...», cit., p. 77, que consideram estarem tais contratos sujeitos a uma condição suspensiva corporizada na entrada em vigor do plano que consagre os compromissos assumidos pelos contratantes (cf. também Dulce LOPES, «Plano...», cit., p. 23). Note-se, porém, que, em rigor, e como decorre do texto, a eficácia do contrato não se encontra dependente da entrada em vigor do regulamento (ou do plano) que contemple as opções previstas no contrato: relativamente aos contratos que versam sobre o conteúdo dos regulamentos, a entrada em vigor de normas compatíveis com o acordado não significa o desencadeamento dos efeitos a que tende o contrato, mas antes o cumprimento de obrigações eficazes. Outro entendimento implicaria que as obrigações assumidas pela Administração só seriam eficazes... quando cumpridas.

³²⁶ Repare-se que HUERGO LORA (*Los Contratos...*, cit., p. 325, n. 45) rejeita a transposição da cláusula *rebus sic stantibus* para explicar as possibilidades de desvinculação da Administração no âmbito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, justamente porque o funcionamento daquela cláusula pressupõe a superveniência de circunstâncias excepcionais.

³²⁷ É esta a opinião (declaração unilateral receptícia) perfilhada por M. Aroso de ALMEIDA («Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Novembro/Dezembro 2007, p. 15), no âmbito da resolução do contrato por alteração das circunstâncias promovida pelo contraente público.

A caducidade do contrato nos casos avançados não deixa o co-contratante necessariamente desprotegido em face da extinção dos efeitos daquele. Pelo contrário, do contrato emerge um *direito* do co-contratante à emissão do regulamento, de molde que, quando a caducidade por alteração das circunstâncias seja imputável ao contraente público, origina, na esfera jurídica do co-contratante, um direito a uma indemnização pelos prejuízos resultantes da não adopção das normas regulamentares ou pela não adopção de normas com certo conteúdo, nos termos do n.º 2 do artigo 335.º do CCP³²⁸. Nesta hipótese, e por força da remissão, operada por aquela norma, para o n.º 2 do artigo 334.º do CCP, o *quantum indemniseatur* corresponderá aos danos emergentes e aos lucros cessantes (devendo, quanto a estes, ser deduzido o benefício que resulte de antecipação dos ganhos previstos) e destinar-se-á a colocar o co-contratante na situação em que se encontraria caso não houvesse celebrado qualquer contrato com a Administração.

(ii) A estabilidade e a produção de efeitos dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar também poderá ser afectada por causas determinantes da resolução unilateral por razões de interesse público. Devem considerar-se compreendidos neste domínio os casos em que a Administração, durante a execução do contrato, avalia a melhor forma de alcançar a prossecução dos interesses públicos a cuja prossecução se encontra adstrito na emanação das normas regulamentares em causa e conclui que a emissão do regulamento nos termos prometidos não se coaduna com o interesse público actual, quer por terem ocorrido «alterações *supervenientes* do interesse público» (*sopravvenuti mutamenti dell'interesse pubblico*³²⁹), quer por se tratar do conhecimento *superveniente* de razões de

Ainda que se entenda que, em geral, a resolução do contrato nestes termos não pode ocorrer por mera declaração do contraente público ao co-contratante, mas carece de decisão judicial ou arbitral (ou mesmo do acordo das partes) – assim, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de Matos, *Contratos...*, cit., p. 155 –, dever-se-á defender que o regime emergente do n.º 2 do artigo 337.º aponta numa direcção diversa, bastando a verificação da “alteração ou impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado” para desencadear o efeito caducante, sem prejuízo de a segurança jurídica postular a necessidade de declaração à contraparte.

³²⁸ Não se estranhe a invocação deste preceito, depois de havermos descartado a aplicação aos contratos sobre o exercício dos poderes públicos dos *pressupostos* do regime geral da resolução por alteração das circunstâncias. Como decorre da própria formulação, entendemos que o n.º 2 do artigo 337.º do CCP se destina a facilitar a repercussão na eficácia do contrato da alteração dos pressupostos factuais que basearam a decisão e o conteúdo contratuais, sem que tal impeça a mobilização das consequências daquele regime dirigidas à protecção da boa fé do co-contratante perante uma modificação (já por si, amplamente admitida) imputável ao contraente público e causadora de prejuízos (acentuando a importância da operatividade do princípio da boa fé no âmbito das relações entre contrato e exercício de poderes públicos, cf. SALA, «Accordi...», cit., pp. 235 e s.).

³²⁹ Utilizando esta expressão, a propósito do alcance da cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos sobre o exercício de poderes públicos e do poder de rescisão unilateral, cf. SALA, «Accordi...», cit., pp. 241 e

interesse público contemporâneas da celebração do contrato³³⁰. Por outro lado, e ainda que não se tenha verificado a superveniência (ou o conhecimento superveniente) de qualquer necessidade nova, encontram-se submetidos ao mesmo regime os casos em que o contraente público efectua uma *reponderação*, que determinará a não emissão de qualquer regulamento ou a aprovação de um regulamento diverso daquele a que se havia vinculado³³¹.

Nestas hipóteses, pode o contraente público recorrer ao instituto da resolução por razões de interesse público, nos termos do artigo 334.º do CCP. Tal implica uma tutela do co-contratante, corporizada no pagamento de uma indemnização pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes, deduzido, quanto a estes, o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.

A ampliação das hipóteses do funcionamento da doutrina da alteração das circunstâncias (decorrente do aligeiramento dos pressupostos da respectiva relevância) traz como contraface a redução do âmbito da resolução por razões de interesse público. Nas hipóteses em que o surgimento de novas necessidades decorra da alteração superveniente dos pressupostos de facto subjacentes ao contrato (alteração esta que, como vimos, não tem de se revelar anormal ou de extravasar o âmbito dos riscos próprios do contrato), o instituto a convocar reconduzir-se-á ao da caducidade, nos termos do n.º 2 do artigo 337.º, e não ao da resolução por razões de interesse público. Com uma consequência primordial: ao contrário da resolução por razões de interesse público – que confere sempre ao co-contratante o direito a uma indemnização –, a caducidade só atribui direitos indemnizatórios quando a alteração dos pressupostos de facto seja imputável ao co-contratante.

ss. (242), em consonância com a posição segundo a qual a disponibilidade do interesse público por via contratual tem sempre como limite a conformidade ou a compatibilidade com o interesse público legalmente definido e conformado no procedimento administrativo dirigido à emissão do *atto amministrativo* sobre o qual incide o contrato (*Op. cit.*, p. 233).

³³⁰ Versando sobre o problema na óptica da possibilidade de a Administração não cumprir o acordo por força da oposição deduzida por outros interessados no contexto do procedimento de formação dos planos, João MIRANDA, *A Dinâmica...*, cit., p. 141.

³³¹ Note-se que a segunda parte da alínea *b*) do artigo 312.º acolhe expressamente a modificação do contrato, em virtude de uma *nova* ponderação das circunstâncias *existentes*, e o n.º 1 do artigo 334.º não restringe temporalmente (*i.e.*, circunscrevendo à superveniência, face à celebração do contrato) as razões de interesse público fundamentadoras da resolução. Parece inclinar-se também neste sentido Carla Amado GOMES, «A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 531 e 535.

Diversamente, advogando que estas modificação e resolução se reportam a mutações de interesse público verificadas *em momento posterior à celebração do contrato*, cf. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Contratos...*, cit., pp. 143 e 149, que criticam a própria formulação da alínea *b*) do artigo 312.º.

IV. A afirmação que, quando o contrato sobre o exercício do poder regulamentar reúna as apontadas condições de validade e eficácia, constitui parâmetro de vinculação dos regulamentos adoptados em cumprimento das respectivas cláusulas contratuais, implica que formulemos a seguinte questão: *quid iuris*, se a Administração emite um regulamento incompatível com aquele a que se tinha contratualmente comprometido a emanar? Padecerá tal regulamento de uma invalidade?

A resposta a esta pergunta carece de duas considerações preliminares.

Primo, o problema da incompatibilidade entre um regulamento emitido e o contrato que prevê a respectiva emissão não emerge perante todos os contratos sobre o exercício do poder regulamentar, mas apenas no âmbito daqueles em que o contraente público se vincula a adoptar um regulamento com determinado conteúdo. Nos demais (em que a Administração se obriga a emitir um regulamento sobre determinada matéria), a questão que se coloca reside antes em saber quais as consequências jurídicas associadas à pura omissão do exercício do poder regulamentar ou à recusa de emissão do regulamento prometido³³².

Secundo, e como decorre das considerações tecidas no ponto anterior, não é qualquer situação de incompatibilidade entre o regulamento aprovado e aquele que a Administração se havia vinculado a emitir que se revelará susceptível de gerar o problema da aferição da invalidade de tal regulamento. Com efeito, e epitomando as considerações tecidas, encontram-se excluídos desta hipótese os casos em que:

a) o contrato se encontra ferido de *invalidade originária*, por prever a emissão de um regulamento inválido;

b) o contrato está afectado por uma *invalidade superveniente*, resultante de uma modificação do ordenamento que tornou inválido o regulamento contratualmente prometido;

c) o contrato *caducou* por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade regulamentar no sentido convencionado, nos termos do n.º 2 do artigo 337.º;

³³² As questões mais prementes a ponderar neste momento consistiriam em aquilatar da possibilidade de reacção judicial contra tal omissão, designadamente através da declaração de ilegalidade por omissão de normas administrativas. Sobre a admissibilidade da mobilização deste meio processual como forma de agir jurisdicionalmente contra a não emissão do regulamento contratualmente devido, cf., *infra*, em nota.

d) o contrato foi *resolvido por razões de interesse público*, em virtude quer da emergência de necessidades novas, quer de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

A exclusão destas hipóteses³³³ permite qualificar como incumprimento contratual (imputável ao contraente público) aquelas em que se verifica a emissão de um regulamento incompatível com o contrato, com todas as consequências que origina, designadamente no plano indemnizatório, a título de responsabilidade contratual³³⁴. Resta saber se a este incumprimento se pode ainda adicionar a *invalidade* do regulamento assim emanado.

A já acentuada compreensão do contrato, na esteira de Castanheira Neves, como «juridicidade concreta e concretamente constituída» parece apontar em sentido afirmativo; esta ideia do contrato como «fonte de direito» parece surgir confirmada pelo artigo 279.º do CCP, quando concebe o contrato (conforme com a Constituição e a lei) como determinante do regime aplicável à relação contratual³³⁵. No que respeita à emissão do

³³³ Embora procuremos efectuar uma distinção nítida entre estas situações e aquelas, que analisaremos em texto, em que, não se verificando uma situação de invalidade das cláusulas que constringiam à adopção de um regulamento com determinado conteúdo, não ocorrendo uma causa de caducidade, nem tendo o contraente promovido a resolução do contrato por razões de interesse público, a Administração adopta um regulamento incompatível com o contrato, na prática, as situações podem revelar-se de difícil autonomização. Assim acontecerá, se se admitir, nos termos gerais, que a emissão de um regulamento naqueles termos constitua uma *resolução tácita* do contrato (sobre o conceito de acto tácito, cf. Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 310). É certo que a não emissão de um regulamento em conformidade com o prometido numa cláusula contratual deve gerar sempre uma obrigação acrescida de fundamentação, através da qual o órgão competente justifique o motivo pelo qual se aparta da conduta contratualmente assumida (neste sentido, no âmbito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., pp. 200 e ss., aludindo ao dever de motivar o acto *comparativamente*, de molde a demonstrar, nos casos que o Autor concebe como incumprimento – concepção da qual nos apartamos –, que o acto adoptado é mais adequado à prossecução do interesse público que o contratualmente prometido; a ausência desta fundamentação conduz à invalidade do acto). Todavia, constitui esta uma problemática comum a todos os actos tácitos.

³³⁴ Nos termos do artigo 798.º do Código Civil (subsidiariamente aplicável por força do n.º 3 do artigo 280.º do CCP), o devedor culposo responde pelos prejuízos causados ao credor, prejuízos esses que correspondem ao interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento. A indemnização destina-se, por conseguinte, a colocar o credor (*in casu*, o co-contratante) na situação (patrimonial) em que se encontraria se o contrato houvesse sido pontualmente cumprido, tendo por objectivo a reparação dos prejuízos (danos emergentes e lucros cessantes) efectivamente sofridos pelo co-contratante. Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 93; sobre a noção de interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento, v. Paulo Mota PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 871 e ss.. Sobre a responsabilidade civil como consequência do incumprimento do contrato administrativo, cf. Pedro GONÇALVES, «Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 599, embora o Autor se debruce sobre a questão apenas na perspectiva do incumprimento por facto imputável ao co-contratante, consonante com a perspectiva do regime delineado pelo CCP, que leva pressuposto o modelo do contrato de colaboração (onde, por via de regra, a prestação do contraente público reveste natureza pecuniária).

³³⁵ Assim, já Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., p. 368.

regulamento em causa, o contrato sobre o exercício do poder regulamentar assume uma função equivalente aos demais parâmetros de vinculação: de entre os vários níveis regulativos aplicáveis à específica tarefa de produção normativa contemplada no contrato (e, por conseguinte, a execução de uma prestação contratual), o conteúdo do clausulado (na medida em que corporiza uma “normatividade particular que se manifesta na vida social”) ocupa a primeira posição na identificação da disciplina jurídica aplicável³³⁶. Ora, os conceitos de validade/invalidade exprimem uma relação de desvalor, resultante da divergência entre um acto e os parâmetros que, em função do interesse público, o disciplinam, impedindo a produção (ou, pelo menos, a produção estável) dos efeitos jurídicos deste último³³⁷.

Não é estranha ao nosso ordenamento jurídico a previsão de uma invalidade por violação de um contrato administrativo. Na lição de Marcello Caetano³³⁸, considerava-se ferido pelo vício de «violação de lei» o acto administrativo que contrariasse as normas jurídicas com as quais se deveria conformar, normas essas que poderiam constar de lei formal, de regulamento ou de “contrato administrativo pelo qual a Administração se haja vinculado para com a outra parte”. Neste sentido, o n.º 1.º do artigo 15.º da *Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo* (Decreto-Lei n.º 40768, de 8 de Setembro de 1956) aludia expressamente à competência da secção do contencioso administrativo do STA para o conhecimento dos recursos das decisões e deliberações, quando arguidas, *inter alia*, de violação de lei, regulamento ou *contrato administrativo*.

A perspectiva que erige o contrato sobre o exercício do poder regulamentar em padrão de validade do regulamento não põe em causa a indisponibilidade do poder regulamentar, nem o torna refém do acordo com os particulares. Com efeito, as premissas do raciocínio consistem precisamente na manutenção dos pressupostos de facto e de direito, bem como do equilíbrio ou da ponderação dos interesses públicos que existiam ao

³³⁶ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, «O Problema da Integração das Lacunas Contratuais à Luz de Considerações de Carácter Metodológico – Algumas Reflexões», in: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 370 e 372.

Daí que, no contexto dos actos administrativos contratualmente devidos, Pedro GONÇALVES (*O Contrato...*, cit., p. 166) admita expressamente que, em sede de acção administrativa especial, se ataque a validade de um acto administrativo de conteúdo diferente daquele a que a Administração, por contrato, se tinha vinculado a praticar («acto administrativo contrário ao contrato»). Propugnando também no sentido da invalidade do acto administrativo praticado em termos diversos dos contratualmente acordados, v. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 861.

³³⁷ Cf., v. g., a noção de validade do acto administrativo desenvolvida por Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., p. 581.

³³⁸ Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 501.

tempo da celebração do contrato, bem como na abertura à possibilidade da resolução do contrato em caso de reponderação das circunstâncias e dos interesses existentes no momento da respectiva execução. O incumprimento do clausulado contratual válido, conducente à emissão de um regulamento com ele incompatível, e a invalidade normativa daí resultante constituem a *ultima ratio*, a mobilizar tão-só quando qualquer das demais soluções se revela inviável – seja porque não se verificou qualquer alteração determinante da caducidade, seja porque à decisão da Administração de aprovar o regulamento com aquele conteúdo não presidiu qualquer necessidade de revisão da ponderação de interesses anteriormente efectuada³³⁹.

³³⁹ Esta solução envolve, porém, questões delicadíssimas, da perspectiva da justiciabilidade: por um lado, a identificação do meio processual dirigido à declaração de invalidade do regulamento; por outro lado, a avaliação da admissibilidade de o co-contratante exigir judicialmente o cumprimento contratual, *i.e.*, a emissão do regulamento em conformidade com o previsto no contrato.

No que tange à primeira hipótese, inclinamo-nos no sentido de admitir a acção administrativa especial de declaração de ilegalidade de norma: não obstante a não emissão do regulamento nos termos contratualmente prometidos configurar um incumprimento do contrato e de a invalidade regulamentar não consubstanciar, em rigor, uma *ilegalidade (stricto sensu)*, as especificidades que reveste a avaliação da validade regulamentar implica a adopção do meio processual especialmente dirigido à determinação da invalidade das actuações públicas de autoridade, em geral, e das normas administrativas, em especial.

Quanto à segunda questão, propendemos para aceitar a possibilidade de condenação judicial da emissão do regulamento nos termos prometidos. Como decorre das observações referidas no texto, o sucesso da pretensão depende, obviamente, da verificação de uma autêntica situação de incumprimento (e não de caducidade, invalidade, modificação ou resolução contratuais). Trata-se, aliás, de uma solução congruente com a defendida pela doutrina relativamente aos actos contratualmente devidos (cf., admitindo a condenação à prática destes actos, Pedro GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., pp. 166 e ss.; Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 232; M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 413, anotação III ao artigo 66.º; Filipa CALVÃO, «Contratos...», cit., p. 368), à qual se não pode opor o princípio da indisponibilidade dos poderes públicos, visto que as exigências de sentido por este polarizadas já se encontram acolhidas no conjunto de pressupostos colocados à celebração dos contratos sobre o exercício de poderes públicos e à determinação das hipóteses de incumprimento. No que tange ao meio processual aplicável a esta hipótese, parece-nos de mobilizar a declaração de ilegalidade por omissão, que prefere sobre a acção administrativa comum relativa ao incumprimento, dada a especificidade da prestação devida pelo contraente público (idêntica solução se vem propugnando relativamente aos actos contratualmente devidos – cf. as últ. obras citadas; diversamente, v. M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Código...*, p. 438, comentário 2 ao artigo 66.º). Não ignoramos, porém, que se trata de uma opção rodeada de algumas dificuldades, desde logo, em virtude de o artigo 77.º do CPTA circunscrever literalmente o respectivo âmbito à “omissão de normas cuja adopção (...) seja *necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação*” – preceito este que encerra uma limitação face ao que consta da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 46.º do CPTA, que prevê a dedução por acção administrativa especial dos pedidos de “declaração de ilegalidade da não emanação de uma *norma que devesse ter sido emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo*”, formulação que envolveria também a possibilidade de declaração de ilegalidade por omissão de normas contratualmente devidas. Colocando a questão de forma duvidosa, perante a possibilidade de recorrer ao artigo 77.º para reagir contra a recusa da emissão de regulamento de acordo com os termos previstos no contrato, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 273, anotação XVI ao artigo 37.º; Mário Lemos PINTO, *Impugnação...*, cit., pp. 255 e s..

2.6.2. A vinculação do regulamento ao acto administrativo

Existe um nítido cruzamento entre os regimes de vinculação do regulamento ao acto administrativo e ao contrato administrativo; o facto de serem mais frequentes os contratos que contêm com o exercício do poder regulamentar justifica que, neste momento, nos refiramos sumariamente aos casos de vinculação do regulamento ao acto, remetendo, em certos aspectos, para as considerações tecidas a propósito da vinculação do regulamento ao contrato. O propósito deste ponto reside, pois, em singularizar as particularidades que reveste a vinculação do regulamento ao acto administrativo face à que caracteriza a vinculação do regulamento ao contrato administrativo.

Também agora importa destringir entre *actos administrativos de delegação do poder regulamentar* e *promessas unilaterais de regulamento*: os primeiros reportam-se às hipóteses em que, por acto administrativo, se verificou uma delegação do poder regulamentar numa entidade privada, assumindo-se aquele como co-fundamento do regulamento administrativo (cf., *supra*, Parte I, 2.2., III); os segundos identificam os casos em que, por acto administrativo, a Administração se comprometeu a emanar (ou não) um regulamento ou a emitir um regulamento com determinado conteúdo³⁴⁰.

As especificidades revestidas registam-se, sobretudo, quanto às promessas unilaterais de regulamentos, não havendo diferenças significativas a assinalar quanto ao regime dos actos administrativos de delegação do poder regulamentar, que observam, como os contratos congéneres, as regras sobre delegação de poderes públicos em entidades privadas – pelo que, no caso de as normas emanadas pela entidade delegatária não observarem os requisitos constantes do acto de delegação, considera-se que as mesmas não constituem um regulamento administrativo.

Relativamente às promessas unilaterais de regulamentos, os problemas mais acutilantes contêm com a consistência da promessa e, como tal, com a assunção do carácter de parâmetro de vinculação dos regulamentos. Uma vez admitida a susceptibilidade de autovinculação administrativa³⁴¹ quanto ao exercício do poder regulamentar, sublinhámos no ponto anterior que esta característica dependia do preenchimento de um conjunto de condições de validade e eficácia da actuação

³⁴⁰ Aludindo também a promessas de regulamentos, cf. J. Tabora da GAMA, *Promessas...*, cit., p. 28; o Autor (*Op. cit.*, p. 32) identifica um caso concreto (objecto de parecer por A. Salgado de Matos e Sofia Galvão), em que uma assembleia municipal prometeu a um particular a alteração do uso do solo contemplado num plano director municipal, mediante a aprovação de um plano de pormenor.

³⁴¹ De acordo com MAUNZ («Selbstbindungen...», cit., p. 501), as promessas constituem uma forma *pura* de autovinculação (*echte Selbstbindung*).

autovinculadora. Se, no que tange às condições de validade, podem transpor-se, *mutatis mutandis*, as observações tecidas (com adaptações mais relevantes apenas quanto à fundamentação da participação dos particulares), maior delicadeza reveste a determinação das hipóteses de extinção por alteração das circunstâncias ou com fundamento em interesse público e, por via negativa, das situações de verdadeiro incumprimento da promessa, concretizado na emissão de um regulamento (inválido): é que – recordemos – a invalidade de um regulamento por violação de uma actuação autovinculativa anterior só se verifica quando, perante a promessa de um regulamento válido, e caso não tenha ocorrido qualquer modificação do sistema jurídico determinante da invalidade do regulamento prometido³⁴², nem qualquer alteração (ou conhecimento superveniente) dos pressupostos fácticos que fundaram a promessa, a Administração emana um regulamento diferente, sem que para tal concorra ainda uma fundamentação alicerçada na reponderação dos interesses públicos. Trata-se de uma problemática cuja resolução implica que se equacionem três vectores: o carácter constitutivo de direitos próprio das promessas de regulamento, a especialidade do regime da caducidade face ao da revogação e a disciplina jurídica desta última.

Na teoria do acto, a alteração dos pressupostos de facto que conduz à redefinição administrativa do equilíbrio de interesses públicos abre caminho à revogação do acto administrativo, nos termos do artigo 140.º do CPA, o qual, como é sabido, dificulta a revogação dos actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos. Ora, a promessa unilateral de regulamento integra-se nesta última categoria de actos: embora não crie na esfera jurídica do destinatário o efeito que resultará da emissão do regulamento, a promessa unilateral de regulamento confere ao promissário o direito à emissão do regulamento devido, se e enquanto a promessa se mantiver vigente (válida e eficaz) no ordenamento jurídico³⁴³. Significará isso que, em termos opostos aos que modelam o regime dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar, a Administração estará sempre vinculada à emissão do regulamento nos termos prometidos por acto administrativo, ainda quando se alterem os pressupostos da decisão de prometer?

³⁴² Valem aqui as observações já assinaladas sobre as dificuldades inerentes à identificação das autênticas hipóteses de invalidade superveniente – cf. o ponto anterior, em nota.

³⁴³ Também Taborda da GAMA (*Promessas...*, cit., pp. 183 e s.) qualifica como acto constitutivo de direitos (ou, pelo menos, de interesses legalmente protegidos) a promessa de acto administrativo (cf. também *Op. cit.*, p. 181). Sobre a noção de acto constitutivo de direitos, cf. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 442; J. Robin de ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 116 e ss..

Mesmo abstraindo de outros aprofundamentos dogmáticos, com facilidade se intuiria que a resposta haveria de ser negativa. Com efeito, a vinculação da Administração ao prometido (de forma bilateral ou unilateral) – tal como, em geral, a subordinação a todas as formas de autovinculação administrativa – serve fundamentalmente a tutela da confiança e da boa fé (do outro contraente ou do destinatário do acto). Assim, e embora o CPA não contenha, a propósito da subsistência das promessas administrativas, uma disposição similar ao artigo 337.º do CCP, deverá entender-se que, perante uma modificação superveniente dos pressupostos de facto ou o conhecimento superveniente de circunstâncias que determinariam a emissão de um regulamento em termos diversos dos constantes da promessa, esta caduca. Trata-se de uma solução que, no mínimo, resulta de uma mobilização analógica do artigo 337.º do CCP às promessas unilaterais de actos de autoridade (correspondentes ao exercício de poderes públicos), e que surge ainda suportada pelo princípio da indisponibilidade dos poderes públicos. Se a “necessidade de actualização da regulação concreta das relações jurídicas administrativas” se verifica já relativamente aos demais actos administrativos, reclamando um regime que permita uma maior flexibilização da actuação administrativa³⁴⁴, esta realidade aprofunda-se quando em causa estão promessas unilaterais. Deve entender-se que as promessas unilaterais de regulamentos se encontram (implicitamente) subordinadas à condição suspensiva de inalterabilidade dos pressupostos que a determinaram, em vista de um determinado equilíbrio de interesses, similar a uma cláusula (condição) *rebus sic stantibus*, que age, portanto, independentemente do funcionamento do regime (e das restrições) da revogação de actos válidos³⁴⁵ e cuja operatividade não depende de qualquer actuação administrativa, sem prejuízo da possibilidade de a Administração, por razões de segurança jurídica, a

³⁴⁴ V. Filipa CALVÃO, *Cláusulas...*, cit., pp. 26 e ss., a propósito das cláusulas acessórias como instrumentos para responder às mutações da realidade (preferindo esta solução às tentativas de encontrar disposições implícitas de salvaguarda de alteração das circunstâncias, mas versando sobre os actos administrativos, em geral, e não sobre promessas administrativas).

³⁴⁵ Cf. também Carla Amado GOMES, «Mudam-se os Tempos...», cit., pp. 244 e s., e *Risco...*, cit., pp. 722 e s., e 729, embora a Autora assimile a caducidade à nulidade por impossibilidade de objecto.

O afastamento, nestas hipóteses, da figura da revogação e a assimilação à caducidade possui um impacto determinante quanto à indemnizabilidade dos danos advenientes, para o destinatário, da cessação dos efeitos da promessa de regulamento: em princípio, a caducidade não gera o direito a uma indemnização, porque opera em resultado do funcionamento de uma cláusula *rebus sic stantibus* que se há-de considerar implícita neste tipo de actos; posição oposta se deverá seguir nos casos de revogação, como veremos. Neste sentido, a propósito das promessas de acto administrativo e a diferenciação da cláusula *rebus sic stantibus* face à revogação, no que tange aos direitos indemnizatórios consagrados no n.º 6 do §49 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cf. STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 1196.

declarar³⁴⁶. Trata-se, aliás, de uma solução próxima da consagrada n.º 3 do §38 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, a propósito das promessas (*Zusicherungen*) de actos administrativos: aquela norma considera a Administração desvinculada desde que tenha ocorrido uma alteração dos pressupostos de facto (e de direito³⁴⁷), alteração essa que, se tivesse sido do conhecimento do órgão, haveria determinado que este não efectuasse a promessa ou não a pudesse validamente efectuar³⁴⁸. Em suma, perante uma alteração das circunstâncias, a promessa não se encontra submetida ao regime da revogação, mas caduca, o que, face ao regime geral dos actos administrativos, constitui um aligeiramento das hipóteses de desvinculação³⁴⁹.

As dificuldades acumulam-se quando, não se encontrando preenchidos os requisitos da caducidade e perante uma promessa válida, surgem novas necessidades («superveniência objectiva») ou a Administração efectua uma reponderação dos interesses públicos (assentes em factos existentes e conhecidos à data da prática do acto) que a levaria a não emitir o regulamento nos termos prometidos («superveniência subjectiva»)³⁵⁰, em suma, quando se verifica uma “reapreciação da situação à luz das exigências de interesse público”³⁵¹. Eis-nos no âmago dos problemas suscitados pelo regime da revogação dos actos constitutivos de direitos. Torna-se agora imperativa uma articulação entre a disciplina jurídica da revogação e o princípio da indisponibilidade do poder

³⁴⁶ Cf., quanto à *Zusage*, STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 1198, inclinando-se para conferir a tal declaração (somente obrigatória quando exigida pelo princípio da boa fé) a natureza de acto administrativo.

³⁴⁷ Repare-se que nos afastamos da orientação subjacente ao n.º 3 do §38, na parte em que se refere à alteração dos pressupostos de direito. Em termos similares aos que sustentámos *supra*, a alteração dos pressupostos de direito, que impliquem a invalidade do regulamento prometido, geram a nulidade superveniente da promessa, por impossibilidade jurídica do objecto, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 133.º.

³⁴⁸ Sobre este preceito, cf. STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1195 e ss.; KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 9.ª ed., Beck, München, 2005, pp. 648 e S..

³⁴⁹ Em sentido idêntico se orienta o direito alemão, que impede a aplicação à promessa de parte do regime da revogação (*Widerruf*), na medida em que exclui do âmbito desta última as hipóteses em que o órgão pretende revogar o acto com fundamento na modificação superveniente das circunstâncias que levaria à sua não emissão. Além destes casos (que se identificam com aqueles que, no nosso sistema jurídico, se podem considerar cobertos pela caducidade), e em consonância com o alcance do referido n.º 3 do §38 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, acrescentam-se ainda as situações em que existe um perigo para o interesse público e as relativas à alteração dos pressupostos de direito. Em suma, e como sublinha a doutrina (a partir da referência constante no n.º 2 do §38), à promessa são aplicáveis as disposições sobre revogação, com excepção dos n.ºs 2 e 3 da alínea 2) do §49. Cf. KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, cit., p. 648.

³⁵⁰ Sobre a distinção entre superveniência objectiva e superveniência subjectiva, cf. Pedro GONÇALVES, «Revogação...», cit., p. 306, ainda que não em termos totalmente coincidentes com os descritos no texto.

³⁵¹ Filipa CALVÃO, «Revogação...», cit., p. 40.

regulamentar. Na verdade, a promessa unilateral de regulamento não é um acto constitutivo de direitos *igual aos outros*: na medida em que contém um compromisso da Administração no sentido da emissão de determinado regulamento com um certo conteúdo, a promessa inclui uma vinculação antecipada do exercício do poder regulamentar perante um particular. Assim, as críticas dirigidas a uma visão estritamente literal do regime da revogação dos actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos colhem, por maioria de razão, quando estão em causa promessas administrativas. Tal-qualmente assinalámos a propósito do contrato, uma das condições de admissibilidade destes actos de autovinculação administrativa reside na circunstância de a Administração não ficar despojada do poder de reconsiderar as opções feitas e, no momento da emissão do regulamento, adoptar as soluções mais adequadas para a prossecução do interesse público, ainda que as mesmas não coincidam com as prometidas^{352 353}. Aliás, o artigo 140.º do CPA, apesar de desconsiderar a especificidade das situações concretas possíveis³⁵⁴, também não veda irremediavelmente a revogação dos actos constitutivos de direitos, esclarecendo apenas que a mesma não é “*livre*”. Este requisito considera-se cumprido, desde que: por um lado, a Administração demonstre que a satisfação do interesse público que conduz à emissão de um regulamento diferente do prometido sobreleva o interesse privado na manutenção (e, conseqüentemente, no cumprimento) do acto, sobretudo quando o benefício emergente do acto se revele injustificado; e, por outro lado, prosseguindo a tutela da confiança e da boa fé do destinatário da promessa, se assegure a este último acto

³⁵² Adoptamos, pois, o sentido que Vieira de ANDRADE (A “Revisão” dos Actos Administrativos no Direito Português», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 9/10, Junho 1994, pp. 196 e s.) vem propugnando atribuir ao artigo 140.º do CPA, considerando que uma mudança fundamentada das concepções da Administração justifica a revogação de actos válidos constitutivos de direitos, interpretação que permite uma adequada ponderação entre o interesse público e os interesses particulares em jogo.

³⁵³ Tal-qualmente assinalámos a propósito dos contratos sobre o exercício do poder regulamentar, pode ainda suceder que a alteração das circunstâncias (ou o seu conhecimento superveniente), o surgimento de necessidades novas ou a reponderação dos interesses não exijam uma revogação, mas uma simples alteração. A possibilidade de modificação do acto administrativo encontra-se implicitamente acolhida no artigo 147.º do CPA, que se refere à *alteração* do acto (revogação por modificação), determinando a aplicação do regime jurídico da revogação.

Distinta desta é a faculdade de revogação parcial. Pense-se, *v. g.*, na hipótese em que continue a fazer sentido a emanação do regulamento de acordo com a maioria dos termos emitidos, embora não com todos eles; a Administração poderá, nestas hipóteses, limitar-se a revogar parcialmente a promessa, eliminando as cláusulas que considera inconvenientes para o interesse público. Para o confronto entre revogação por modificação e revogação parcial, cf. Pedro GONÇALVES, «Revogação...», cit., p. 307, n. 9.

³⁵⁴ Cf. Vieira de ANDRADE, «Revogação do Acto Administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 61.

uma indemnização pelos prejuízos decorrentes da revogação da promessa válida (responsabilidade por actos lícitos)³⁵⁵.

3. A invalidade do regulamento

Embora reportando-se ao problema no âmbito da teoria geral do acto administrativo, caracterizou Rogério Soares³⁵⁶ a invalidade como “abrangendo todas aquelas hipóteses em que um acto (...), em virtude de uma divergência com as normas que o disciplinam com vista à protecção do interesse público, não pode produzir os efeitos a que se destinava ou não pode produzi-los com carácter estável”, traduzindo-se, portanto numa “incapacidade de desencadear a título permanente os efeitos típicos do esquema legal”; ou, se quisermos dizê-lo com M. Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim³⁵⁷, “a invalidade (...) é um mal, uma «doença», resultante da sua desconformidade com as leis aplicáveis à respectiva prática e efeitos – mesmo se se trata de «doença» não conhecida da ciência médica de então, que só se revela face ao ordenamento jurídico superveniente”.

Ao contrário do que sucede no âmbito da teoria do acto, a questão da invalidade do regulamento não tem merecido a devida atenção por parte da doutrina, daí resultando uma inequívoca aproximação à disciplina da inconstitucionalidade das normas, sem especiais preocupações com as especificidades suscitadas pelos desvalores próprios dos regulamentos administrativos.

A resposta para a questão do regime jurídico da invalidade depende do recorte do próprio conceito de invalidade do regulamento. Se, logo no início desta Parte, associámos o problema da invalidade ao nível normativo ocupado pelos regulamentos no quadro das normas impositivamente pré-escritas (sem descuidar a relevância dos fundamentos jurídicos) e, por conseguinte, nos preocupámos em examinar os parâmetros de vinculação dos regulamentos, importa agora determinar em que termos a sua não observância acarreta a invalidade das normas regulamentares. Trata-se de aferir qual a relação entre a violação

³⁵⁵ Na linha da posição propugnada por Vieira de ANDRADE, «A “Revisão”...», cit., p. 196; v. também Vieira de ANDRADE, «Revogação...», cit., pp. 61 e s., e «A Revisão dos Actos de Concessão de Ajudas Públicas – Anotação ao Acórdão do STA de 20.10.2004», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135.º, n.º 3934, Setembro/Outubro 2005, pp. 60 e s.. Cf. também Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 447 e ss.; Pedro GONÇALVES, «Revogação...», cit., pp. 317 e 323; Filipa CALVÃO, «Revogação...», cit., pp. 41 e s..

³⁵⁶ Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 271 e 298, respectivamente.

³⁵⁷ M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 637.

dos parâmetros de vinculação do regulamento e a afirmação da respectiva invalidade (3.1.) e de avaliar se qualquer ofensa daqueles parâmetros de vinculação conduz à emissão de um regulamento inválido, tendo em conta que os desvalores jurídicos associados à anti-juridicidade se não reconduzem apenas à invalidade, dela se autonomizando as hipóteses de irregularidade (3.2.) e, também para alguns, de inexistência (3.3.). Finalmente, importa aferir quais as consequências jurídicas da invalidade do regulamento (3.4.).

3.1. Invalidade, violação dos parâmetros de vinculação e momentos estruturais do regulamento

O facto de a incompatibilidade entre um acto e o direito [a antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*)], enquanto divergência entre um imperativo jurídico e o comportamento a ele submetido, suscitar reacções muito diversas por parte da ordem jurídica – dependendo do ramo jurídico-dogmático em que nos movimentamos, da natureza do parâmetro violado e do acto afectado³⁵⁸ – implica que principiemos por determinar em que consiste a antijuridicidade de um regulamento administrativo geradora da respectiva invalidade. A emergência desta questão resulta do facto de a doutrina identificar diversos requisitos (objectivos e subjectivos) de validade (e também de existência) dos regulamentos administrativos, cujo não cumprimento faz incorrer em invalidade (ou inexistência)³⁵⁹. Entendemos, porém, que, embora nem todas as violações dos parâmetros de vinculação gerem a invalidade do regulamento (cf., *infra*, 3.2.)³⁶⁰, esta só existe quando o regulamento

³⁵⁸ V. também KIRCHOF, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer Einheitlichen Rechtsordnung*, C. F. Müller, Heidelberg/Karlsruhe, 1978, pp. 5 e ss.; o Autor alude ainda, muito expressivamente, à antijuridicidade como divergência entre a realidade efectiva (*tatsächliche Realität*) e a realidade desejada pelo direito (*rechtlich gewünschte Realität*) – *Op. cit.*, p. 6. Sobre o sentido da antijuridicidade, cf. ainda IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 147 e s. (destrinçando um sentido amplo e um sentido estrito da *Rechtswidrigkeit*).

³⁵⁹ Cf., v. g., M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 251 e ss., que distinguem entre requisitos subjectivos (onde avulta a competência do órgão) e requisitos objectivos – materiais (relativos ao conteúdo e objecto do regulamento) e formais (atinentes ao procedimento e à forma *stricto sensu*). V. também Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., pp. 126 e ss., sobre os pressupostos e elementos fundamentais do acto conforme à Constituição.

³⁶⁰ Se quisermos apelar a um conceito desenvolvido pela doutrina italiana, poderemos afirmar que a violação dos parâmetros de vinculação gerará sempre a *ilegitimidade* do regulamento, no sentido da sua desconformidade com as normas e princípios jurídicos tendo em vista a protecção de determinados interesses públicos – cf. BASSI, «“Conformità” alle Leggi e “Legittimità” dell’Atto Amministrativo», in: *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 59 e ss.; MATTARELA, «Il Provvedimento», cit., pp. 865 e ss. (contrapondo legitimidade e mérito); CAVALLO, *Provvedimenti...*, cit., pp. 306 e ss.; v. também Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 270; referindo-se agora à ilegitimidade de normas regulamentares, v. Blanco de MORAIS, «A Invalidade...», cit., p. 126, n. 58. Como sublinha Rogério Soares (*Interesse...*, cit., p. 276) – que introduziu, entre nós, esta diferenciação –, enquanto com recurso à ideia de legitimidade se quer explicar uma “situação *estática* de adequação a um certo tipo de preceitos”, com o de

atentou contra algum dos seus parâmetros de vinculação, tal-qualmente os enunciámos. Vejamos em que termos esta posição se concilia com a identificação dos *requisitos de validade* do regulamento.

As eventuais dificuldades suscitadas por esta afirmação decorrem do facto – já sublinhado, por diversas vezes, ao longo deste trabalho – de as relações entre os vários segmentos normativos vigentes no ordenamento jurídico não se pautar unicamente pelo princípio da hierarquia, intervindo nesta matéria outros critérios de resolução de conflitos. Eis o que sucede com o princípio da competência, ligado ao requisito subjectivo da validade do regulamento, identificado precisamente com a competência do órgão para emitir o regulamento. Decorre das considerações já tecidas a propósito do princípio da legalidade (*lato sensu*) que a fixação da competência subjectiva para a emissão de regulamentos há-de constar da lei (ou das normas de direito internacional ou direito da União, que assumam, em vez da lei, natureza habilitante); ora, a emissão de uma norma regulamentar pelo órgão incompetente determina a sua invalidade, em resultado da violação das regras de competência legalmente estabelecidas e, por consequência, em virtude de um atentado contra os parâmetros de vinculação a que o regulamento se encontrava adstrito. Se esta posição postula a defesa da ofensa dos parâmetros de vinculação como *a* fonte da invalidade dos regulamentos, tal não equivale a reconduzir esta última à violação do princípio da hierarquia; pelo contrário, a ideia – de que nos valem já, quando aludimos aos limites ao poder regulamentar (cf., *supra*, Parte I, 4.) – segundo a qual a localização do regulamento na ordem jurídica depende da análise das relações entre normas, com o objectivo de aferir quais dentre elas estão dotadas de força normativa superior, pressupõe também que a avaliação da validade de determinada norma regulamentar se encontre na confluência entre os princípios da competência e da hierarquia.

Nesta medida, a invalidade constitui a resposta (*rectius*, uma das respostas) à caracterização da relação de desvalor dos regulamentos em resultado da violação do(s) respectivo(s) parâmetro(s) de vinculação, ela própria uma consequência da «depreciação

validade o que se pretende é pôr em evidência uma “consideração *dinâmica* do acto, assinalar a produção de efeitos jurídicos normais”. Assim, se todo o acto *illegal* resulta necessariamente ilegítimo, nem todos os actos ilegítimos são inválidos. Efectivamente, vícios há que não desencadeiam por parte da ordem jurídica uma reacção que implique a invalidade do acto, mas a sua mera irregularidade.

jurídica» que obsta à normal produção dos efeitos jurídicos a que tenderiam normalmente as normas regulamentares afectadas³⁶¹.

Esta conclusão não infirma a utilidade assumida pela identificação do requisito de validade atingido, para a determinação do tipo e da gravidade do vício e, em consequência, para a aferição do regime jurídico da invalidade. Uma teoria práctico-normativamente adequada da invalidade dos regulamentos exigirá precisamente uma metódica diferenciadora, em função dos parâmetros de vinculação, mas também dos requisitos de validade afectados. Embora a identificação destes últimos resulte precisamente dos parâmetros de vinculação a cuja observância a norma regulamentar em causa se encontra adstrita, a respectiva enunciação pode constituir, quando teleologicamente orientada, um importante método dogmático-explicativo de permitir a identificação dos vícios e relacioná-los com uma determinada consequência jurídica³⁶².

No fundo, constituirá esta uma construção similar ao modelo teórico desenvolvido por Rogério Soares³⁶³, a propósito dos momentos estruturais do acto administrativo (sujeito, objecto e estatuição, subdividindo-se esta em forma, procedimento, fim e conteúdo), por referência aos quais se localizam os diversos vícios e invalidades da pronúncia, efectuando uma correspondência (ainda que tendencial) de certos vícios a determinadas invalidades. Trata-se de uma demanda que, nas palavras do nosso Professor, destinando-se a “apresentar um esquema coerente da composição interna do acto[,] alcança o significado de contribuir para encontrar apoio para uma teoria das invalidades”³⁶⁴, que se não afigure monolítica, mas tenha em consideração a intensidade ou a gravidade do vício em causa.

Assim, e, com o mesmo intuito, transpondo para o problema dos regulamentos, torna-se igualmente possível identificar quatro momentos estruturais: (a) o sujeito, (b) o fim, (c) o conteúdo e (d) a forma.

³⁶¹ Em sentido próximo, quanto à noção de inconstitucionalidade e desvalor do acto inconstitucional, v. Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., pp. 132 e 187.

³⁶² No âmbito da teoria do acto, Vieira de ANDRADE (*Lições...*, cit. p. 168) contrapõe dois modelos de concepção estrutural: o modelo teórico e definitório (recortado em função de elementos essenciais) e o modelo práctico e teleológico (dirigido à construção de uma teoria das invalidades).

³⁶³ V. Rogério SOARES, *Direito...*, cit., pp. 229 e ss.. Seguindo o mesmo modelo, cf. Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., *passim*, e *Lições...*, cit., pp. 168 e ss. (relativamente à teoria do acto) e p. 80 (no que respeita à invalidade do contrato). Para uma perspectiva aproximada (no âmbito do regulamento), cf. Mário Lemos PINTO, *Impugnação...*, cit., pp. 112 e ss., 215 e ss., aludindo aos «planos de legalidade das normas», onde inclui a competência, o procedimento, a forma e o conteúdo.

³⁶⁴ Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 232. SANDULLI (*Manuale...*, vol. 1, cit., pp. 664 e ss., pp. 689 e ss.) utilizava uma construção similar e conjuga a identificação dos elementos essenciais com a identificação das diversas causas de ilegitimidade não apenas a propósito dos *provvedimenti amministrativi*, mas versando globalmente sobre os *atti amministrativi*, onde se incluem “todos os actos unilaterais com relevância externa, emanados pela Administração Pública no exercício de um poder administrativo” (*Op. cit.*, p. 607).

(a) A validade do regulamento depende da sua conformidade com as normas relativas ao *sujeito* que o pratica, o que implica uma distinção entre o autor do acto – o órgão administrativo (enquanto figura organizativa capaz de manifestar a vontade imputável à entidade pública) – e a pessoa colectiva pública a que o órgão pertence: para que um regulamento seja válido tem que ser praticado pelo órgão competente (com competência regulamentar) e legitimado para o exercício dessa competência, dentro das atribuições da pessoa colectiva pública em que esteja integrado³⁶⁵. Os vícios relativos a este momento constitutivo não têm de importar as mesmas consequências, oscilando entre vícios mais graves (como os resultantes da usurpação de poderes³⁶⁶ ou da falta de atribuições) e vícios menos graves (como acontece em alguns casos de falta de competência e nas hipóteses de falta de legitimação).

(b) O *fim* do regulamento administrativo consiste no interesse público a prosseguir, o qual se encontra definido pelo diploma (legislativo, internacional ou europeu) habilitante. Também em relação ao regulamento, a lei define o interesse público através da enunciação das circunstâncias que delimitam a intervenção dos órgãos administrativos, pelo que apenas no caso de estes pressupostos (de facto e de direito) se verificarem em concreto está a Administração autorizada a agir. Como logo se compreende, poderemos deparar-nos aqui com situações especialmente gravosas, como sucede nos casos em que a falta de base legal

³⁶⁵ A ausência de alusão aos vícios da vontade decorre da sua irrelevância no contexto da emissão de regulamentos (e, em geral, no cenário do exercício de poderes de autoridade pela Administração). Tal resulta da circunstância de o exercício do poder regulamentar constituir sempre uma actividade vinculada (pelo menos, e em qualquer circunstância, quanto à competência para a sua emissão e quanto ao fim). Assim, também já Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., p. 585, sobre a relevância dos vícios da vontade na teoria do acto administrativo, defendendo que “a «vontade» administrativa há-de configurar-se como uma vontade orgânica (imputável à pessoa colectiva pública), normativa (manifestação de um poder específico, em aplicação de uma norma jurídica) e funcional (dirigida à realização do interesse público que a justifica”.

³⁶⁶ Como a invasão da competência legislativa, traduzida na reserva de lei. Distanciamo-nos de M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS (*Direito...*, tomo III, cit., p. 252), quando, aludindo aos requisitos objectivos materiais do regulamento, aí incluem a impossibilidade de o conteúdo incidir sobre matéria de reserva de lei. Salvo melhor, constitui este um aspecto que releva não do conteúdo, mas do sujeito, visto que a invasão da reserva de lei por um órgão administrativo configura, no fundo, o exercício de uma função (legislativa) pelos órgãos de outra (função administrativa), o que se reconduz a um vício (especialmente grave) de usurpação de poderes. Entendendo também que a invasão da reserva de lei por um regulamento corresponde a uma ofensa das normas constitucionais de competência, cf. Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., p. 121 (cf. também n. 289); referindo-se igualmente ao vício de usurpação de poder quando os órgãos administrativos ofendem, por via regulamentar, o princípio da separação de poderes, invadindo a esfera de atribuições de órgãos investidos noutra função (judicial ou legislativa), v. Blanco de MORAIS, «A Invalidez...», cit., p. 133.

é equiparável à falta de atribuições ou hipóteses em que o fim prosseguido constitua um interesse privado ilícito³⁶⁷.

Também no domínio regulamentar, quando os pressupostos de facto não coincidem com os pressupostos hipotéticos, designadamente porque se verificou um erro quanto às respectivas existência ou avaliação³⁶⁸, falta a *base legal* para que a Administração possa actuar, encontrando-se a actuação em causa ferida de invalidade. Deste modo, e no âmbito da actividade vinculada da Administração, os vícios de fim assumem um especial significado no momento em que faltam quer os pressupostos de facto, quer os pressupostos reais.

No entanto, a relevância da vinculação ao nível do fim reveste tanto maior importância quanto menor for a vinculação no plano do conteúdo e, por conseguinte, quanto maior a abertura proporcionada pela função determinante da atribuição do poder regulamentar: é perante os regulamentos independentes – onde existe um maior distanciamento do respectivo conteúdo em face da lei – que assumirá maior relevância a aferição de que a emissão do regulamento se destinou à prossecução dos interesses públicos legalmente fixados (e não de outros interesses públicos ou de interesses privados)³⁶⁹.

(c) O *conteúdo* do regulamento reporta-se directamente às alterações que este opera na ordem jurídica ou, por outras palavras, aos efeitos jurídicos que pretende produzir; além disso, é a partir do conteúdo que se retirará a norma de actuação e o padrão de comportamento para a Administração e os particulares. Assim, impõe-se que o conteúdo seja compreensível (em obediência ao princípio da determinabilidade das normas),

³⁶⁷ Cf. Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 181, que, no caso do acto administrativo, defende aqui a respectiva nulidade.

³⁶⁸ Como é sabido, existe uma diferença entre erro de facto e erro de qualificação dos factos (também denominado erro manifesto de apreciação ou erro de direito quanto aos factos): a primeira categoria reporta-se às hipóteses em que a Administração se baseia em factos inexistentes ou falseados, ao passo que a segunda manifesta-se quando os órgãos administrativos avaliam ou qualificam erradamente a situação de facto considerada. Aludindo a estes vícios no âmbito de uma teoria da invalidade da norma regulamentar, cf. Blanco de MORAIS, «A Invalidade...», cit., pp. 134 e s..

³⁶⁹ Tal como sucede quando se trata de actos administrativos, também no domínio da discricionariedade regulamentar se podem verificar hipóteses de desvio de poder (enquanto vício na relação fim-conteúdo), sempre que o órgão com competência regulamentar a utilize para a emissão de normas em violação dos interesses públicos que, nos termos da lei habilitante, a orientavam. Pense-se, *v. g.*, num regulamento de uma entidade reguladora que traduzisse uma clara captura do regulador pelos regulados.

possível (possibilidade de facto ou de direito)³⁷⁰ e não contrarie o conteúdo material de qualquer dos seus parâmetros de vinculação.

(d) Enquanto momento estrutural do regulamento, a *forma* é concebida em sentido lato, de forma a abranger quer o procedimento, quer o modo de exteriorização do mesmo. Já assinalámos na Parte I (3.4.3.1.) as especificidades do procedimento regulamentar, sob a perspectiva das garantias dos cidadãos. Ora, o incumprimento dos trâmites procedimentais (e estão aqui apenas compreendidos os actos jurídicos correspondentes às fases preparatória e constitutiva), mormente se estamos perante trâmites obrigatórios (exigidos por lei), pode desencadear a invalidade do regulamento, a partir do momento em que se considere que este não foi emitido no «ambiente»³⁷¹ necessário a uma decisão conforme ao interesse público³⁷².

³⁷⁰ Por compreensibilidade entendemos que os efeitos produzidos pelo regulamento devem ser deduzíveis da própria decisão; quanto à impossibilidade do conteúdo, tem esta a ver com o facto de os efeitos do regulamento não poderem ser produzidos em termos fácticos (impossibilidade de facto) ou serem absolutamente intolerados pela ordem jurídica (impossibilidade jurídica).

³⁷¹ Vieira de ANDRADE («Validade», cit., p. 584) alude ao «ambiente decisório».

³⁷² Os vícios procedimentais podem suscitar problemas mais complexos, quando se reportam a actos praticados durante o procedimento configuráveis como actos administrativos. Em momento anterior, debruçamo-nos sobre a eventual qualificação do acto de aprovação do regulamento (*Normsetzungsakt*) como acto administrativo – posição que afastámos (cf., *supra*, Parte I, 3.4.3.1., em nota); todavia, não se exclui que o procedimento (mais ou menos complexo) dirigido à emissão de um regulamento possa incluir a prática de actos administrativos. Pense-se, v. g., na deliberação camarária de elaboração dos planos municipais de ordenamento do território (cf. artigo 74.º, n.º 1, do RJIGT). É com estas hipóteses em mente que se deverá prestar uma atenção redobrada ao n.º 1 do artigo 72.º do CPTA, quando, referindo-se, à ilegalidade das normas emanadas ao abrigo de disposições de Direito Administrativo, aponta para os “vícios (...) *derivados da invalidade de actos praticados no âmbito do respectivo procedimento de aprovação*”. Não está aqui em causa a simples menção (por si só, desnecessária) aos vícios procedimentais do regulamento administrativo, mas antes a alusão à possibilidade da existência de actos administrativos praticados durante o procedimento regulamentar e à susceptibilidade de a declaração de ilegalidade do regulamento poder decorrer da invalidade daqueles.

Nestas situações, importa avaliar em que medida a eventual invalidade dos actos administrativos praticados durante o procedimento regulamentar se repercute sobre a consistência do regulamento, ocasionando a sua invalidade *derivada, reflexa, consequente* ou *consequencial*.

Na teoria do acto, este problema recebe resposta na alínea *i*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA, nos termos da qual padecem de nulidade “os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente”. Não se apresenta despida de escolhos a interpretação desta norma.

A doutrina tem entendido que só deverão considerar-se feridos de nulidade os actos cuja manutenção se revele incompatível com a sentença anulatória (ou a decisão administrativa de anulação, sentido em que a palavra «revogação» deve ser lida); quer dizer, os actos que se encontrem numa relação de pressuposição ou prejudicialidade com o acto agora anulado. Contam-se entre estes os actos, incluídos no mesmo procedimento ou subprocedimento, quando a prática dos actos pressupostos está pré-ordenada à adopção dos actos subsequentes, cuja existência ou conteúdo foram determinados pelo primeiro (cf. M. Aroso de ALMEIDA, *Sobre a Autoridade...*, cit., pp. 335 e s.).

Além disso, e considerando a ressalva da parte final do citado normativo, só se devem manter os actos na estrita medida do interesse dos contra-interessados, apenas se revelando susceptíveis de tutela os interesses de terceiros de boa fé, desde que não tenham sido contra-interessados no processo (ou no procedimento, no caso da «revogação») que conduziu à anulação do acto, mas antes “alheios à disputa sobre

Em sentido estrito, a forma do regulamento (resultante ou de uma imposição legal ou da própria natureza da decisão) refere-se ao seu modo de exteriorização, a envolver quer o tipo de diploma sob o qual as normas regulamentares em causa devem ser emitidas, quer os elementos a constar do texto. Relativamente ao primeiro aspecto, cumpre sublinhar a imposição constitucional de que os regulamentos independentes do Governo revestem a forma de decreto regulamentar (cf. artigo 112.º, n.º 6). No que respeita ao segundo, e na ausência de uma disposição similar à constante do artigo 12.º do CPA (que contempla as indicações que hão-de constar do acto administrativo), sublinha-se, *v. g.*, o dever de citação da lei habilitante, cuja observância decorre do n.º 7 do artigo 112.º da CRP, bem como, no caso de regulamentos revogatórios, a menção especificada das normas revogadas (cf. artigo 119.º, n.º 2, do CPA).

Nem todos os vícios procedimentais geram a invalidade do acto: em relação ao não cumprimento das denominadas «formalidades não essenciais» (trâmites procedimentais previstos em normas de natureza meramente indicativa) ou quando a violação da tramitação não importe uma lesão no interesse público que com ela se pretenderia alcançar (dado esse interesse ter sido prosseguido por outro meio), poderemos estar perante meras irregularidades. Idêntico raciocínio se deveria seguir relativamente aos vícios de forma

o acto principal” (M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 651, anotação XVI ao artigo 133.º). Está, assim, em causa um «conceito funcional-material» que reclama uma “ponderação dos interesses presentes nas situações da vida cuja reconstituição é determinada pela anulação de um acto administrativo” [Vieira de ANDRADE, «Actos Consequentes e Execução de Sentença Anulatória (Um Caso Exemplar em Matéria de Funcionalismo Público)», in: *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, ano I, n.º 1, 1998, p. 37]. De destacar ainda que, quando o acto antecedente é anulado por vício de forma, a Administração, em sede de execução da sentença, pode vir a praticar um acto com o mesmo conteúdo, sem reincidir no vício, e, por conseguinte, não invalidando os actos consequentes (cf., neste sentido, Pedro GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., p. 220, n. 176). Nesta matéria, o CPA deve ser lido em articulação com os n.ºs 3 e 4 do artigo 173.º do CPTA, especialmente pensado para as situações em que estão em causa actos em matéria de funcionalismo público, e onde se verifica a necessidade de uma maior estabilização (cf. Mário Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., p. 588, e *Manual...*, cit., pp. 522 e s.).

Sem prejuízo da não aplicação directa do citado preceito do CPA ao problema da invalidade derivada do regulamento, a principiologia que lhe está subjacente pode transpor-se para esta matéria. Por um lado, permite salientar que, quando o acto administrativo pressuposto padeça de anulabilidade, a validade do regulamento apenas será afectada em caso de anulação (administrativa ou judicial) do acto administrativo, não existindo uma comunicação automática de invalidades – motivo por que o adjetivo “consequente” (aposto à invalidade) significa que esta última constitui uma decorrência não da anulabilidade do acto, mas, outrossim, da respectiva anulação. Eis um aspecto que comporta uma consequência relevante quando se encontra ultrapassado o prazo de impugnação do acto: a formação do caso decidido implica a impossibilidade de afirmação da invalidade do regulamento com fundamento na invalidade (anulabilidade) do acto administrativo. Por outro lado, destaca a relevância da salvaguarda do princípio da protecção da confiança dos destinatários do regulamento: a tutela deste imperativo viabilizará, *v. g.*, que a eventual anulação de um acto renovável não determine a invalidade do regulamento ou que se acautele a boa fé dos destinatários de dispositivos regulamentares, sobretudo quando estes contêm normas que constituem condições imprescindíveis para o exercício de direitos fundamentais ou normas de concretização de direitos ou interesses legalmente protegidos.

(*stricto sensu*), inclusive quando estivessem em causa exigências constitucionalmente estabelecidas (em sentido contrário à jurisprudência uniforme e monolítica do Tribunal Constitucional, em matéria de violação do dever de citação da lei habilitante – cf., *supra*, Parte I, 2.2.).

3.2. Invalidez e irregularidade do regulamento

É frequente, no quadro da teoria das invalidades no Direito Administrativo, autonomizarem-se as hipóteses em que a ofensa de normas e princípios jurídicos por um determinado acto jurídico-público não implica a invalidade deste último. Se o objectivo final da actividade administrativa consiste na prossecução do interesse público (cf. artigos 266.º, n.º 1, da CRP e 4.º do CPA), qualquer vulneração do interesse público desencadeie uma reacção no ordenamento jurídico, *i. e.*, origine uma *ilegalidade* (entendida em sentido amplo, não só como violação da lei, mas enquanto ofensa a todo o direito). Todavia, caberá também à intensidade da lesão do interesse público graduar as diferentes consequências que reveste a ilegalidade; é por este motivo que o conceito de ilegalidade aparece com um âmbito mais vasto que o de invalidade: de facto, uma ilegalidade dá origem quer a uma invalidade (vícios invalidantes), quer a uma mera irregularidade (vícios não invalidantes), quando a agressão ao interesse público se revista de menor gravidade.

Nesta medida, em alguns casos, a divergência entre determinado acto e as normas e princípios jurídicos que o regem não vai afectar a sua consistência, mas tão-só determinar-lhe uma qualificação específica enquanto mera irregularidade, visto que a relação entre o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da juridicidade apenas impõe a invalidade das actuações *substancialmente* lesivas do interesse público³⁷³. Poderá, neste contexto, fazer-se apelo ao princípio da proporcionalidade: considerando que a opção pela validade ou pela invalidade de um acto coloca frente a frente o princípio da segurança jurídica e da conservação dos actos, por um lado, e o princípio da legalidade, por outro, caberá ao princípio da proporcionalidade efectuar o balanceamento entre ambos e, nessa medida, permitir optar pela irregularidade ou a invalidade, em função dos interesses afectados e das consequências que tal opção importa para o ordenamento jurídico³⁷⁴.

³⁷³ Assim, Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 294.

³⁷⁴ Sublinhando já, em termos similares, a relevância do princípio da proporcionalidade no quadro da teoria da invalidade do regulamento, cf. DOMÉNECH PASCUAL, *La Invalidez...*, cit., pp. 244 e s.. Mobilizando também este princípio no âmbito do confronto entre invalidade e irregularidade, v. Mário Lemos PINTO, *Impugnação...*, cit., pp. 346 e ss..

A opção pela irregularidade funda-se em razões de carácter teleológico-funcional (e não de pura lógica), segundo as quais, perante determinadas circunstâncias, é preferível que actos administrativos feridos de vícios determinantes de uma pequena lesão para o interesse público produzam normalmente os efeitos a que tendem, encontrando-nos diante de «zonas de legalidade menos exigentes ou juridicamente imperfeitas» e de condutas administrativas *contra legem* aceites pelo ordenamento jurídico³⁷⁵. Nestas hipóteses, como afirma Rogério Soares³⁷⁶, “a garantia que [certo] preceito procurava oferecer ao interesse público era de tal modo insignificante, que este será melhor satisfeito com a perduração do acto impecável sob outros pontos de vista do que com o tolher-se-lhe os efeitos só por causa do vício”. Nesta medida, e louvando-nos na terminologia cunhada por Marcelo Rebelo de Sousa³⁷⁷, a irregularidade constitui um valor negativo não fundamental do acto (inconstitucional ou ilegal *lato sensu*), da qual resulta um juízo jurídico negativo reconduzível a uma mera depreciação; o que, apesar da clivagem qualitativa que o separa da invalidade, não prejudica a possibilidade de o acto produzir os seus efeitos primários ou principais³⁷⁸, por lhe falecerem apenas os “requisitos de adequação” a determinadas normas, que se encontram “à margem da produção dos seus efeitos”³⁷⁹.

Destas considerações não decorre, porém, a total indiferença do direito perante a existência de uma irregularidade que, enquanto tal, resulta de uma violação de disposições jurídicas. Ou, se quisermos dizê-lo com Baptista Machado³⁸⁰, “uma infracção ao direito não pode ser juridicamente irrelevante”, pelo que a afirmação da irregularidade de uma norma em consequência da violação de um parâmetro de vinculação não equivale a afirmar que não ocorreu vício algum³⁸¹. Se, em termos de consistência, os actos feridos de mera irregularidade produzem, em regra, todos os efeitos a que tendem (como sucede com os actos legais, *lato sensu*), a circunstância de os mesmos corporizarem um atentado contra determinado princípio ou norma jurídicos – e, por conseguinte, não deixarem de ser actos (inconstitucionais ou, mais frequentemente) ilegais – pode determinar consequências ao

³⁷⁵ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 971.

³⁷⁶ Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 273.

³⁷⁷ M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 152.

³⁷⁸ Cf. Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., p. 188.

³⁷⁹ Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 94.

³⁸⁰ Baptista MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 133.

³⁸¹ Como sublinhava já Manuel de ANDRADE (*Teoria...*, vol. II, cit., pp. 413 e s.), “a irregularidade é, por assim dizer, uma nulidade quanto à causa, mas não quanto efeito”.

nível da responsabilidade disciplinar ou civil, ainda quando não acarrete a invalidade do acto³⁸².

Embora a admissibilidade da mera irregularidade venha sendo reconhecida na teoria do acto administrativo, a mesma abertura não se tem verificado relativamente aos vícios susceptíveis de afectar os regulamentos – o que, todavia, não impedirá, em certas hipóteses, a defesa da razoabilidade de uma solução que aponte no sentido de se graduarem as consequências da violação de parâmetros de vinculação (mormente ao nível da possibilidade da recusa de aplicação), consoante o tipo de vício que inquinar a norma regulamentar. Recorde-se que, naquela primeira, a existência de vícios geradores da mera irregularidade do acto encontra-se associada a desvalores atinentes à forma e/ou ao procedimento (em consonância com uma ideia de enfraquecimento da legalidade formal face à legalidade material³⁸³), justamente aquelas hipóteses que, agora no plano dos desvalores associados a normas, poderiam conduzir apenas à sua irregularidade.

Existem determinados requisitos formais e/ou procedimentais, resultantes directamente do texto constitucional, cuja ofensa possui consequências mais gravosas por imposição da própria Lei Fundamental³⁸⁴: assim sucede com a violação do dever de citação da lei habilitante (cf. artigo 112.º, n.º 7, da CRP) e com o desrespeito da forma decreto regulamentar quando esteja em causa um regulamento independente do Governo (cf. artigo 112.º, n.º 6), bem como com a falta de promulgação e referenda ministerial dos decretos regulamentares (esta última determinante da inexistência do regulamento, como decorre dos artigos 137.º e 140.º, n.º 2, da Constituição, respectivamente) ou com a falta de audição das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, quando em causa está a

³⁸² No mesmo sentido, v. também M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 50. Cf. também Cerulli IRELLI, *Corso...*, cit., p. 565.

³⁸³ Nestes termos, a propósito da irregularidade, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 570.

³⁸⁴ Tal não significa, porém, que a inconstitucionalidade gere sempre uma invalidade: tal não sucederá (como entende Rui MEDEIROS, «Valores...», cit., pp. 542 e ss.) quando o vício que afecta a norma (regulamentar) não se repercutir negativamente nos objectivos prosseguidos pela norma constitucional ofendida. Para além do caso expressamente contemplado no n.º 2 do artigo 277.º são ainda pensáveis outras situações: cf. os exemplos avançados por Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 102. V., sob a perspectiva da «proporcionalidade» ou «justeza» da solução, as dúvidas manifestadas na Declaração de Voto do Conselheiro Cardoso da COSTA, ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 868/96, de 4 de Julho, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 240, 16.10.1996, p. 3626, onde se declarou a inconstitucionalidade de determinadas normas constantes de um acto legislativo, por as mesmas não haverem sido objecto de votação na especialidade.

elaboração da regulamentação laboral [cf. artigos 54.º, n.º 2, alínea *d*), e 56.º, n.º 2, alínea *a*), da CRP³⁸⁵]³⁸⁶.

Todavia, e à semelhança de alguma doutrina que defende a existência de alguns casos de irregularidade (*v. g.*, perante a ausência de nota justificativa ou nos casos de falta de indicação expressa das normas revogadas pelo regulamento³⁸⁷), afigura-se-nos, em certos casos, ser possível identificar hipóteses em que a satisfação quer do interesse público, quer da juridicidade da actuação administrativa ficará não só integralmente cumprida, como também beneficiará se à ilegalidade do regulamento se não associar a invalidade: assim acontecerá quando a norma regulamentar se encontre inquinada de um vício formal ou procedimental que, não implicando a violação de disposições constitucionais, não afecte igualmente direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos³⁸⁸, pois que estará aqui em causa a simples violação de disposições procedimentais disponíveis (*disponible Verfahrensvorschriften*)³⁸⁹. A mesma solução poder-se-á seguir se, não estando em causa «formalidades essenciais», vier a concluir-se que a preterição dos trâmites procedimentais não obteve qualquer repercussão no conteúdo da norma regulamentar, que se manteria, ainda quando estivesse cumprido o procedimento legalmente previsto. A opção entre a invalidade e a irregularidade da norma depende agora

³⁸⁵ Sobre a interpretação jurídico-constitucionalmente adequada do conceito de «legislação» do trabalho, em termos que envolvem também os regulamentos administrativos (pelo menos dos que contêm decisões inovadoras ou substantivas sobre aspectos relacionados com os trabalhadores), *v. supra*, Parte I, 3.4.3.1., II.

³⁸⁶ O facto de se associarem a estes vícios formais consequências mais gravosas implicaria uma especial sensibilidade na avaliação do facto constitutivo da invalidade. Trata-se de um problema que se coloca com especial acuidade quanto à violação do dever de citação da lei habilitante ou da audição das estruturas representativas dos trabalhadores. Pense-se, no primeiro caso, na hipótese de a referência à lei habilitante estar implícita no diploma regulamentar, ou, no segundo, de as soluções consagradas no regulamento constituírem mera concretização (favorável aos trabalhadores) de opções que se encontravam legislativamente plasmadas.

³⁸⁷ Assim, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 258. Blanco de MORAIS («A Invalidade...», cit., p. 133) assume uma posição mais estrita, considerando geradores de mera irregularidade apenas os vícios que não decorram de uma inconstitucionalidade ou de uma ilegalidade.

³⁸⁸ Ao invés, porém, dos Autores citados, parece-nos que nem sempre a ausência de nota justificativa poderá conduzir à mera irregularidade: pense-se numa hipótese em que a falta de nota justificativa afectou uma esclarecida participação de uma associação sindical na elaboração de um regulamento laboral.

³⁸⁹ OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2811. O conceito de «disposições procedimentais disponíveis» surgiu em contraposição com o de «disposições procedimentais constitucionalmente impostas» (*verfassungsgebote Verfahrensvorschriften*), encontrando-se estas últimas identificadas em função do critério da relevância para os direitos fundamentais (*Grundrechtsrelevanz*), construído pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e de pendor propositadamente restritivo. Nos casos em que se verifique a citada relevância para os direitos fundamentais, entende a doutrina encontrar-se o legislador obrigado a sancionar a preterição da formalidade violada, nomeadamente (mas não necessariamente) através de uma nulidade (cf. OSSENBÜHL, *Op. cit.*, p. 2812).

de um juízo de proporcionalidade: quando estão em causa vícios materiais ou vícios formais (*lato sensu*) que põem em causa direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, impõe-se, quer para a defesa da juridicidade da actuação administrativa, quer para tutela dos particulares, a previsão de uma invalidade – na medida em que apenas o reconhecimento desta última permitirá ao tribunal e/ou à Administração sancionar a violação normativa de parâmetros de vinculação³⁹⁰ –; o mesmo já não sucederá, porém, nos restantes casos de vícios formais (*lato sensu*), em que a preterição dos parâmetros de vinculação se revela de tal forma pouco grave, que o ordenamento e os cidadãos sairiam mais prejudicados com a invalidação da norma que com a sua manutenção no sistema jurídico.

3.3. Invalidez e inexistência do regulamento

A inexistência como consequência de antijuridicidades existentes no regulamento encontra-se expressamente prevista para a violação de determinadas disposições constitucionais pelos regulamentos. Ainda que, nas normas atinentes ao controlo da constitucionalidade, não exista qualquer menção às consequências jurídicas especiais associadas à inexistência, a Lei Fundamental prevê, em disposições substantivas, vícios determinantes daquela: assim sucede nos casos específicos da falta de promulgação e referenda, contemplados nos artigos 137.º e 140.º, n.º 2, da CRP.

As dificuldades levantadas pela figura inexistência enquanto sanção aliada ao valor jurídico negativo de um regulamento, apontam no sentido da sua circunscrição apenas aos casos expressamente contemplados na Constituição³⁹¹, sobretudo nunca admitindo a mobilização desta figura para casos de simples ilegalidade³⁹². Trata-se de uma posição um

³⁹⁰ Em sentido próximo, v. OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2811.

³⁹¹ Ressalvada, provavelmente, pelo exacto paralelismo com a falta de promulgação de decretos regulamentares do Governo, a inconstitucionalidade de um decreto regulamentar regional resultante da falta de assinatura do Representante da República (artigo 233.º, n.º 1, da Constituição) – assim, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., p. 201.

³⁹² Afastamo-nos, assim, de M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 251 e 256, que parecem admitir, ainda que reconhecendo como de verificação muito pouco frequente, a inexistência do regulamento como figura patológica (para além dos casos de falta de promulgação e de referenda nos decretos regulamentares) quando esteja ausente qualquer um dos «requisitos de existência» dos regulamentos (acto jurídico, imaterial, unilateral, normativo, de administração e de gestão pública). Salvo melhor, a não verificação, relativamente a um determinado acto, de qualquer dos «requisitos de existência» apontados pelos Autores conduz apenas à conclusão de que não se trata de um regulamento administrativo e, como tal, não se encontra submetido ao regime próprio desta forma de acção administrativa (incluindo o respeitante às consequências jurídicas dos vícios). Trata-se de uma posição coerente com a noção de inexistência perfilhada por M. Rebelo de SOUSA (*O Valor...*, cit., p. 155), que ocorre, na perspectiva do

pouco mais rigorosa que a encontrada no plano do direito constitucional (essencialmente a propósito de actos legislativos), onde, todavia, a doutrina não deixa de revelar também alguma contenção quanto à admissibilidade de situações de inexistência para lá das identificadas na Constituição, suportando, no máximo, abrir a figura apenas nas hipóteses em que se verifique uma identidade de razão com os casos previstos na Lei Fundamental, sempre que o vício assuma uma natureza (que será sempre formal) e uma gravidade tais que permitam equiparar o acto praticado (mera aparência de acto) a um acto não praticado³⁹³.

Partindo do problema de saber se a inexistência constitui uma das sanções para a invalidade ou se, de modo diverso, representa, a par desta última, um tipo de valor negativo dos actos inconstitucionais³⁹⁴, não poderá ignorar-se a perplexidade suscitada pela sua previsão³⁹⁵ – consideração que, por sua vez, leva a questionar se, para além dos dois casos enunciados, existirão outros determinantes da inexistência do regulamento. Assim,

Autor, perante “uma omissão de conduta ou uma aparência de acto, carecida de dados mínimos de identificação formal ou material exigidos pela Constituição para determinado tipo de acto”.

³⁹³ Cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 100 e s., avançando com outros casos de inexistência; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, cit., pp. 194, 200 e ss., acentuando que o fundamento da inexistência reside na preterição de requisitos elementares e essenciais de competência e de forma constitucionalmente impostos e que inviabilizem a identificação da decisão pública em causa como um acto jurídico típico. M. Rebelo de SOUSA (*O Valor...*, cit., pp. 155 e ss.) adopta uma posição especialmente ampla, admitindo uma situação de inexistência quando não se verifique qualquer identificação mínima (orgânica, formal ou material) do acto considerado, por carência de um ou vários pressupostos ou elementos do acto (*Op. cit.*, pp. 159 e s., 163 e ss.) – o que supõe sempre a evidência do vício, permitindo considerar o acto como mera «aparência de acto», independentemente de qualquer pronúncia judicial. Esta posição viabiliza que o Autor alargue a inexistência, v. g., à incongruência ou incoerência do conteúdo interno do acto, à coacção física ou ausência completa de vontade da prática do acto, à coacção moral e ao estado de necessidade, à violação do objecto e conteúdo dos direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão (cf. os inúmeros exemplos a pp. 176 e ss., e, especificamente a propósito da inconstitucionalidade de regulamentos administrativos, pp. 330 e s.).

³⁹⁴ Na teoria geral do direito, v., por exemplo, Oliveira ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 71.

³⁹⁵ Como sublinha Rogério SOARES (*Interesse...*, cit., p. 289), “o conceito de inexistência desenvolveu-se num clima naturalístico, impróprio para uma adequada consideração jurídica do problema. A dualidade «existente, não existente» pertence ao domínio do natural; é desconhecida como categoria de imputação normativa”. Aliás, Rogério SOARES (*Direito...*, cit., p. 235) não deixa de alertar para o facto de a inexistência ser uma categoria forjada no direito civil, tendo por base uma ficção no contexto do Código Napoleónico: dado vigorar o princípio *pas de nullité sans texte*, e o referido Código não ter mencionado qualquer solução para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, considerou-se que, neste caso, nem sequer estaríamos perante um negócio inválido, mas inexistente, dado faltar-lhe um dos elementos essenciais. Nesta medida, a configuração da inexistência na teoria clássica das invalidades no direito civil possuiria a virtualidade de produzir consequências similares às da nulidade (cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 951).

A partir daqui, a figura transitou para o direito público – inclusivamente com propósitos relacionados com o contencioso: assim, v. g., em França, a figura possuía a virtualidade de ser reconhecida pelos tribunais de qualquer jurisdição (administrativa ou não), além de permitir dulcificar ou flexibilizar algumas regras processuais, no sentido da facilitação do seu reconhecimento, cuja observância se considerava demasiado rigorosa quando estavam em causa actuações flagrantemente ilegais – cf., por todos, LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 638.

cumprir acentuar que não parece fazer sentido considerar a inexistência como uma forma de invalidade na medida em que um regulamento, para ser inválido, tem que existir enquanto tal, *rectius*, tem que necessariamente existir algo que a ordem jurídica reconheça como regulamento administrativo e, por conseguinte, que reúna as notas da *intensio* do respectivo conceito ou, dizendo de outra forma, que preencha o “tipo jurídico” de regulamento administrativo³⁹⁶. A inexistência não configura, pois, uma sanção para a antijuridicidade que afecta uma actuação; traduz antes a ausência, em determinado acto, dos caracteres que permitiriam reconduzi-lo ao tipo jurídico de acto pelo qual ele se pretende fazer passar. Afigura-se-nos inconcebível, *v. g.*, afirmar que um acto legislativo (*rectius*, as normas emanadas sob a forma de acto legislativo) constitui(ue) um “regulamento administrativo inexistente”: diversamente, estamos diante de um acto legislativo e, portanto, perante um acto que não reveste as notas características do conceito de regulamento administrativo, desde logo por questões formais, admitida que está a existência de um conceito jurídico-constitucional de acto legislativo assente na forma³⁹⁷.

Relativamente ao sentido da previsão da inexistência como consequência da falta de promulgação e assinatura, o legislador terá pretendido assinalar que os actos (*in casu*, os decretos regulamentares) feridos por tais vícios constituem meras aparências de actos, que juridicamente devem ser tratados como se nunca tivessem existido³⁹⁸. No fundo, talvez possamos ainda reconduzir estas hipóteses à ideia segundo a qual a inexistência se deve referir apenas às situações em que, na verdade, não estão reunidas as características que

³⁹⁶ Trata-se de uma posição próxima, mas não inteiramente coincidente, com a de Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo VI, cit., p. 94), que concebe uma graduação entre os vários requisitos que um acto (normativo ou não) deve reunir para estar em conformidade com a Constituição, elegendo como primeiros os «requisitos de qualificação» (*i.e.*, os “requisitos de identificação ou de recondução do acto a qualquer dos tipos constitucionais de actos”), cuja ausência determina a inexistência jurídica, enquanto valor negativo mais gravoso (a par, sucessivamente, da invalidade e da irregularidade) da inconstitucionalidade.

Só uma concepção de inexistência como a que perfilhamos permite superar as críticas de Rogério SOARES (*Direito...*, cit., p. 234), quando enfatiza criticamente a diversidade de hipóteses cobertas pela categoria em análise, onde se encontram incluídas desde as situações em que nada acontece até aos acontecimentos que não são qualificáveis como actos administrativos. Esta realidade leva a doutrina a ter de destringir entre a «inexistência material» (correspondente aos casos em que a actuação não existe ontologicamente) da «inexistência jurídica em sentido estrito» (resultado de um juízo jurídico negativo formulado a propósito de uma actuação ontologicamente existente) – neste sentido, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 43.

³⁹⁷ Já se estiver em causa um regulamento emitido pelo Presidente da República, estaremos diante de um regulamento inválido por força de um vício do sujeito. Numa primeira abordagem, poder-se-ia pensar que que esta hipótese configuraria uma situação de inexistência, por falecer ao acto um dos requisitos do conceito: o exercício da função administrativa. Atente-se, porém, que o Presidente da República tem competências em matéria administrativa, como atesta, *v. g.*, a subalínea *i*) da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 24.º do ETAF.

³⁹⁸ Neste sentido, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 954.

permitiriam qualificar determinada actuação como regulamento administrativo: com efeito, é defensável que, da perspectiva jurídico-constitucional, o “tipo jurídico” do decreto regulamentar envolva, como nota integrante da respectiva *intensio*, a co-responsabilização política entre Presidente da República e Governo das medidas normativas adoptadas mediante aquela forma, co-responsabilização essa garantida pela associação entre promulgação e referenda³⁹⁹.

A relevância da inexistência neste domínio decorrerá de o seu reconhecimento importar consequências jurídicas diversas da nulidade (a consequência mais grave associada a uma invalidade): a circunstância de estar em causa um acto que, para o direito, não existe leva a identificar como suas características a total improdutividade jurídica, a insanabilidade⁴⁰⁰, a invocabilidade a todo o tempo, a desnecessidade de declaração (já que a mesma opera *ipso iure* e desde o início), a impossibilidade de aplicação e execução por quaisquer entidades públicas, constituindo um fundamento bastante para a não obediência dos órgãos e agentes da Administração e da resistência dos particulares⁴⁰¹.

É certo que à previsão substantiva da inexistência não fez a Constituição corresponder um regime específico de controlo, o que, na prática, aproxima, em grande medida, esta figura da nulidade. Procurando atribuir sentido útil à previsão da inexistência, no âmbito do processo de fiscalização abstracta sucessiva, fica impedida a ressalva dos casos julgados contemplada no n.º 3 do artigo 282.º, bem como a restrição de efeitos, por decisão do Tribunal Constitucional, prevista pelo n.º 4 do mesmo preceito⁴⁰². De qualquer

³⁹⁹ Idêntico raciocínio poderá valer, *mutatis mutandis*, para a assinatura do Representante da República dos decretos regulamentares regionais, quando se pretenda considerar a falta de assinatura como determinante da inexistência.

⁴⁰⁰ Ainda que, no tocante à falta de referenda, o Tribunal Constitucional, na senda de posição já propugnada pela Comissão Constitucional, tenha entendido que, não havendo substituição do Governo que aprovou um determinado diploma, aquela falta fica suprida com a assinatura do Primeiro-Ministro e dos ministros competentes (constitucionalmente exigida para a aprovação), a qual se considera convolada em referenda. A decisão de não inconstitucionalidade fundamentou-se, essencialmente, no facto de seguir a prática constitucional existente até à Lei n.º 6/83, de 29 de Julho (cujo artigo 10.º previa, como uma das menções obrigatórias após o texto de um decreto ou de um decreto regulamentar do Governo, a assinatura do Primeiro-Ministro após a assinatura do Presidente da República) e de a referenda visar garantir que o Governo não seja surpreendido pela adopção de certas medidas, as quais terá de executar e respeitar, objectivo que fica integralmente cumprido quando o órgão que emanou o diploma é o próprio Governo). Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 309/94, de 24 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27.º vol., 1994, pp. 897 e ss..

⁴⁰¹ Cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 98. V. ainda M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 179.

⁴⁰² Cf. também M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 183; Blanco de MORAIS, *A Justiça...*, tomo I, cit., pp. 207 e ss..

No caso dos decretos regulamentares é ainda possível encontrar uma outra refração na desnecessidade do processo de fiscalização preventiva (ou exercício de direito de veto político) para justificar

modo, quando um tribunal (mormente um tribunal administrativo no âmbito de acções administrativas especiais de declaração de ilegalidade do regulamento), se depara com um acto que, não constituindo um regulamento administrativo, se pretende fazer valer como tal, deve considerá-lo totalmente improdutivo *enquanto regulamento administrativo*.

Por outro lado, faltando os requisitos que permitem qualificar uma actuação como regulamento administrativo, admitir-se-á, com maior facilidade, o exercício de um poder de recusa de aplicação: em rigor, estar-se-á apenas perante o afastamento, *in concreto*, de algo que alguém (em regra, a Administração) pretende fazer valer como regulamento administrativo⁴⁰³, mas que a ordem jurídica não reconhece como tal.

3.4. Invalidade do regulamento e respectivas consequências jurídicas

A afirmação da invalidade de um regulamento não prescinde da indagação das consequências jurídicas da mesma, em termos de aferir se conduz à nulidade, à anulabilidade ou a uma espécie de invalidade atípica. A submissão das normas regulamentares a tão díspares parâmetros de vinculação introduz um elemento complexificador no problema. Recorde-se que, exceptuando os casos em que a violação dos parâmetros de vinculação conduz à mera irregularidade do regulamento, este pode padecer de invalidade por atentar contra a Constituição, contra uma norma de direito internacional geral ou comum ou de direito europeu que com ele se encontre numa relação de habilitação, contra a lei, contra um regulamento hierarquicamente superior, contra um contrato sobre o exercício do poder regulamentar ou contra uma promessa unilateral de regulamento. As dificuldades emergentes das relações assim estabelecidas leva a questionar se se torna possível erigir um regime da invalidade do regulamento que abranja toda e qualquer violação da juridicidade a que a Administração se encontra adstrita ou se, pelo contrário, a resolução do problema da invalidade do regulamento depende do parâmetro violado e/ou do vício em causa.

a não promulgação ou assinatura do diploma pelo Presidente da República (ou pelo Representante da República); considere-se, v. g., o caso de o Governo pretender praticar um acto administrativo através de um decreto regulamentar. Nesta hipótese, a não promulgação corresponde à realização de uma tarefa, incluída justamente no controlo característico desta fase procedimental, destinada à verificação dos requisitos para subsumir o acto em causa no tipo constitucional que aparenta. Neste sentido, v. Jorge MIRANDA, «Artigo 278.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 724, anotação VIII.

⁴⁰³ Trata-se de uma paráfrase a Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., p. 582, quando se reporta ao problema da inexistência de actos administrativos.

3.4.1. A anulabilidade como “regra” no Direito Administrativo e o «dogma da nulidade das normas»

O problema das consequências jurídicas associadas à invalidade do regulamento administrativo reveste contornos dogmáticos particularmente interessantes, pois que se encontra no ponto charneira de duas tendências-força que apontam em sentidos diversos: por um lado, a construção da invalidade na teoria do acto (e, mais tarde) do contrato administrativo, a privilegiar, em homenagem a uma ideia de estabilização do sistema jurídico administrativo, a sanção da anulabilidade; por outro lado, a conceptualização da questão da invalidade das normas, a erigir a nulidade como a sanção vigente neste domínio, com todas as consequências radicais e devastadoras que importa para os efeitos jurídicos produzidos pelas normas inválidas.

A construção jurídica da teoria das invalidades no Direito Administrativo é, em larga medida, tributária da teoria do acto administrativo, onde se verifica uma mais significativa sedimentação de conceitos que na teoria do regulamento ou que na teoria do contrato administrativo. A esta realidade não será alheia, como veremos, a ausência de tratamento da matéria da invalidade do regulamento em sede substantiva, não existindo, quanto a esta problemática, disposições similares às constantes dos artigos 133.º e seguintes do CPA (ou dos artigos 283.º e seguintes do CCP).

O regime característico das invalidades administrativas resulta, em especial, da aplicação de critérios substanciais-teleológicos, fundamentalmente orientados em torno da essencialidade ou gravidade do vício e da conseqüente lesão da ordem jurídica e do interesse público, mas sem descurar a sua evidência da lesão, oscilando entre a nulidade – caracterizada pela improdutividade jurídica dos efeitos normais do acto afectado – e a anulabilidade – determinante da sua produtividade condicionada e potencial⁴⁰⁴. Nesta medida, a nulidade está prevista para os casos em que a referida lesão da ordem jurídica

⁴⁰⁴ Cf. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 295 e ss. (295 e 297); Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 287 e 289; Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., p. 355.

Na teoria geral do direito, v. Oliveira ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 70. Repare-se, porém, que os objectivos que presidem a esta diferenciação entre nulidade e anulabilidade não se revelam idênticos no direito público e no direito privado. Assim, por exemplo, no direito civil, o regime da nulidade dirige-se fundamentalmente à salvaguarda do interesse público, destinando-se a anulabilidade à protecção do interesse particular de certas pessoas (cf., v. g., Manuel de ANDRADE, *Teoria...*, vol. II, cit., p. 416); por seu lado, no direito público, como resulta também das considerações tecidas no texto, a opção entre anulabilidade e nulidade decorre da ponderação entre interesses públicos conflituantes, não se destinando a primeira à protecção exclusiva do interesse privado, tanto mais quando, como defende alguma doutrina, a tutela dos direitos dos particulares corresponde hoje, pelo menos em parte, a um interesse público (assim, M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 222).

decorrente do vício que afecta o acto jurídico em causa se anuncia de tal forma grave, que a respectiva salvaguarda só se encontrará satisfeita com a total improdutividade do acto; pelo contrário, nas hipóteses de anulabilidade, entende-se que o atentado contra o ordenamento não assumiu uma gravidade tal, que tolha totalmente a eficácia jurídica do acto, admitindo-se, por conseguinte, que, em homenagem a determinados interesses (públicos, mas também privados), subsistam certos efeitos jurídicos. No fundo, e após a análise da gravidade do vício e da teleologia da norma violada, importará ponderar, no mínimo, se deve prevalecer o interesse público da tutela da legalidade administrativa ou os interesses públicos da salvaguarda da certeza do direito e da continuidade da acção administrativa, bem como os interesses privados alicerçados à sombra do acto jurídico inválido⁴⁰⁵.

A caracterização diferenciada da nulidade e da anulabilidade conduz a diferentes regimes próprios de cada uma das figuras. Assim, a circunstância de a nulidade determinar que o acto afectado nunca tenha produzido quaisquer efeitos jurídicos (fazendo equivaler esta ineficácia *ab initio* a uma não obrigatoriedade ou não vinculatividade do acto para qualquer sujeito público ou privado⁴⁰⁶) e, portanto, operar *ipso iure* ou *ex vi legis*, leva a que a respectiva verificação assuma uma natureza declarativa, visto que tal improdutividade existe, independentemente de qualquer pronúncia (judicial ou administrativa) nesse sentido, sem prejuízo da sobrevivência dos designados «efeitos putativos»; em consonância com a gravidade do vício que lhe está subjacente, a nulidade é insanável por decurso do prazo ou por qualquer outro meio. Pelo contrário, a nota dominante da anulabilidade reside na produtividade provisória e na insusceptibilidade da sua invocação após o decurso do prazo; a menor gravidade ou essencialidade da lesão da ordem jurídica implica que a respectiva verificação (judicial ou administrativa) revista carácter constitutivo, podendo ainda ser susceptível de sanção, mediante ratificação, reforma ou conversão⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Defendendo a distinção entre anulabilidade e nulidade com base numa ponderação nestes termos (embora sem referência simultânea ao critério da gravidade do vício e da teleologia da norma violada), v. M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 223. Cf. também Cerulli IRELLI, *Corso...*, cit., p. 566.

⁴⁰⁶ ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», cit., p. 323, a propósito da nulidade dos actos administrativos; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 355, a propósito da nulidade dos regulamentos. Cf. também DOMÉNECH PASCUAL, *La Invalidez...*, cit., p. 128.

⁴⁰⁷ No direito privado, acrescem ainda duas diferenças de regime: uma, atinente às entidades com legitimidade para invocar a nulidade e a anulabilidade; a outra, concernente ao conhecimento oficioso pelo tribunal. Assim, resulta do cotejo entre os artigos 286.º e 287.º do Código Civil que, enquanto a nulidade é invocável por qualquer interessado e declarada oficiosamente pelo tribunal, só têm legitimidade para invocar

I. Uma consideração dos regimes sinteticamente expostos permite compreender a preferência do Direito Administrativo pela anulabilidade enquanto sanção regra ou, pelo menos, enquanto sanção residual correspondente a uma ofensa do ordenamento jurídico pelo acto administrativo. Inicialmente, esta posição encontrava-se suportada pelo argumento da presunção de validade dos actos da Administração (*favor acti*). Todavia, tal fundamento contém hoje um alcance pouco amplo: se as decisões administrativas são propostas à realização do interesse público, devendo, em princípio, considerar-se legítimas, tal não confere qualquer tipo de «legitimidade provisória» aos actos administrativos; há, pois, que encarar com imensas cautelas o princípio da presunção de legitimidade das actuações administrativas, até porque este se afigura consonante com uma concepção já perimida a respeito da actividade da Administração. Por outro lado, a preferência pelo referido regime assentaria no próprio sistema de Administração (executivo ou continental) pelo qual nos regemos, já que a opção pela anulabilidade consagra uma posição mais reforçada da máquina administrativa perante os cidadãos⁴⁰⁸, também coerente com o sistema de administração executiva no qual, agora com traços menos vincados, continua a inserir-se o nosso sistema de Administração⁴⁰⁹. Contudo, e em última análise, a preferência pelo regime-regra da anulabilidade destina-se a proteger os direitos dos administrados, que reclamam uma força estabilizadora do acto, em homenagem à segurança e estabilidade das situações jurídicas construídas à sombra daquele⁴¹⁰.

α) No caso do acto administrativo, e por força do artigo 135.º do CPA, o regime regra (*hoc sensu*) da invalidade consiste na anulabilidade. Um especial apego às ideias de

a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, dependendo o seu conhecimento pelo tribunal dessa invocação.

Trata-se, contudo, de uma diferença entre nulidade e anulabilidade que se assume como não essencial no plano do Direito Administrativo. No que respeita à invalidade do acto administrativo, e não obstante o teor do artigo 134.º do CPA (susceptível induzir noutro sentido), não existem diferenças nas entidades com legitimidade para impugnar um acto administrativo inválido, em função da nulidade ou anulabilidade que o afecte (cf. artigo 55.º do CPTA); por outro lado, admite-se que o juiz possa identificar a existência de causas de invalidade diversas das que hajam sido alegadas, independentemente de as mesmas se reconduzirem à nulidade ou anulabilidade (cf. artigo 95.º, n.º 2, do CPTA).

⁴⁰⁸ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 656, anotação I ao artigo 135.º.

⁴⁰⁹ V. Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., p. 356.

⁴¹⁰ Cf. Vieira de ANDRADE, «A Nulidade...», cit., pp. 336 e 338. Sobre a função estabilizadora do acto administrativo, v. também Vieira de ANDRADE, «Algumas Reflexões a Propósito da Sobrevivência do Conceito de “Acto Administrativo” no Nosso Tempo», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 1220.

«estabilidade» (das relações jurídicas criadas pelos actos ou à sua sombra) e de «autoridade» do acto administrativo⁴¹¹, a protecção da confiança e a tutela dos direitos dos cidadãos justificaram a adopção de um regime cuja característica primordial, em termos práticos, consiste na preclusão, pelo decurso do tempo, do direito de invocar a anulabilidade⁴¹².

Um raciocínio coerente conduziria agora a afirmar que a nulidade, enquanto a solução mais gravosa atribuída pelo ordenamento jurídico para determinadas invalidades, se aplicaria às hipóteses *tipificadas* na lei. A redacção do artigo 133.º do CPA permite, porém, entrever uma solução diversa, promovendo uma diferenciação entre nulidade por natureza e nulidade por determinação da lei, ou, mais do que isso, consagrando uma «cláusula geral de nulidade», acompanhada por uma referência (exemplificativa) aos actos nulos por determinação legal⁴¹³. Os actos nulos por natureza são aqueles a que falta um elemento essencial (cf. artigo 133.º, n.º 1) – *i. e.*, um elemento de tal modo importante para a «vida» do acto (além dos referidos no n.º 2), que este não pode considerar-se perfeito na medida em que o não possua⁴¹⁴ –, devendo-lhes ser aplicado o regime típico da nulidade, tal como resulta do artigo 134.º. Uma interpretação teleológica e axiologicamente adequada do n.º 1 do artigo 133.º reserva o regime mais gravoso da nulidade não apenas para os casos de inexistência substancial (em que ao acto falta um elemento essencial, comum a todos os actos administrativos)⁴¹⁵, mas ainda para as situações em que se

⁴¹¹ Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., p. 586.

⁴¹² Não constitui esta uma posição isenta de críticas: recuperando o sentido originário da anulabilidade do acto administrativo como “resquício do Estado de polícia”, A. Salgado de MATOS («Algumas Observações Críticas Acerca dos Actuais Quadros Legais e Doutrinários da Invalidez do Acto Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, pp. 61 e ss.) questiona a admissibilidade de tal posição num Estado de direito.

⁴¹³ Vieira de ANDRADE, «A Nulidade...», cit., p. 335.

⁴¹⁴ Sobre a noção de elementos essenciais do acto, v. Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., p. 587; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 411; M. Rebelo de SOUSA, «Regime jurídico do acto administrativo», cit., p. 179; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento...*, cit., p. 642, anotação V ao artigo 133.º; M. Rebelo de SOUSA/Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 160 e s..

⁴¹⁵ Esta asserção não pretende, porém, mascarar os problemas emergentes do eventual reconhecimento da absorção da inexistência pela figura da nulidade. A doutrina tradicional considerava a inexistência como uma forma de invalidade (*rectius*, a forma mais grave de invalidade do acto administrativo). Após o CPA ter associado a nulidade à falta de elementos essenciais do acto, alguns Autores inclinaram-se no sentido de entender a inexistência como destituída de operatividade (cf., *v. g.*, M. Rebelo de SOUSA, «Regime do Acto Administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 46, p. 46, advogando que as características tradicionalmente associadas à inexistência – insanabilidade, absolutidade, declaração administrativa-jurisdicional, irratificabilidade, irreformabilidade, inconvertibilidade, totalidade – estão presentes no regime da nulidade; já muito mais moderadamente, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 43 e s.).

verifique a ausência de um elemento essencial ao tipo de acto em causa, o qual, nesta hipótese, se encontra ferido por um vício de tal modo grave, que se revela inaceitável a produção dos respectivos efeitos⁴¹⁶. Em relação aos actos nulos por mera determinação da lei, em princípio não lhes falecerá nenhum elemento essencial, ainda que a cominação legal da nulidade para certos vícios de possa justamente destinar a estabelecer a essencialidade de determinado elemento. Assim, e não faltando nenhum elemento essencial à pronúncia, o regime a aplicar aos actos nulos por determinação da lei deverá ser visto à luz da norma (especial) que prevê essa mesma consequência – por interpretação da mesma, poderá, inclusivamente, concluir-se pela aplicação de um regime mais moderado⁴¹⁷.

Alguns sectores doutrinários não deixam, contudo, de se interrogar sobre a subsistência da categoria, aceitando a presença de certas nulidades-inexistências previstas na lei, enquanto figuras que exprimem um tipo mais agravado de sanção para um acto ao qual faltam elementos de tal modo essenciais ou para uma situação de tal maneira «anti-jurídica» que não podem deixar de revestir uma forma de invalidade mais onerosa. Aliás, o próprio CPTA acaba por admitir a figura da inexistência em várias disposições (aludindo à declaração de inexistência de actos administrativos, embora submetida, em regra, à mesma disciplina da declaração de nulidade) – v. artigos 2.º, n.º 2, alínea *d*), 4.º, n.º 2, alínea *a*), *d*) e *e*), 46.º, n.º 2, alínea *a*), 47.º, n.º 2, *in principio*, 50.º, n.º 1, 58.º, n.º 1, 70.º, n.º 3, 71.º, n.º 1, 79.º, n.º 3, 85.º, n.º 4, 95.º, n.º 3, 120.º, n.º 1, alínea *a*), e 132.º, n.º 1. V. também M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 638 e s., comentários II e III, para quem as diferenças entre um acto administrativo nulo e um acto administrativo inexistente cifrar-se-iam, designadamente, na possibilidade de o vício de inexistência poder ser conhecido por qualquer categoria de tribunais, na eficácia *erga omnes* da declaração de inexistência jurídica e na não subsistência de efeitos putativos. Por seu lado, Vieira de ANDRADE («A Nulidade...», cit., p. 338) acolhe a figura do “acto inexistente”, quando reportada a “nulidades específicas, absolutas ou gravíssimas” (qualificadas pelo legislador como tal ou correspondente a casos excepcionalmente graves de carência absoluta de elementos essenciais), às quais deve ser aplicado o regime da nulidade de forma irrestrita, como sucede com a coacção absoluta, a usurpação de poder e a falta territorial de atribuições.

No direito comparado, na teoria do acto, García de ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (*Curso...*, vol. I, cit. p. 621), v. g., consideram que a categoria da inexistência refere-se exclusivamente aos actos que carecem de toda a aparência de legitimidade, que desrespeitam exigências verdadeiramente elementares, óbvias e evidentes, sendo, por isso, insusceptíveis de produzir quaisquer efeitos, constituindo estes os únicos actos a que os particulares não estão obrigados a obedecer. Todavia, nunca deixam de aparecer nesta noção características que a transformam num «refugio» (uma categoria funcionalizada às necessidades) relativamente às sanções previstas para os vícios do acto administrativo: na perspectiva de CHAPUS (*Droit...*, cit., p. 1014), a inexistência constitui uma «noção funcional», à qual o juiz recorre quando é necessário ou conveniente afeiçoar o regime das invalidades (por exemplo, ao nível do prazo de interposição do *recours pour excès de pouvoir* – cf. também GAUDEMET, *Droit...*, cit., pp. 119 e s.). Por sua vez, em Itália, e também no quadro da teoria do acto, a figura da inexistência, quando admitida, encontra-se reservada para os *provvedimenti* que apresentem disformidades particularmente graves – em especial, para as hipóteses de «carência de poder» (*carezza di potere*) – e possui um impacto decisivo em matéria de repartição de jurisdições, porquanto apenas a afirmação de uma inexistência consente a intervenção dos tribunais comuns relativamente a actos ou comportamentos reconduzíveis ao exercício do poder administrativo (cf. MATTARELLA, «Il Provvedimento», cit., pp. 902 e ss.; v., porém, Cerulli IRELLI, *Corso...*, cit., pp. 571 e ss.; SANDULLI, *Manuale...*, tomo I, cit., p. 669).

⁴¹⁶ Assim, Vieira de ANDRADE, «Nulidade e Anulabilidade do Acto Administrativo – Acórdão do STA de 30.5.2001, P. 22251», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, p. 47, cuja posição seguimos de perto.

⁴¹⁷ Defendendo, há muito, em termos gerais, a necessidade de adequar o regime jurídico da nulidade de actos administrativos, v. Vieira de ANDRADE, «A “Revisão”...», cit., p. 187 e s., a propósito da declaração de nulidade administrativa; «Validade...», cit., pp. 590 e s. (cf. também, mais recentemente, «A Revisão...», cit., p. 60; «A Nulidade...», cit., pp. 342 e ss.).

β) A disciplina da invalidade do *contrato administrativo* – e, por conseguinte, a opção entre as sanções da nulidade e da anulabilidade – surge modelada pelos artigos 283.º e seguintes do CCP, os quais estabelecem uma *summa divisio*, em função, por um lado, do carácter derivado ou próprio do vício (artigos 283.º e 284.º) e, por outro lado, da natureza do contrato (artigo 285.º). A análise destas disposições aponta para uma oscilação entre a nulidade e a anulabilidade.

Estando em causa uma invalidade derivada, a sanção da nulidade ou da anulabilidade do contrato depende, respectivamente, da nulidade ou anulabilidade dos actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração⁴¹⁸. Todavia, atenta a menor

O regime da nulidade dos actos surge já ductilizado, em homenagem a razões de estabilidade e segurança jurídicas, v. g., no domínio do direito do urbanismo [onde, aliás, a regra parece inverter-se, assumindo-se a nulidade já não como excepção, mas como regra – assim, Licínio LOPES, «Alguns Aspectos Fundamentais do Regime Material das Operações Urbanísticas», in: F. Alves CORREIA (coord.), *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo – Actas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 144; F. Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, p. 309, n. 322; A. Salgado de MATOS, «Algumas Observações...», cit., pp. 58 e s.]. Efectivamente, os actos de gestão urbanística, ainda quando padeçam de nulidade, não são impugnáveis a todo o tempo: o n.º 4 do artigo 69.º do RJUE estabelece que a possibilidade de o órgão administrativo declarar a nulidade dos actos de gestão urbanística que praticou caduca no prazo de dez anos, caducando também o direito de o Ministério Público propor a correspondente acção administrativa especial (prevista no n.º 1 do mesmo preceito), se os factos que determinaram a nulidade não lhe forem participados nesse prazo, excepto se estiverem em causa actos relativos a monumentos nacionais e respectiva zona de protecção. Cf. ainda Vieira de ANDRADE, «A Nulidade...», cit., pp. 345 e s.. Alertando já para os perigos e dificuldades que as consequências devastadoras da nulidade implicavam no âmbito dos actos de gestão urbanística, cf. Pedro GONÇALVES/Fernanda Paula OLIVEIRA, «A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística», in: *Revista do CEDOUA*, n.º 1, ano II, 1999, pp. 17 e ss., esp.^{1c} pp. 31 e ss..

Entendendo que a limitação temporal da invocação da nulidade dos actos de gestão urbanística configura a previsão de uma invalidade mista, v. F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 687 – o que conduz à conclusão de que o referido prazo de caducidade se estenderá, de acordo com a teleologia inerente ao mencionado n.º 4 do 69.º, às acções administrativas especiais de impugnação intentadas por qualquer interessado ou pelas entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA (cf. também Fernanda Paula OLIVEIRA/Maria José Castanheira NEVES/Dulce LOPES/Fernanda MAÇÃS, *Regime...*, cit., pp. 444 e ss., comentário 5 ao artigo 69.º; Fernanda Paula OLIVEIRA, «A Alteração Legislativa ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: Uma Lebre que Saiu Gato...?», in: *Direito Regional e Local*, n.º 0, Outubro/Dezembro 2007, p. 68). Ulteriores reflexões conduziram F. Alves CORREIA (*Manual...*, vol. III, cit., p. 316), na senda de Licínio LOPES («Alguns Aspectos...», cit., pp. 145 e s.) – Autor que encara a questão sob a óptica do princípio da tutela jurisdicional efectiva e da tutela da boa fé do particular –, a reequacionar o problema, questionando se a referência constante do n.º 4 do artigo 69.º não se deveria considerar reportada apenas ao Ministério Público, não valendo o prazo de caducidade relativamente ao directo lesado pelo acto de gestão urbanística.

⁴¹⁸ Do confronto entre a redacção dos n.ºs 1 e 2 do artigo 283.º do CCP parece resultar que, quando o acto procedimental padeça de nulidade, esta invalidade só inquina o contrato quando haja sido declarada judicial ou administrativamente; tal não acontece quando o acto procedimental se encontre ferido de uma causa de anulabilidade, já que apenas se considera o contrato anulável “se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração”. Não vemos motivo para a diferença de regime, sobretudo quando se tem em conta a natureza duvidosa de uma solução que defenda a contaminação automática do contrato pela invalidade do acto – contaminação essa cujos pressupostos deveriam revestir menor exigência quando o vício conduz à anulabilidade do acto (nessa altura, um vício menos grave) do que quando determina a respectiva nulidade. Nesta medida, e apelando à presunção do

gravidade implicada nos vícios geradores desta sanção, o legislador limita os efeitos da anulabilidade dos actos procedimentais sobre a validade do contrato: por um lado, admite que, nos casos de consolidação, convalidação ou renovação (sem reincidência no vício) do acto anulável em que assentou a celebração do contrato, esta anulabilidade não se repercute sobre a validade do contrato (cf. artigo 283.º, n.º 3); por outro lado, permite que, por decisão judicial ou arbitral, seja afastado o efeito anulatório, quando a ponderação dos interesses públicos e privados em presença e a gravidade geradora do vício do acto procedimental permita concluir que a anulação do contrato se revela desproporcionada ou contrária à boa fé, ou ainda quando se demonstre inequivocamente que o vício não importaria uma modificação subjectiva no contrato, nem uma alteração do seu conteúdo substancial⁴¹⁹. Nas hipóteses de invalidade própria, a regra aponta também no sentido da anulabilidade, já que esta constitui, nos termos do artigo 284.º, a sanção prescrita para a ofensa de princípios ou normas injuntivas, excepto nos casos em que se verifique qualquer das situações previstas no artigo 133.º do CPA ou quando o vício determine a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo – caso em que o contrato padece de nulidade. Como logo se compreende, também aqui pesou, quanto à escolha da sanção associada à invalidade, um critério de ponderação de interesses e de avaliação da gravidade de vícios⁴²⁰.

A natureza jurídica do contrato influi ao nível das disposições aplicáveis à anulabilidade ou nulidade: nos termos do artigo 285.º, aos contratos com objecto passível de acto administrativo e aos contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o

legislador razoável, talvez se deva interpretar restritivamente o n.º 2 do artigo 283.º no sentido de que a anulabilidade do acto só determinará a anulabilidade do contrato depois da anulação (judicial ou administrativa) do primeiro.

Ainda mais exigente e criticando a comunicação de vícios do acto ao contrato, v. Vieira de ANDRADE, «A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”», in: *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 26 e s.; embora saudando parcialmente a solução legislativa quanto ao problema da nulidade, o Autor propugna ainda uma maior restrição, circunscrevendo a possibilidade de comunicação aos vícios de conteúdo e aos vícios comuns ao acto e ao contrato («invalidades comuns»), entendendo que, nos demais casos, a nulidade deveria causar, em regra, apenas a anulabilidade do contrato. Sobre o regime da invalidade do contrato no CCP, v. ainda Raquel CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, Coimbra, 2010, esp.^{te} pp. 341 e ss., 471 e ss..

⁴¹⁹ Eis o aspecto que Vieira de ANDRADE («A Propósito...», cit., pp. 24 e s.) designa como uma «dogmática contratual sensata», visto que assegura a autonomia do contrato (como acordo de vontades) face ao procedimento pré-contratual e garante a eficácia estabilizadora das relações jurídicas a ele subjacentes – afastando qualquer solução que aproximasse este problema do regime dos actos consequentes e esclarecendo que só afectarão o contrato os actos procedimentais prejudiciais, *i. e.*, aqueles que influenciaram irreversivelmente a configuração do contrato em aspectos nucleares.

⁴²⁰ Assim já também Vieira de ANDRADE, «A Propósito...», cit., p. 352.

regime da invalidade previsto para o acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta, aplicando-se aos demais contratos o regime de invalidade consagrado no direito civil. Trata-se, porém, de uma diferença mais aparente que real, pelo menos no que tange à construção do regime das consequências das invalidades. Com efeito, para além de as sanções previstas na lei administrativa se inspirarem claramente na forma como as mesmas se encontram delineadas na lei civil e de uma grande porção dos aspectos substantivos se encontrar disciplinada apenas pelo Código Civil⁴²¹, os termos da invocação dos vícios geradores de uma e de outra (em especial, a legitimidade e o prazo) estão unificados pelo regime contemplado no CPTA: o n.º 1 do artigo 40.º explicita quais as entidades dotadas de legitimidade processual activa para propor uma acção relativa à invalidade do contrato (que não destrinça entre invalidade própria e derivada ou entre contrato com objecto passível de acto administrativo e outros contratos), decorrendo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 41.º o prazo da respectiva propositura (a todo o tempo, quando o contrato padeça de nulidade; no prazo de seis meses contado da data da celebração do contrato ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado, mesmo se se tratar de contrato administrativo ao qual, nos termos do n.º 2 do artigo 285.º do CCP, se aplicaria o regime da invalidade do direito civil).

II. Já em matéria de invalidade de normas, tem prevalecido o que a doutrina vem designando como o «dogma da nulidade» (*Nichtigkeitsdogma*)⁴²² a apontar, estando em causa regulamentos, inequívoca e primacialmente, no sentido da nulidade.

No plano *substantivo*, a opção pela nulidade das actuações do poder executivo constituiu a resposta inicial lógica à preponderância assumida pelo princípio da legalidade, num contexto tipicamente positivista, onde a lei era identificada com o direito – a levar alguma doutrina a considerar que a ofensa da subordinação à lei por parte dos órgãos administrativos lhes toldava a própria qualificação como órgãos ou servidores do Estado

⁴²¹ *In casu*, a capacidade dos contraentes, o conteúdo possível, as divergências entre a vontade e a declaração e os vícios de vontade – cf. também Vieira de ANDRADE, «A Propósito...», cit., pp. 355 e s., sublinhando a desconsideração da diferença estatutária entre a posição do contraente público e a do contratante privado.

⁴²² Sobre os argumentos que têm sustentado o dogma da nulidade das normas (também infra-legislativas) inválidas, cf. OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., pp. 2806 e ss.. Cf. também WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., p. 37; ainda hoje avançando dúvidas sob esta perspectiva, v. DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit...*, cit., p. 160. V. ainda IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., 23 e ss. (associando a nulidade à fiscalização judicial da constitucionalidade das leis), e pp. 39 e ss. (a propósito da nulidade das actuações administrativa inválidas).

(*Staats-Diener*)⁴²³. Nesta ordem de ideias, e no caso da invalidade das normas administrativas, a balança entre legalidade e segurança/estabilidade vem pendendo, em absoluto, para a primeira. A esta concepção também não foi alheia a construção das consequências jurídicas da inconstitucionalidade que, por força do princípio *lex superior legi inferiori derogat* (agora generalizado aos restantes estratos normativos do sistema jurídico), se considerou gerar a nulidade das normas (sobretudo quando em causa estava uma violação de direitos fundamentais), já que apenas esta sanção representaria uma autêntica garantia da Constituição contra os ataques do poder normativo infra-constitucional⁴²⁴. A nulidade dos regulamentos em qualquer caso apareceu ainda defendida com base em argumentos de carácter quase ontológico⁴²⁵, segundo os quais a própria natureza do regulamento como norma jurídica (por definição, aplicável a um número indeterminado ou indeterminável de destinatários e situações) imporia que os interesses da tutela da legalidade e da protecção dos direitos dos particulares sobrelevassem sempre os interesses da continuidade da acção administrativa e da certeza ou da estabilidade na aplicação do direito⁴²⁶ – ao contrário do que sucederia relativamente à invalidade do acto administrativo que, *ex definitione*, se dirige a um número determinado ou determinável de destinatários e situações, exigindo uma sanção de invalidade que salvaguarde a confiança daqueles⁴²⁷. A afirmação peremptória da nulidade destes últimos não teria em vista uma autêntica diferenciação entre tipos de vícios, associando-se, no caso dos regulamentos, tal consequência às hipóteses de vícios de conteúdo, incompetência e forma externa de manifestação, em plena consonância com uma ideia de evidência, mas desconsiderando a existência de vícios procedimentais⁴²⁸.

A nulidade apareceu ainda alicerçada em razões de ordem *contenciosa*, atenta a necessidade de defesa dos cidadãos contra as normas que os afectassem, protecção que

⁴²³ Cf. IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., p. 40, citando Minnigerode.

⁴²⁴ V. BÖCKENFORDE, *Die Sogenannte Nichtigkeit Verfassungswidriger Gesetze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, p. 32, embora referindo-se, especificamente, à relação entre a Constituição e a lei.

⁴²⁵ Neste sentido se compreende a afirmação de Walter JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1928, p. 255), de acordo com a qual o regulamento (seja uma *Verordnung*, seja uma *statuarische Vorschrift*) tem o “vício [escrito] na cara” (*Mangelhaftigkeit auf der Stirn*), ao contrário do que sucede com o acto administrativo: se, prossegue o Autor, uma proibição (geral) de reunião efectuada por regulamento é notoriamente inconstitucional, a proibição de uma determinada reunião por acto administrativo pode ser válida.

⁴²⁶ Assim, M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 229, defendendo, com base nesta argumentação, que “o regulamento ilegal é sempre nulo”.

⁴²⁷ V. MAURER, «Bestandkraft für Satzungen?», in: *Festschrift für Otto Bachof*, Beck, München, 1984, pp. 221 e s., cotejando a invalidade de normas e a invalidade de actos administrativos.

⁴²⁸ Cf., sobre todos estes aspectos, DOMÉNECH PASCUAL, *La Invalidez...*, cit., pp. 130 e ss...

poderia ser posta em causa se se propugnasse a adopção de uma consequência diversa para a invalidez normativa. Com efeito, e como sublinha a doutrina germânica, na génese desta teoria encontrava-se um problema de cariz adjectivo, que consistia em determinar se, na resolução dos casos concretos, os juízes poderiam não aplicar leis inconstitucionais e regulamentos ilegais, sendo que apenas a qualificação da antijuridicidade como nulidade permitiria a recusa judicial de aplicação das mesmas⁴²⁹.

Contra a vigência *à outrance* do «dogma da nulidade», a doutrina vem defendendo a respectiva «matização»⁴³⁰, que passa não só pela percepção de que a violação dos parâmetros de vinculação nem sempre acarreta a invalidez da norma (como vimos a propósito da irregularidade dos regulamentos), mas ainda pela consideração de que os vícios invalidantes também não têm de importar, em qualquer caso, a nulidade das normas afectadas. Por conseguinte, a progressiva fragilização deste dogma vai resultar quer da modificação do regime de que tradicionalmente gozava a nulidade (operando, *v. g.*, em tópicos como a total improdutividade *ab initio* do acto afectado ou a invocabilidade a todo o tempo), quer da limitação dos casos em que a invalidez das normas gera a sua nulidade (ou porque se reconhece a existência de vícios irrelevantes e não invalidantes, ou por se admitirem consequências alternativas à nulidade).

Para além das dúvidas já suscitadas no plano da nulidade como consequência da inconstitucionalidade de leis⁴³¹, no horizonte da invalidez das normas regulamentares, esta evolução, traçada pela doutrina germânica desde os anos setenta do século passado, encontrou impulsos decisivos no âmbito do direito urbanismo, com base nos §§155a e 155b da *Bundesbaugesetz*⁴³², de acordo com os quais não só a violação de disposições

⁴²⁹ Não se trata, contudo, de posição unânime: a propósito justamente da recusa de aplicação de leis inconstitucionais pela Administração, alguma doutrina chamava a atenção para o facto de a nulidade das leis inconstitucionais se não encontrar expressamente afirmada em qualquer fonte de direito positivado, e para a circunstância de, em momento algum, o Tribunal Constitucional haver considerado que a nulidade daquelas consubstanciasse uma «nulidade *ipso iure*», podendo tratar-se antes de uma mera anulabilidade, defendendo a natureza constitutiva da declaração do *Bundesverfassungsgericht* – em qualquer das hipóteses, esta argumentação destinava-se a inviabilizar a fiscalização administrativa da constitucionalidade de leis. Cf., sobre esta matéria, HOFFMANN, «Die Verwaltung...», cit., p. 194; GÖTZ, «Der Wirkungsgrad...», cit., p. 1178; IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 164 e s.; MAURER, «Bestandkraft...», cit., p. 221; BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 239 e s..

⁴³⁰ MELERO ALONSO, *Reglamentos...*, cit., p. 431.

⁴³¹ Cf., *v. g.*, OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 295 e ss.; BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 32, ambos a propósito do problema da recusa de aplicação de normas.

⁴³² Com correspondência nos actuais artigos §§214 e seguinte do *Baugesetzbuch*: o §214 especifica as condições da relevância jurídica dos vícios que afectam os planos de utilização de superfícies (*Flächennutzungspläne*) e as *Satzungen* adoptadas nos termos do mesmo diploma (n.º 1), reconhecendo, por conseguinte, a existência de vícios irrelevantes; o §215 fixa um prazo para a invocação de ofensas a

procedimentais ou formais por planos de utilização de superfícies (*Flächennutzungspläne*) se tornaria irrelevante (*unbeachtlich*) se não fosse invocada dentro do prazo de um ano⁴³³, como também os vícios da ponderação inerentes ao procedimento só seriam relevantes quando evidentes ou nos casos em que tivessem influenciado o êxito da própria ponderação⁴³⁴. A esta mutação não foi alheia uma certa consciencialização da relevância dos vícios de procedimento no plano das normas administrativas: se, até então, se havia equacionado o problema da invalidade dos regulamentos essencialmente por referência aos vícios materiais, a disciplina estabelecida pela *Bundesbaugesetz*, a propósito do procedimento de elaboração dos planos urbanísticos, veio conferir uma nova luz ao problema, permitindo questionar a prestabilidade de um modelo alicerçado em torno do dogma da nulidade⁴³⁵. Passam agora a intervir, ao lado de considerações atinentes à juridicidade do agir da Administração e à defesa dos direitos subjectivos dos cidadãos (afectados pela ilegalidade), imperativos relacionados com a eficiência administrativa, valores potencialmente em conflito no cenário em que nos movemos⁴³⁶. Além disso, a potencial perplexidade emergente da opção pelo critério da evidência (e não pelo da gravidade) acaba por se atenuar em virtude da elaboração jurisprudencial do *Bundesverwaltungsgericht*, que não o circunscreve à fácil recognoscibilidade do vício,

determinadas disposições do *Baugesetzbuch*; o (actualmente revogado) §215a admitia ainda a sanção dos actos através da repetição do procedimento. Em suma, e ao abrigo da actual legislação urbanística, o dogma da nulidade surge fracturado pela previsão de vícios irrelevantes e pelo estabelecimento de um prazo de invocação de certos vícios (vícios temporalmente relevantes). Sobre estes preceitos, cf. ainda HOPPE/BÖNKER/GROTEFELS, *Öffentliches Baurecht*, cit., pp. 579 e ss.; BATTIS, *Öffentliches Baurecht...*, cit., pp. 101 e ss.; KREBS, «Baurecht...», cit., pp. 522 e ss.; COGNETTI, *La Tutela...*, cit., pp. 139 e ss.; DOMÉNECH PASCUAL *La Invalides...*, cit., pp. 143 e ss..

⁴³³ Solução próxima encontramos no direito do urbanismo francês, igualmente motivado para a estabilização das soluções urbanísticas: dispõe o artigo L.600-1 do *Code de l'Urbanisme* que, por via de regra, a ilegalidade resultante de um vício de forma ou de procedimento que afecte instrumentos de gestão territorial (*hoc sensu, schéma directeur, schéma de cohérence territoriale, plan d'occupation des sols, plan local d'urbanisme, carte communale* ou *document d'urbanisme*) não pode ser invocada por via de excepção, ultrapassados seis meses sobre a entrada em vigor do instrumento em causa. Trata-se de uma norma que escapa ao regime geral de impugnação dos *actes administratifs*, uma vez que, embora a interposição do *recours pour excès de pouvoir* contra um *règlement* possua um prazo de dois meses, é possível invocar, a todo o tempo, a ilegalidade do regulamento a título de excepção (cf., v. g., JACQUOT/PRIET, *Droit de l'Urbanisme*, 6.ª ed., Dalloz, Paris, 2008, pp. 865 e s.; CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, cit., pp. 803 e s.).

⁴³⁴ O alcance destas disposições encontrava-se, todavia, limitado pelo disposto no §155c, porquanto a irrelevância do vício valia apenas em relação ao controlo judicial, mas já não ao controlo administrativo, prevendo o citado preceito o dever da autoridade de controlo de verificar a validade dos planos, independentemente das cláusulas sanatórias contempladas nos parágrafos anteriores.

⁴³⁵ V. também DOMÉNECH PASCUAL, *La Invalides...*, cit., pp. 134 e ss..

⁴³⁶ Cf. WAHL, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, n.º 41, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1983, p. 171, a propósito do §155b da *Bundesbaugesetz*, onde foi o legislador a efectuar uma tarefa de concordância prática entre os valores em conflito.

mas, relacionando-o com o poder de cognição do tribunal, pressupõe a evidência das circunstâncias idóneas a manifestá-lo em juízo⁴³⁷. Nesta altura, a tónica do problema da invalidez das normas reside na necessidade de ponderação entre os vários princípios jurídicos e os diversos interesses (públicos) em causa⁴³⁸.

Tal influência acabou por se espelhar na tentativa de (re)construção dogmática de uma teoria das invalidades que tivesse em conta estes valores. As preocupações de ductilização do regime da invalidez verificam-se sobretudo quanto aos vícios de procedimento, buscando a jurisprudência apoios no critério da evidência (defendendo que tais vícios apenas conduziram à nulidade quando evidentes)⁴³⁹ ou no critério da gravidade da lesão, do sentido, fim e peso das disposições procedimentais em causa, numa clara aproximação à teoria das invalidades do acto administrativo⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Cf. COGNETTI, *La Tutela...*, cit., pp. 144 e ss..

⁴³⁸ A este propósito, é assaz interessante a imagem desenvolvida por W. Hoppe (tradução *apud* DOMÉNECH PASCUAL, *La Invalidez...*, cit., p. 7) para sublinhar a relevância da ponderação no quadro da teoria da invalidez das normas, em especial, das disposições constantes de planos urbanísticos. A expressividade do Autor justifica uma citação mais extensa: “uma dona de casa sensata, quando a comida está queimada ou a sopa demasiado salgada (...) actua de acordo com a máxima de Ulpiano (...): *Utile per inutile non vitiatur* (...). Em vez de se entregar ao rígido dogma da nulidade, destruindo a comida ou a sopa, a dona de casa é antes levada a limitar o dano e as consequências do defeito, enriquecendo a sopa com ingredientes correctores do sabor que escondam o gosto a salgado (...), separando as partes queimadas da comida das não afectadas e, em caso de necessidade, continuando a cozinhar noutra recipiente (...). Enfim, a dona de casa sensata segue o ecotrofológico princípio da conservação da comida (...) ainda quando tenha algum defeito. Se, além disso, a dona de casa for inteligente, ponderará se a limitação do dano é defensável e suportável, em relação a um marido altamente susceptível ou a convidados de gosto sensível. Nesta ponderação, e de acordo com o princípio da concordância prática entre a conservação do cozinhado e as sensibilidades dos convidados, assinalará certos limites àquele princípio ecotrofológico. No cálculo também incluirá o gasto no seu aspecto temporal e material”.

⁴³⁹ Por este critério se norteou o *Bundesverfassungsgericht*, quando negou o carácter evidente a um vício procedimental – e, por conseguinte, rejeitou que ele determinasse a nulidade do regulamento (*in casu*, uma *Verordnung* do Governo federal) –, na medida em que a tramitação seguida para a sua adopção correspondia a uma prática seguida há algum tempo e até ao momento não contestada, argumentando que a nulidade de todos os regulamentos emitidos com os mesmos vícios procedimentais estaria menos de acordo com a Constituição do que a aceitação da prática inconstitucional.

⁴⁴⁰ Assim se orientou o *Bundesverwaltungsgericht* que criou uma espécie de metódica de diferenciação, estabelecendo expressamente que nem toda a violação de disposições procedimentais de protecção (v. g., como sucede com as relativas ao direito de audiência) tem como consequência a nulidade do regulamento. Sobre o alcance desta jurisprudência, cf. DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit...*, cit., pp. 158 e ss., aludindo expressamente aos «critérios de diferenciação» (*Differenzierungskriterien*), seguidos pelo Supremo Tribunal Administrativo alemão; aliás, como nota o Autor, a orientação jurisprudencial em causa revela uma aproximação nítida à teoria das invalidades do acto administrativo, especialmente relevante, quer quando se atenta que o n.º 1 do §44 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* associa a nulidade dos actos a vícios especialmente graves, quer quando se considera a uniformidade de critérios seguida nas decisões daquele Tribunal no momento da apreciação da nulidade de actos administrativos e regulamentos (defendendo que, em qualquer das hipóteses, a sanção da nulidade fica reservada para os actos ou regulamentos que se revelam totalmente incompatíveis com a ordem jurídica).

3.4.2. Os regimes delineados no direito positivado

Qualquer concepção relativa às consequências e ao regime da invalidade dos regulamentos administrativos deve ser elaborada à luz do ordenamento concreto a que se reporta. Entre nós, a disciplina jurídica da invalidade do regulamento surge essencialmente recortada de uma perspectiva contencioso-adjectiva, não possuindo o CPA (ao contrário do que sucede com o acto administrativo) disposições atinentes à invalidade do regulamento⁴⁴¹. Trata-se, porém, de uma falta que encontra, contudo, alguma compensação no desenvolvimento dogmático da invalidade normativa no âmbito do controlo da constitucionalidade. Não se estranhará, por isso, que principiemos por abordar a temática do regime da invalidade do regulamento por violação da Constituição, para, logo em seguida, apreciar o regime da invalidade do regulamento por violação de outros parâmetros de vinculação, regime esse que, constando do CPTA, se encontra moldado sob directa inspiração do primeiro.

3.4.2.1. O regime da invalidade do regulamento por violação da Constituição

A relevância assumida, para o problema da identificação do regime da invalidade dos regulamentos, pelo desenho constitucional dos processos de fiscalização de normas (onde também se incluem as normas regulamentares) não decorre, de forma impreterível, da natureza substancialmente superior apresentada pelos *vícios* em causa; quer dizer, e como resulta de considerações já tecidas, a inconstitucionalidade de regulamentos não toca apenas aspectos materiais (*maxime*, tangentes à ofensa de direitos fundamentais), mas abrange também problemas formais, como sucede, em termos paradigmáticos, com a violação do dever de citação da lei habilitante – amiúde suscitado na jurisprudência constitucional. Esta consideração permite-nos, de imediato, chamar a atenção para dois aspectos: por um lado, o regime da fiscalização da constitucionalidade não prevê especificidades em função do tipo de vício (material ou formal/procedimental) em causa (ressalvado o disposto no n.º 2 do artigo 277.º); por outro lado, o facto de a

⁴⁴¹ Diversamente, em Espanha, o n.º 2 do artigo 62 do *Regimén Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* prevê expressamente que “serão nulas de pleno direito as disposições administrativas que ofendam a Constituição, as leis ou outras disposições administrativas de grau superior, as que regulem matérias reservadas à lei, e as que estabeleçam a retroactividade de disposições sancionatórias não favoráveis ou restritivas de direitos individuais”. Nem assim ficam, contudo, eliminadas as dúvidas sobre as consequências associadas à ilegalidade (*lato sensu*) dos regulamentos, questionando a doutrina se a nulidade mencionada no citado preceito constitui uma nulidade absoluta ou uma nulidade relativa (assimilável à anulabilidade) – sobre esta matéria, v. GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 225 e ss.; PAREJO ALFONSO, *Lecciones...*, cit., pp. 155 e ss..

inconstitucionalidade do regulamento poder resultar indiferentemente da ofensa de disposições materiais e formais/procedimentais e, por conseguinte, em algumas hipóteses, se revelar axiologicamente neutra não desvanece a circunstância de estar em causa uma violação de um parâmetro de vinculação dotado de uma força normativa superior.

Considerando que a problemática da inconstitucionalidade dos regulamentos apenas emerge quando em causa estão processos de fiscalização sucessiva⁴⁴² abstracta ou concreta (controlo sucessivo por acção), cumpre apreciar o respectivo regime jurídico, sob a óptica interessada de apreender as notas características das consequências jurídicas tradicionalmente associadas à invalidez, ainda que enfatizando, pela relevância que assumem neste quadro, as consequências resultantes de decisões positivas proferidas nesses processos.

Relativamente ao processo de fiscalização abstracta sucessiva, regem os artigos 281.º e 282.º que estabelecem, respectivamente, o objecto de controlo e as entidades dotadas de legitimidade processual activa, bem como os efeitos de declaração de inconstitucionalidade (e de ilegalidade reforçada). Trata-se de um processo cuja instauração não depende de prazo e se encontra circunscrita aos entes mencionados no n.º 2 do artigo 281.º. A decisão do Tribunal Constitucional possui eficácia retroactiva (com ressalva dos casos julgados) e determina a repriminção das normas revogadas pela norma agora declarada inconstitucional, implicando a força obrigatória geral de que se encontra imbuída a decisão a produção de efeitos relativamente a todos os poderes públicos e a todas as pessoas privadas⁴⁴³. A par destes efeitos-regra, o n.º 4 do artigo 282.º confere ao Tribunal o poder de desenhar efeitos mais restritos, quando intervenham razões (devidamente fundamentadas) de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo que aconselhem nesse sentido: ao abrigo deste preceito, pode o

⁴⁴² o objecto de controlo do processo de fiscalização preventiva assume um pendor mais restrito, encontrando-se, desde a revisão de 2004, excluído o controlo de regulamentos, tendo sido alterado o n.º 2 do artigo 278.º, que previa precisamente a possibilidade de submissão a fiscalização preventiva de decretos regulamentares de lei geral da República. Sobre a *ratio* da previsão anterior à revisão de 2004 e a sua eliminação, v., por todos, Rui MEDEIROS, «Artigo 233.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 428, anotação VIII, e Jorge MIRANDA, «Artigo 278.º», cit., p. 724, anotação VI.

⁴⁴³ Sobre os efeitos dos acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos no âmbito do processo de fiscalização abstracta sucessiva, cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1009 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 283 e ss.; Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., p. 91 e ss.; F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 98 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., p. 183 e ss.; Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 113 e ss..

Tribunal Constitucional fixar efeitos prospectivos para a declaração de inconstitucionalidade ou excluir a repristinação de normas inconstitucionais⁴⁴⁴.

Como sublinhámos no final da Parte II (2.4.3.), a fiscalização concreta da constitucionalidade, moldada sob a inspiração do sistema norte-americano da *Judicial Review*, constitui uma forma de controlo incidental da constitucionalidade (e da legalidade reforçada) de normas, com a particularidade de admitir a apreciação da questão da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, em via de recurso (restrito à questão da inconstitucionalidade)⁴⁴⁵. A circunstância de este processo se configurar como um controlo concreto e incidental conduz a que a legitimidade e o momento azado para a invocação do incidente de inconstitucionalidade se encontrem directamente conexiados com o processo em que a inconstitucionalidade da norma é suscitada⁴⁴⁶, e a procedência do pedido tenha como efeito a desaplicação da norma inquinada no caso concreto, cuja resolução se efectuará como se a mesma não tivesse existido no ordenamento jurídico e, por consequência, originando também uma repristinação *ad casum*. Todavia, e ao contrário do que sucede no sistema de fiscalização abstracta, a decisão positiva do Tribunal Constitucional (que, excepto nos casos em que se prevê recurso obrigatório do Ministério Público, é eventual) não determina a eliminação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

⁴⁴⁴ Para um amplo desenvolvimento da tipologia dos efeitos susceptíveis de restrição nos termos do n.º 4 do artigo 282.º, cf. Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 300 e ss..

⁴⁴⁵ É de registar, a este propósito, a previsão, no n.º 3 do artigo 280.º da Constituição, do recurso obrigatório do Ministério Público, quando se trate de decisões positivas de inconstitucionalidade relativas a decretos regulamentares [do Governo, mas já não decretos regulamentares regionais – neste sentido, Coutinho de ABREU, *Sobre os Regulamentos...*, cit., p. 122, n. 292; Rui MEDEIROS, «Artigo 280.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 750, anotação VII.g); equacionando o problema, cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 947, anotação XI ao artigo 280.º]. Se subjacente à norma se pode encontrar uma presunção de constitucionalidade dos actos legislativos e equiparados (sobre o *favor legis* como fundamento da norma em análise, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 994), aqui estendida aos decretos regulamentares, em virtude da exigência procedimental ao nível da fase do controlo que pressupõem (submissão a promulgação presidencial e a referenda ministerial), a norma em causa possui impactos mais adjectivos que substantivos, da mesma não se podendo retirar um argumento no sentido da anulabilidade (ou de uma sanção menos gravosa) para este tipo de regulamentos; com efeito, aqui intervêm sobretudo considerações decorrentes de um sistema que pretende reservar para o Tribunal Constitucional a última decisão sobre a constitucionalidade das normas, objectivo que se acentua quando em causa estão actos dotados de uma relevância constitucional específica (v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 947, anotação XI ao artigo 280.º; Rui MEDEIROS, *últ. Op. cit., loc. cit.*, bem como as considerações desenvolvidas deste Autor em *A Decisão...*, cit., pp. 71 e ss.).

⁴⁴⁶ A legitimidade para suscitar o incidente de inconstitucionalidade pertence a qualquer parte no processo, devendo o juiz ter dela conhecimento oficioso, como decorre do já analisado artigo 204.º da CRP. Por sua vez, em termos temporais, exige-se que a questão de inconstitucionalidade seja suscitada durante o processo, *i. e.*, num momento em que o tribunal da instância ainda possa ter conhecimento mesma. Sobre estes aspectos, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 983 e ss.; Rui MEDEIROS, «Artigo 280.º», cit., pp. 755 e ss., anotação VIII.d).

A partir do desenho constitucional dos processos de fiscalização, torna-se possível identificar um conjunto de características próprias da inconstitucionalidade⁴⁴⁷, que determina a improdutividade *ipso iure* do acto afectado (com a consequente natureza meramente declarativa das decisões judiciais que a reconheçam), a possibilidade de impugnação da norma a todo o tempo, e a insanabilidade do vício, mas que não prejudica a obrigatoriedade do acto, pelo menos relativamente aos particulares (salvo quando esteja em causa uma violação de direitos, liberdades e garantias abrangida pelo direito de resistência). Tais particularidades de regime conduzem a maioria da doutrina nacional a concluir pela nulidade, como consequência regra da invalidade das normas inconstitucionais⁴⁴⁸.

3.4.2.2. O regime da invalidade do regulamento por violação de outros parâmetros de vinculação

Nos casos em que o regulamento ofenda parâmetros de vinculação de valor infra-constitucional, a apreciação da sua invalidade a título *principal* segue o regime da declaração de ilegalidade previsto nos artigos 72.º e seguintes do CPTA⁴⁴⁹: os processos impugnatórios aqui consagrados serão, por isso, mobilizados para fazer face a ilegalidades (*lato sensu*), decorrentes da violação de normas de direito internacional geral ou comum, emergentes da violação das normas de direito internacional e de direito da União que se

⁴⁴⁷ *V.*, numa perspectiva esquematizada, Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 104 e s..

⁴⁴⁸ Cf. Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 956; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., 975, anotação II ao artigo 282.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 105 e ss. (aludindo, embora, a uma “nulidade *sui generis* peculiar ao Direito Constitucional”); M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., pp. 233 e ss. (referindo-se à “nulidade atípica”); A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 244 e ss..

Cf. ainda as posições modeladas de: Bacelar GOUVEIA (*Manual...*, vol. II, cit., pp. 1332 e s.), que aponta para um “regime de invalidade mista” (mas aceita a existência de um “valor positivo do acto inconstitucional” – cf. *Op. cit.*, pp. 1329 e s., e *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*, AAFDL, Lisboa, 1992); Rui MEDEIROS, inicialmente («Valores...», cit., pp. 496 e ss.) admitindo a anulabilidade de leis inconstitucionais, sem prejuízo de reconhecer que, em determinadas situações (mais graves: usurpação de poder legislativo pelas regiões autónomas e pelas autarquias locais, certos casos de inconstitucionalidade formal e violação do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias), a lei inconstitucional padece de nulidade e, mais tarde (*A Decisão...*, cit., pp. 871 e ss.), aludindo à nulidade como regra [com a qual é coerente a ressalva dos casos julgados constante da primeira parte do n.º 3 do artigo 282.º – «Artigo 282.º», cit., p. 835, anotação V.e)], mas sem desconsiderar a anulabilidade em casos excepcionais; e Blanco de MORAIS (*Justiça...*, tomo I, cit., pp. 227 e ss., 243 e ss., respectivamente), considerando a nulidade como sanção da invalidade decorrente da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, mas entendendo a paralisação da eficácia como sanção da invalidade em processo de fiscalização concreta. *V.* ainda Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 125 e ss. (sustentando a modelação do desvalor jurídico pelo Tribunal Constitucional).

⁴⁴⁹ Só assim não acontecerá quando a violação importe uma ilegalidade reforçada (cf., *supra*, 2.4.), caso em que se seguirá o regime de fiscalização da ilegalidade reforçada, constitucionalmente previsto nos artigos 281.º e 282.º – tal como decorre, aliás, do n.º 2 do artigo 72.º do CPTA.

assumam como habilitantes para a emanação do regulamento, bem como da ofensa de normas e princípios de valor legal, de normas regulamentares hierarquicamente superiores ou ainda das cláusulas contratuais ou dos actos administrativos que, nos termos supra-apontados, constituam parâmetros de vinculação dos regulamentos⁴⁵⁰.

A secção dedicada ao contencioso dos regulamentos começa por delinear uma tipologia dos vícios, distinguindo o n.º 2 do artigo 72.º do CPTA entre vícios próprios e vícios derivados da invalidade de actos praticados no âmbito do respectivo procedimento de aprovação. A esta dicotomia não alia, porém, o legislador quaisquer consequências substantivas ou processuais.

Em face das diversas disposições constantes da secção em análise, o problema da delimitação das consequências jurídicas a atribuir aos vícios de que padecem as normas regulamentares há-de efectuar-se, precipuamente, por referência às disposições que prevêem a ausência de prazo para pedir a declaração de ilegalidade (artigo 74.º), àquelas que estabelecem a legitimidade processual activa (artigo 73.º, *passim*) e o âmbito judicial de cognição dos vícios (artigo 75.º) ou os efeitos da declaração de ilegalidade (previstos, quanto à declaração com força obrigatória geral, no artigo 76.º).

Assim, dispõe o artigo 74.º que a declaração de ilegalidade pode ser pedida a todo o tempo⁴⁵¹. Numa primeira análise, trata-se de uma regra compreensível se atentarmos em que a previsão de um prazo de impugnação deixaria ao arbítrio das entidades com legitimidade processual activa (em regra, os afectados pelo regulamento) a persistência de normas ilegais no ordenamento jurídico, criando uma forma de “derrogação” de leis: a

⁴⁵⁰ Cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 438, anotação IV ao artigo 72.º, adoptando uma perspectiva igualmente ampla.

⁴⁵¹ A esta regra opõe-se a excepção dos regulamentos emanados no âmbito de procedimentos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, sujeitos ao processo urgente delineado para o contencioso pré-contratual e, nessa medida, impugnáveis, de acordo com o artigo 101.º, no prazo de um mês (cf. também M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 448, anotação II ao artigo 75.º). Sobre as demais especificidades deste processo, cf. Pedro GONÇALVES, «Avaliação do Regime Jurídico do Contencioso Pré-Contratual Urgente», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, Março/Abril 2007, pp. 3 e ss. (esp.^{te} p. 9), bem como o nosso trabalho «O Controlo...», cit., pp. 472 e ss.. Estão aqui em causa, primordialmente, o programa do concurso/programa do procedimento e o caderno de encargos (cf. artigos 41.º e seguintes do CCP), como há muito vem salientando a doutrina nacional – cf., v. g., Margarida Olazabal CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 241; M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 134 e ss.,

“derrogação” por regulamento a partir do momento em que transcorresse o prazo de impugnação⁴⁵².

Relativamente ao poder de cognição do juiz, o artigo 75.º amplia o conhecimento a vícios não invocados pelas partes, admitindo a declaração de ilegalidade com fundamento na ofensa de princípios ou normas jurídicas diversos – a implicar que todos os vícios determinantes da ilegalidade (no apontado sentido amplo perfilhado pelo CPTA) são de conhecimento oficioso, sugerindo concomitantemente uma aproximação ao regime geral (e não especificamente jurídico-administrativo) da nulidade. No mesmo sentido aponta o facto de o pedido de declaração de ilegalidade se poder deduzir por quem seja, ou possa previsivelmente vir a ser, lesado pela norma ou pela sua aplicação⁴⁵³, a recordar a susceptibilidade de invocação da nulidade por qualquer interessado, identificado com o titular de qualquer relação jurídica cuja consistência prática ou jurídica seja afectada pelo acto viciado⁴⁵⁴.

São, sobretudo, as disposições da lei processual sobre os efeitos das sentenças prolatadas em sede de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral que constituem arrimos determinantes para a compreensão das consequências jurídicas da invalidade de normas regulamentares.

No quadro do regime anterior à reforma de 2002, a configuração legislativa dos efeitos das sentenças de declaração de ilegalidade de normas com força obrigatória geral, moldado pelo artigo 11.º do ETAF de 1984 (efeitos *erga omnes*, prospectivos e repristinatórios), levava a doutrina a entender que a invalidade regulamentar obedecia a um regime misto de nulidade e anulabilidade (tal-qualmente as mesmas figuras eram

⁴⁵² Assim, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 48 e s., e GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 226, daqui retirando os Autores um argumento para recusar a anulabilidade e afirmar a nulidade como sanção associada à invalidade do regulamento por violação da lei (cf., porém, o disposto no n.º 1 do artigo 46 da *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, que prevê um prazo de dois meses para, em sede de recurso contencioso-administrativo, impugnar uma disposição de carácter geral, que constitui objecto, a par do acto administrativo, do referido meio processual, nos termos do n.º 1 do artigo 25 do mesmo diploma; todavia, esta restrição não impede a invocação, a título incidental, da ilegalidade do regulamento, que, quando viciado, será sempre desaplicado no caso concreto). Advogando, entre nós, opinião idêntica à que agora propomos, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 448, anotação I ao artigo 74.º; Rui MEDEIROS, «Valores...», cit., p. 494.

⁴⁵³ A diversidade das fórmulas resulta da diferente configuração da legitimidade processual activa (acção particular) consoante esteja em causa a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (artigo 73.º, n.º 1) ou com efeitos circunscritos ao caso concreto (artigo 76.º, n.º 2). Sobre a legitimidade nas acções administrativas especiais de impugnação de normas, v. também as considerações que tecemos em «O Controlo...», cit., pp. 444 e s., 453.

⁴⁵⁴ Sobre a noção de interessado no âmbito do artigo 286.º do Código Civil, v., por todos, Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código...*, vol. I, p. 263, anotação ao artigo 286.º.

concebidas no quadro da teoria do acto administrativo ou da inconstitucionalidade de normas), sem prejuízo de, em certos casos, se defender já a admissibilidade de regimes diferentes, em função da gravidade das ilegalidades, advogando-se a existência de uma disciplina relativa a regulamentos nulos ou inexistentes, contraposta à dos regulamentos meramente anuláveis⁴⁵⁵. Tratava-se, aliás, de uma disciplina idêntica à traçada por Marcello Caetano, com base no disposto no Código Administrativo (artigos 54.º e 828.º, § único, n.º 2⁴⁵⁶), sob a designação de «nulidade radical», e caracterizada pela possibilidade de alegação e declaração a todo o tempo pelos tribunais competentes e pela ressalva dos efeitos produzidos em momento anterior ao da declaração de nulidade⁴⁵⁷.

Actualmente, o artigo 76.º do CPTA desenha os efeitos das sentenças de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral⁴⁵⁸ à luz dos efeitos dos acórdãos do Tribunal Constitucional proferidos em sede de fiscalização abstracta sucessiva constantes do artigo 282.º da CRP (eficácia retroactiva, efeitos repristinatórios, ressalva dos casos julgados, possibilidade de restrição de efeitos⁴⁵⁹) – com uma diferença não despicienda: a criticável

⁴⁵⁵ Exactamente nestes termos, v. Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 136. Diversamente, propugnando que da fórmula do artigo 11.º do anterior ETAF resultava a nulidade como sanção típica das normas inválidas, cf. Blanco de MORAIS, «A Invalidade...», cit., pp. 141 e ss. (ainda que, logo adiante, se aproxime da figura da nulidade radical).

⁴⁵⁶ O artigo 54.º feria com a nulidade as disposições dos regulamentos e posturas locais que contrariassem as leis gerais da Nação; o n.º 2 do § único do artigo 828.º permitia a impugnação a todo o tempo das posturas e regulamentos policiais.

⁴⁵⁷ Cf. Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 515. A manutenção de uma solução similar (mormente no que tange à eficácia *ex nunc* da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral) chegou a ser equacionada no Anteprojecto que conduziu à reforma de 2002, mas constituiu objecto de violentas críticas por parte da doutrina – v., por todos, Paulo OTERO, «A Impugnação de Normas no Anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000, p. 47.

⁴⁵⁸ Embora o legislador não esclareça quais os efeitos associados à declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, deve entender-se que, ressalvada a possibilidade de restrição dos efeitos das sentenças (que deverá considerar-se ausente, neste domínio), a procedência do pedido possui eficácia retroactiva, determinando a repristinação das normas revogadas pela norma agora considerada ilegal (neste sentido, cf. também já Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 248; M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 453, anotação VI ao artigo 76.º). Para além dos subsídios colhidos no plano da tutela jurisdicional efectiva (quando esteja em causa um regulamento imediatamente operativo, por este meio se poder configurar como o único à disposição dos interessados), este entendimento sairá reforçado pela circunstância de o citado artigo 76.º do CPTA assumir o inegável valor substantivo de contribuir para a caracterização (senão mesmo de explicitar o regime) das consequências jurídicas da invalidade das normas regulamentares; assim sendo, dificilmente se compreenderia que, dependendo do tipo de acção em causa, se alterassem os efeitos das sentenças e, por conseguinte, sofresse uma alteração o tipo de consequência jurídica associada à invalidade das normas regulamentares.

⁴⁵⁹ No horizonte da possibilidade de restrição jurisdicional dos efeitos da declaração de ilegalidade, encontra-se quer a limitação de efeitos repristinatórios, quer a atribuição de eficácia *ex nunc* à sentença. Nesta última hipótese, não fica, contudo, precludida a invocação, a título incidental e por via de excepção, da invalidade da norma, no contexto da impugnação de um acto administrativo de aplicação da mesma. Daí que M. Aroso de ALMEIDA (*O Novo Regime...*, cit., p. 236, e *Manual...*, cit., p. 109) defenda que a eficácia *ex nunc* não possui sequer o alcance de tornar válida a norma em causa (cf. também M. Aroso de

ressalva dos casos decididos, presente no n.º 3 do artigo 76.º do CPTA (e ausente do artigo 282.º da Constituição⁴⁶⁰), que concorre, em larga medida, para aniquilar a eficácia retroactiva, prevista no n.º 1 do mesmo preceito. Repare-se, porém, que, no quadro da invalidade decorrente da ilegalidade, a referência expressa a uma mais alargada excepção aos efeitos retroactivos não será de estranhar, quando se pensa na possibilidade de modelar, neste cenário, um regime mais dúctil que o emergente da inconstitucionalidade. Na verdade, é nos casos de invalidades menos graves – como sucede com as ilegalidades simples apreciadas pelos tribunais administrativos, quando cotejadas com as inconstitucionalidades (ou ilegalidades qualificadas) examinadas pelo Tribunal Constitucional – que se justificará (se se justificar) um regime jurídico menos exigente. Todavia, pode questionar-se por que se não estendeu o regime a outras situações jurídicas consolidadas⁴⁶¹, designadamente aos contratos que se tenham tornado inimpugnáveis⁴⁶², situação que, por analogia, se poderia incluir ainda na hipótese da norma (pese o carácter anómalo inerente à mesma). Embora a favor da solução consagrada se possa ainda

ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 501, comentário 2. ao artigo 76.º). Parecendo propender para posição diversa, por considerar que, nesta hipótese, “os efeitos ilegalmente produzidos foram como que ratificados pela decisão do tribunal”, cf. Carla Amado GOMES, «A Suspensão Jurisdicional da Eficácia de Regulamentos Imediatamente Exequíveis», in: *Revista Jurídica*, n.º 21, Junho 1997, p. 298, n. 135 (figurando, em face do regime constante do ETAF de 1984 e da LPTA, a hipótese de o tribunal, quando decreta a ilegalidade do regulamento, fixar uma retroactividade mínima, desde o momento em que havia diferido a suspensão da eficácia).

⁴⁶⁰ Ainda que, em face do regime delineado pelo n.º 3 do artigo 282.º, a doutrina tenha meditado na possibilidade de estender a salvaguarda dos casos julgados aos casos decididos e outras situações jurídicas consolidadas (v., por todos, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1014 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 291 e s.; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 620 e ss.; Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 228 e ss.; cf. ainda Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., pp. 93 e s., n. 127; F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 123 e s.; totalmente contra tal extensão, v. Carla Amado GOMES, «O “Caso Decidido”: Uma Instituição (Ainda) do Nosso Tempo? Reflexões a Propósito do Art. 161.º do CPTA», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Julho/Agosto 2008, p. 19).

Perante as dúvidas relacionadas com esta questão, e admitindo a possibilidade de equiparação entre o caso julgado e o caso decidido, para efeitos do citado n.º 3 do artigo 282.º, o Tribunal Constitucional já ponderou a limitação, por razões de segurança jurídica, dos efeitos da sua decisão, de modo a “deixar intocados os actos administrativos praticados ao abrigo das normas objecto do (...) processo não impugnados contenciosamente ou que já não sejam susceptíveis de impugnação contenciosa” (Acórdão n.º 1147/96, de 12 de Novembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 35.º, 1996, p. 83; em sentido idêntico, cf. também Acórdão n.º 804/93, de 30 de Novembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 26.º, 1993, p. 56). Não se tratou, porém, de posição uniforme na jurisprudência constitucional: noutros arestos, o Tribunal considerou expressamente que a “consolidação [de efeitos emergente de um acto administrativo inopugnável], mesmo não constituindo caso julgado em sentido estrito, por não proceder de decisão judicial, há-de, no entanto, a ele ser equiparada para efeito do disposto no artigo 282.º, n.º 3, da Constituição” (Acórdão n.º 786/96, de 19 de Junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 34.º vol., 1996, p. 34; v. Acórdão n.º 32/2002, de 22 de Janeiro, in: *Diário da República*, II Série, n.º 41, 18.02.2002, p. 3146), para, mais recentemente, afastar qualquer equiparação constitucionalmente imposta entre caso julgado e caso decidido, não obstante a discussão de que aquele preceito tem sido alvo (cf. Acórdão n.º 370/2008, de 2 de Julho, in: *Diário da República*, II Série, n.º 155, 12.08.2008, p. 35834).

⁴⁶¹ V. Carla Amado GOMES, «Dúvidas...», cit., p. 13.

⁴⁶² Chamando a atenção para este aspecto particular, cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 1020.

argumentar com a promoção da segurança jurídica, até ao CPTA salvaguardada pela eficácia prospectiva dos meios de impugnação de normas⁴⁶³, trata-se de um dispositivo que tem merecido diversas críticas por parte da doutrina que, no mínimo, procura limitar o seu alcance [fazendo apelo, por exemplo, ao regime dos actos consequentes de actos anulados ou declarados nulos, previsto na alínea *i*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA]⁴⁶⁴ ou considerá-lo como uma solução que comporta vícios lógicos e teleológicos⁴⁶⁵ e, no máximo, o tem por não escrito⁴⁶⁶. De qualquer modo, tornar-se-á sempre defensável uma interpretação restritiva do normativo legal, em termos de apenas salvaguardar as situações cobertas por actos inimpugnáveis susceptíveis de haver gerado, no máximo, legítimas expectativas na esfera jurídica dos cidadãos (o que não sucederá, por exemplo, quanto a actos desfavoráveis inimpugnáveis).

A retroactividade inerente à invalidade conhece limitações quando em causa está uma invalidade superveniente. Trata-se de uma asserção que aparece explícita no n.º 2 do artigo 282.º da CRP, que circunscreve os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de uma norma ao momento da entrada em vigor da norma constitucional posterior. Em idêntico sentido, e apesar de o artigo 76.º do CPTA o não referir, a doutrina vem entendendo que os efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral se reportarão, no caso de ilegalidade superveniente, ao momento da entrada em vigor da lei posterior⁴⁶⁷.

Algumas dificuldades pode enfrentar a identificação dos casos de ilegalidade superveniente, atenta a circunstância de se vir referindo como uma das causas da cessação da vigência do regulamento a sua revogação por acto legislativo⁴⁶⁸, a deslocar o problema da superveniência de uma norma legal incompatível com um regulamento anterior para o plano da eficácia e abandonando o plano da validade no qual a questão da ilegalidade superveniente é tematizada. A resolução deste *punctum crucis* possui um significado determinante para o nosso problema, uma vez que, a concluirmos que as situações mencionadas se resolvem pela mobilização do instituto da revogação, não nos

⁴⁶³ Exactamente nestes termos, M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., p. 235.

⁴⁶⁴ Assim, v. g., P. Delgado ALVES, «O Novo Regime...», cit., pp. 105 e ss..

⁴⁶⁵ Blanco de MORAIS, «Brevíssimas Notas...», cit., p. 9.

⁴⁶⁶ Cf. Carla Amado GOMES, «Dúvidas...», cit., pp. 11 e ss., e «O “Caso Decidido”...», cit., p. 24.

⁴⁶⁷ V. Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 248; M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 500, comentário 1 ao artigo 76.º; cf. ainda o nosso trabalho «O Controlo...», cit., p. 447, n. 72.

⁴⁶⁸ Cf., v. g., Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 255; Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 96; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 201.

depararemos com uma hipótese de recusa de aplicação, a qual pressupõe, tal-qualmente a recortámos na Parte II, a vigência formal da norma no ordenamento jurídico.

O problema das consequências da superveniência de uma norma legal materialmente incompatível com uma norma regulamentar anterior emerge no âmbito da designada revogação substitutiva e relaciona-se com o modo de articulação do princípio cronológico (*lex posterior*) com o princípio da hierarquia (*lex superior*), enquanto critérios de resolução de antinomias normativas. A circunstância de, neste cenário, o princípio cronológico assumir uma feição supletiva (*hoc sensu*, só funcionar na ausência da convocação de outro critério, designadamente, o critério da hierarquia⁴⁶⁹) levaria a negar, sob qualquer circunstância, a possibilidade de uma lei revogar um regulamento (e, portanto, a re-equacionar o problema dos actos susceptíveis de operar a cessação da vigência do mesmo, onde se vem incluindo a lei revogatória). Por outro lado, o princípio da prevalência da lei, incluído no conteúdo do princípio da legalidade da Administração, determina a superioridade dos actos legislativos face aos regulamentos, a determinar que, quando estes se tornem incompatíveis com a lei, violem o referido princípio e, por conseguinte, padeçam de invalidade.

Sem ignorarmos os aspectos delicados da questão concernentes com o relacionamento entre os referidos critérios de resolução de conflitos normativos, entendemos que a dilucidação dos casos de ilegalidade superveniente face aos de revogação legal não tem de receber uma resposta unitária em todas as situações.

Desde logo, cumpre autonomizar as hipóteses em que o próprio acto legislativo pretende, ao dispor uma disciplina diversa da constante de um regulamento anterior, revogar estas últimas, resultando tal desiderato de uma disposição expressa – apenas nestas situações se nos afigura possível configurar uma revogação legislativa (por substituição) de um regulamento administrativo, visto que o legislador chamou a si, *ex professo*, o tratamento normativo de uma matéria até então objecto de normas administrativas, com o propósito explícito de elevar o grau hierárquico da matéria⁴⁷⁰. Pelo

⁴⁶⁹ Cf., v. g., Blanco de MORAIS, *As Leis...*, cit., p. 242, que define, como pressupostos negativos do critério cronológico, a não resolução do conflito mediante outros critérios lógicos ou teleológicos, circunscrevendo-o (nas palavras do Autor) a um universo residual. No mesmo sentido, Joaquim ROCHA (*Constituição...*, cit., pp. 350 e s.), confrontado com um conflito entre o critério cronológico e o critério da hierarquia entende que o primeiro cede sempre perante o segundo, encontrando-se, em qualquer circunstância, ferida de invalidade a norma antinómica de grau inferior, independentemente de esta ser anterior ou sucessiva.

⁴⁷⁰ Para Paulo OTERO (*Direito...*, cit., pp. 408 e s.), a revogação exclusiva e directa do regulamento pelo legislador só se revelará admissível se for efectuada por decreto-lei no âmbito das matérias relativamente às quais o Governo goze de competência regulamentar dispositiva; nas demais hipóteses, *maxime* quando a revogação resulte de lei da Assembleia da República, encontra-se aquela ferida de inconstitucionalidade orgânica e material, por violação do princípio da separação de poderes. Ainda que concordemos com a perspectiva de fundo subjacente à tese do Autor – a autonomização da actividade normativa da Administração (que corresponde ao exercício da função administrativa) face à competência legislativa –, deverá entender-se que o facto de o sistema jurídico nacional não conhecer um conceito

contrário, nos casos em que a lei seja totalmente omissa quanto ao destino das normas regulamentares com ela incompatíveis (e, por conseguinte, se torne inviável, através da tarefa interpretativa das diversas disposições legislativas, ou até do preâmbulo, dilucidar uma «vontade revogatória»), estará indubitavelmente em causa uma ilegalidade superveniente. E não se pense que o caminho assume um pendor unilateralmente formal, que faz depender a solução, em exclusivo, da manifestação expressa da vontade do legislador: repare-se que, em qualquer das hipóteses, à norma regulamentar incompatível lhe falecerá sempre a vigência (no caso da ilegalidade, por lhe faltar a validade; na revogação, por carecer de eficácia); contudo, quando o legislador se pronuncia, de forma directa, sobre o destino das normas regulamentares inconciliáveis com o novo regime legal, as mesmas, independentemente de se encontrarem feridas de ilegalidade (por atentarem contra uma lei, ainda que posterior), cessam *formalmente* a sua vigência no ordenamento jurídico – porque sobre elas incidiu uma norma, dotada de força normativa superior, com pretensões revogatórias –, deixando de colocar ao intérprete quaisquer dúvidas sobre a admissibilidade da sua mobilização para a resolução de futuros casos concretos.

Considerando o regime delineado pelo CPTA, a doutrina não se tem revelado unânime na sanção associada à invalidade do regulamento (em consequência de uma ilegalidade *lato sensu*): se alguns perfilham a opinião de que se está diante de uma nulidade⁴⁷¹ (em consequência, *v. g.*, da ausência de prazo de invocação ou do conhecimento officioso dos vícios), outros defendem que a ilegalidade simples das normas regulamentares se caracteriza como uma invalidade mista ou uma nulidade atípica⁴⁷², assentando a sua conclusão no facto de a eficácia *ex tunc* da sentença poupar (para além dos casos julgados) os actos administrativos inimpugnáveis, excepção que acaba por tolher aquela retroactividade. Reconhece-se, porém, que a proximidade existente entre as soluções seguidas pelo CPTA, a propósito do regime da declaração de ilegalidade e as

material de lei impedirá que se considerem inconstitucionais, de plano, todos os actos legislativos que versem sobre matéria até então disciplinada por regulamento e concomitantemente determinem a revogação das normas regulamentares com ela conflitantes; a solução só assumirá contornos diversos quando se verifique estar o legislador a invadir autonomias normativas constitucionalmente delineadas, altura em que a lei estará ferida de inconstitucionalidade por violação das competências (normativas) previstas pela Constituição. Tal não impedirá que, fora das hipóteses de autonomia, se não equacione a violação do princípio da separação de poderes, da óptica da invasão da função administrativa pela função legislativa, tendo em conta a distinção tipológica efectuada na Parte I (cf. 3.4.).

⁴⁷¹ Assim, M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 450, anotação II ao artigo 76.º.

⁴⁷² Cf., *v. g.*, P. Delgado ALVES, «O Novo Regime...», cit., p. 102 (concebendo ainda que a atipicidade da nulidade resulta da possibilidade de modelação dos efeitos da sentença, nos termos do n.º 2 do artigo 76.º).

contidas no artigo 282.º da Constituição leva a apelar, *mutatis mutandis*, para as conclusões tiradas pela doutrina dominante relativamente à nulidade como consequência jurídica-regra da inconstitucionalidade das normas regulamentares.

3.4.3. Nulidade, anulabilidade ou invalidade atípica?

Decorre das opções tomadas quanto à concepção da irregularidade como categoria associada à ofensa de parâmetros de vinculação do regulamento que se não pode hoje persistir acriticamente na defesa do «dogma da nulidade» das normas, desde logo porque nem toda a antijuridicidade resulta numa invalidade. Importa agora apreciar se a recusa de tal dogma dá lugar à aceitação da nulidade como sanção-regra, à construção de um esquema binário de anulabilidade/nulidade ou à admissibilidade de sanções atípicas, não reconduzíveis a uma das referidas.

A análise empreendida dos dispositivos legais sobre o controlo judicial por acção do exercício do poder regulamentar (*maxime*, os concernentes aos efeitos das sentenças de procedência) vai permitir que, a partir destes dados, nos debrucemos sobre as consequências jurídicas associadas à invalidade do regulamento, tendo em conta que a construção dos regimes de invalidade normativa – muito embora tenha necessariamente de arrancar dos dados positivos existentes num dado sistema jurídico – também deve atender ao tipo e à gravidade do vício em causa e do parâmetro de vinculação ofendido⁴⁷³.

Desde logo, cumpre salientar, numa paráfrase a Ossenbühl⁴⁷⁴, que a alternativa entre nulidade ou validade – à luz da qual se vem entendendo a questão da invalidade normativa – é demasiado rigorosa para resolver todos os problemas que se lhe encontram subjacentes. Nesta medida, revela-se determinante evitar a adopção de soluções automáticas e estritas que, absolutizando os valores da certeza e da segurança, ignorem a justiça das soluções e o impacto que as mesmas possuem no sistema jurídico e na prossecução do interesse público. Sobretudo por estar em causa uma teorização sobre a temática da invalidade de *normas* jurídicas – as quais, por definição, tocam um número indeterminado de destinatários e de situações jurídicas –, urge perspectivar o problema, em

⁴⁷³ É este equilíbrio que Vieira de ANDRADE («Validade...», cit., pp. 590 e s.) tem em vista quando desenha o regime da invalidade do acto administrativo. Em sentido próximo, quanto ao problema da inconstitucionalidade de normas, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 247.

⁴⁷⁴ OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2808.

Em sentido diverso, defendendo, entre nós, a inadequação da teoria dos desvalores mistos ou atípicos no plano da invalidade do acto, cf. A. Salgado de MATOS, «Algumas Observações...», cit., p. 67, n. 38, em consequência da crítica contundente que tece em relação aos regimes da nulidade e da anulabilidade.

busca de soluções razoáveis, sob a óptica de uma “dogmática sensata”, que almeje o equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica, da tutela da juridicidade administrativa, da eficiência da Administração e da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos⁴⁷⁵, sem perder de vista os interesses subjacentes ao parâmetro de vinculação concretamente ofendido. Apenas desta forma se conseguirá criar uma teoria *substantiva* da invalidade do regulamento que, naturalmente, não poderá abstrair dos dados constantes do direito positivado, mas também não poderá encontrar o seu fundamento única e exclusivamente neles. Se se reconhece que a violação dos parâmetros de vinculação importa uma lesão no ordenamento jurídico, na medida em que põe em causa a respectiva arquitectura (mais ou menos complexa), também se deve admitir que a reacção do sistema se há-de pautar por critérios enraizados no princípio da proporcionalidade.

I. Em primeira linha, o regime da invalidade há-de ter em atenção o *tipo de vício* que afecta o regulamento, apesar de as soluções adoptadas pelo legislador processual não estabelecerem diferenciações. O juízo de invalidade e a atribuição das correspondentes consequências jurídicas não prescindem de uma ponderação a efectuar perante o caso concreto, embora se revele possível estabelecer um conjunto de bordões orientadores, que constituem as linhas fundamentais do respectivo regime. Assume aqui uma pertinência não despicienda a posição daqueles que, para dizermos com Vieira de Andrade⁴⁷⁶, fazem decorrer a escolha do regime da “aplicação de critérios substanciais («teleológicos») baseados [sobretudo] na gravidade e [ainda também] na evidência da lesão causada à ordem jurídica” e dos valores e *rationes* jurídicos, subjacentes aos parâmetros de vinculação violados, interpretando as disposições relativas à invalidade dos actos (jurídicos) “em função de um juízo valorativo de gravidade, que pressupõem, e não como meras decisões de qualificação formal, produtos da autoridade legislativa”. E o recurso a este critério não ocorre apenas nas hipóteses em que o parâmetro de vinculação ofendido assume natureza infra-constitucional, mas também, ressalvados os casos em que a sanção

⁴⁷⁵ Em sentido próximo, OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2812; v. também, do mesmo Autor, «Verwaltungsverfahren...», cit., pp. 465 e ss., esp.^{te} pp. 468 e ss., sobre a comparação e os métodos de equilíbrio entre protecção jurídica e eficiência.

⁴⁷⁶ Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 289, e «Nulidade...», cit., p. 47, respectivamente.

resulta da própria Lei Fundamental, nas situações em que a antijuridicidade decorra da vulneração dos princípios e normas constitucionais⁴⁷⁷.

Não obliterando os dados do direito constitucional positivado, dever-se-á entender que, no domínio da invalidez normativa, continua a vigorar a nulidade – não diremos como sanção-regra, mas – como sanção estatisticamente mais frequente. A esta nulidade não aparece configurada como implicando a total e integral improdutividade jurídica da norma inválida (em termos similares ao que alguma doutrina designa como nulidade-inexistência), pois que admite, quanto à inconstitucionalidade, a salvaguarda dos casos julgados e, nas hipóteses de ilegalidade, além daquela, a intangibilidade dos casos decididos. A par desta sanção, que, como veremos já a seguir, se deverá reservar para os vícios mais graves, surge um outro tipo de invalidez, insusceptível de recondução a qualquer uma das categorias clássicas, que designaremos como *invalidez atípica*, caracterizada por uma dulcificação dos efeitos associados à nulidade⁴⁷⁸. Esta concepção traduz mais uma manifestação da diversidade de soluções que o ordenamento português reserva para os regulamentos que atentem contra os respectivos parâmetros de vinculação: na linha de Bumke⁴⁷⁹, entendemos que as invalidezes atípicas (ou, como prefere aquele Autor, as “invalidezes relativas”) consubstanciam o espelho dos diferentes tipos de decisões de invalidez e de prescrições sobre as suas consequências jurídicas acolhidos por determinado sistema jurídico. Com Ossenbühl⁴⁸⁰, poderemos, por isso, também afirmar que, sem se chegar a defender a ocorrência de uma revolução copernicana em matéria de invalidez normativa, o Direito Administrativo exige hoje uma impostação adequada do problema, que introduza correções ao dogma da nulidade das normas.

Consideremos, pois, os arrimos positivos que nos autorizam aquela conclusão.

⁴⁷⁷ A permitir sublinhar que a inconstitucionalidade não gerará sempre uma «nulidade absolutamente típica» (A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 254).

⁴⁷⁸ A adopção de posições intermédias tem-se verificado também entre nós, no que tange às consequências jurídicas da nulidade, no domínio das invalidezes normativas. Assim, v. g., Blanco de MORAIS (*Justiça...*, tomo I, cit., pp. 234 e s.) admite que a nulidade, considerada pelo Autor como a consequência jurídica da inconstitucionalidade, possui um regime próprio, dotado de uma «elasticidade apreciável» e de uma «variabilidade repressiva», permitindo aí distinguir entre uma *nulidade com efeitos absolutos* (submetida ao regime regra constante do n.º 1 e primeira parte do n.º 3 do artigo 282.º da CRP) e uma *nulidade com efeitos relativos* (quando o Tribunal restringe os efeitos da sua decisão, à luz do n.º 4 do artigo 282.º da CRP), esclarecendo ainda que esta última não é sinónimo de anulabilidade, corporizando antes uma “*atenuação, com eficácia variável, da potência negativa quase-plena inerente à nulidade com efeitos absolutos*, que a Constituição erige a sanção-regra” (itálico no original).

⁴⁷⁹ BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., p. 91.

⁴⁸⁰ OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2812.

No domínio *adjectivo*, a dicotomia nulidade/invalidade atípica tem plena expressão na possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, nos termos do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição e do n.º 2 do artigo 76.º do CPTA⁴⁸¹, respectivamente – soluções de natureza *especial* (mas não de carácter excepcional⁴⁸²), a exigir uma também especial fundamentação e a modelar segundo uma ideia de proporcionalidade⁴⁸³. Tal possibilidade tem alguma equiparação na atribuição a actos nulos dos efeitos putativos previstos no n.º 3 do artigo 134.º do CPA, quando se entenda que estes últimos não resultam do “simples decurso do tempo” (donde resultaria estarmos diante de uma mera “juridicidade de facto”), mas pressupõem a intervenção de princípios jurídicos (como a boa fé, a protecção da confiança e a proporcionalidade) destinados a moderar o regime radical da nulidade⁴⁸⁴. De modo similar, no plano das normas, a fixação de efeitos mais restritos envolve uma ponderação⁴⁸⁵ dos valores da segurança jurídica, da equidade ou do interesse público de excepcional relevo. Assim, enquanto no primeiro caso se trata de efeitos resultantes do facto jurídico que um acto nulo também é, ou, mais concretamente, da conjunção do facto jurídico *tempo* com princípios normativos como os princípios da confiança ou da boa fé⁴⁸⁶, na hipótese de que agora curamos está em causa a possibilidade de modelação das próprias consequências jurídicas emergentes da invalidade das normas afectadas, em atenção à *ratio essendi* da norma, perspectivada à luz dos citados valores da segurança, equidade e

⁴⁸¹ Já M. Esteves de OLIVEIRA («A Impugnação...», cit., p. 49, n. 20) entendia que, embora o legislador não houvesse distinguido entre nulidade e anulabilidade dos regulamentos, tal não significava a inutilidade da destrinça, defendendo a existência de regulamentos apenas anuláveis; e se o legislador não tinha retirado consequências da distinção, poderia o tribunal fazê-lo ao abrigo do então n.º 3 do artigo 11.º do ETAF (materialmente correspondente ao actual n.º 2 do artigo 76.º do CPTA). Em sentido similar, e agora perante o CPTA, M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA (*Código...*, cit., p. 439, anotação V ao artigo 72.º) propugnam uma compreensão matizada das invalidades do regulamento, criticando a solução da impugnabilidade a todo o tempo em relação a algumas ilegalidades procedimentais desprovidas de gravidade e admitindo uma diferenciação entre invalidades, em sede de manipulação dos efeitos da sentença, nos termos do n.º 2 do artigo 76.º.

⁴⁸² Diversamente, A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 251, quanto ao artigo 282.º, n.º 4, da CRP.

⁴⁸³ Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 696 e ss., propugnando por uma leitura do n.º 4 do artigo 282.º à luz do princípio da proporcionalidade. *V.* também Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 288 e s.; Rui MEDEIROS, «Artigo 282.º», cit., p. 845, anotação IX.a).

⁴⁸⁴ Assim, Vieira de ANDRADE, «A Nulidade...», cit., p. 344.

⁴⁸⁵ Defendendo que a decisão do Tribunal Constitucional tomada ao abrigo do n.º 4 do artigo 282.º se encontra condicionada pelo princípio da proporcionalidade, *v.* Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 301.

⁴⁸⁶ Uma vez que, como também sustenta BELADIEZ ROJO (*Validez...*, cit., pp. 243 e s.), o facto de um acto padecer de nulidade não significa que não produza efeitos, mas tão-só que não deve produzi-los.

interesse público⁴⁸⁷. No fundo, tal significa que a modelação das consequências jurídicas da invalidez das normas, como momento integrante da tarefa (mais ampla e mais complexa) da interpretação, não pode ser descontextualizada quer dos demais valores e interesses *jurídicos*⁴⁸⁸ constitucional ou legalmente tutelados (a postular concomitantemente que até a invocação da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo não pode abstrair dos demais princípios vigentes no sistema jurídico), quer da realidade subjacente às normas feridas de invalidez e à respectiva teleologia⁴⁸⁹. Aliás, à teleologia subjacente à construção de invalidades atípicas preside justamente a necessidade de equilíbrio dos vários interesses e valores em jogo, que, a maioria das vezes, se não compadecem com soluções rígidas, antes reclamando regimes matizados⁴⁹⁰.

Agora no plano *substantivo*, encontramos no direito do urbanismo, *scilicet* no regime especial da nulidade dos planos, um outro argumento para a defesa da plasticidade do regime da invalidez normativo-regulamentar. Com efeito, depois de afirmar, no n.º 1, que padecem de nulidade os planos elaborados e aprovados em violação de qualquer instrumento de gestão territorial com o qual devessem ser compatíveis ou conformes, o n.º

⁴⁸⁷ E, contra esta argumentação, não se afirme que os poderes constantes do n.º 4 do artigo 282.º da CRP e do n.º 3 do artigo 76.º do CPTA representam apenas faculdades dirigidas à modelação dos efeitos das decisões jurisdicionais em causa e não dos efeitos da invalidez, já que tal distinção se revelará ociosa. Com efeito, a limitação dos efeitos das decisões jurisdicionais não constitui senão um sintoma de que a rigidez do regime radical da nulidade não opera em todas as hipóteses de invalidez normativa, carecendo tal disciplina de uma flexibilização teleologicamente orientada em função dos valores constitucional e legalmente expressos.

Não é, aliás, por acaso, que, nos debates parlamentares ocorridos aquando da revisão constitucional de 1982 (que introduziu o artigo 282.º da CRP, no qual se inspirou o artigo 76.º do CPTA), se discutiram os limites que iriam balizar o poder de restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, oscilando entre a ausência do estabelecimento de quaisquer critérios orientadores, remetendo o problema para a discricionariedade jurisdicional, e a previsão mais ou menos elástica e mais ou menos definida de valores em função dos quais se operaria a fixação de efeitos mais restritos. A opção (muito ponderada) por este último entendimento reflecte a importância claramente substantiva da questão, tendo em conta que, como foi também assinalado no âmbito dos trabalhos preparatórios, a não previsão de uma cláusula do teor da constante do n.º 4 do artigo 282.º poderia conduzir, em determinadas circunstâncias, a uma não declaração de inconstitucionalidade. Cf., sobre estas questões, *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 69 Suplemento, 20.03.1982, pp. 1288-(30) e ss., e n.º 93 Suplemento, 21.05.1982, p. 1762-(15).

⁴⁸⁸ Contrariamente ao que ainda foi defendido durante os trabalhos preparatórios (cf., v. g., *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 128, 28.07.1982, p. 5379), mesmo o «interesse público de excepcional relevo», a que se reporta o n.º 4 do artigo 282.º da CRP (recuperado pelo n.º 2 do artigo 76.º do CPTA), representa, para invocarmos as palavras de Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo VI, cit., p. 300), “qualquer interesse constitucionalmente não subsumível nas noções de segurança jurídica e de equidade”. Sobre a densificação do conceito de interesse público de excepcional relevo, cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 704 e ss..

⁴⁸⁹ Cf. também Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 299.

⁴⁹⁰ Neste preciso sentido, Vieira de ANDRADE, «Nulidade...», cit., p. 47, defendendo a existência de invalidades mistas.

2 do artigo 102.º do RJIGT dispõe que, “salvo menção expressa em contrário, acompanhada da necessária comunicação do dever de indemnizar, a declaração de nulidade não prejudica os efeitos dos actos administrativos entretanto praticados com base no plano”⁴⁹¹. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o legislador preservou a estabilidade dos actos de gestão urbanística⁴⁹², estabilidade essa garantida independentemente quer da natureza administrativa ou judicial da declaração de nulidade, quer da causa da nulidade (que não tem de se identificar necessariamente com a violação do princípio da hierarquia dos planos⁴⁹³), embora se admita que, em casos devidamente fundamentados, a nulidade atinja também os actos administrativos entretanto estabilizados – o que sucederá quando, ponderados os vários princípios jurídicos e interesses em jogo, se conclua que a violação se revelou tão grave que se torna insustentável a persistência de quaisquer efeitos do plano viciado. Recorde-se que a superação do dogma da nulidade no que tange à invalidade das normas infra-legais recebeu um contributo determinante da legislação urbanística, onde justamente avulta o interesse público da estabilidade das soluções urbanísticas entretanto adoptadas (e já consolidadas), sem obliterar o interesse geral da juridicidade do ordenamento jurídico-administrativo, satisfeito com a invalidade da disposição afectada.

⁴⁹¹ A acuidade revestida por esta norma assume maior expressão se a conciliarmos com o artigo 103.º, nos termos do qual “são nulos os actos praticados em violação de qualquer instrumento de gestão territorial aplicável”. *Prima facie*, os efeitos salvaguardados pelo n.º 2 do artigo 102.º constituem efeitos de actos nulos, *i.e.*, actos que, sendo compatíveis com um plano (*v. g.*, um plano director municipal) cuja nulidade decorre da violação de um instrumento de gestão territorial hierarquicamente superior (*v. g.*, um plano regional de ordenamento do território), padecem igualmente de nulidade porque ofendem este último.

Esta solução pode, todavia, resultar de uma aplicação alternativa do designado *princípio da compatibilidade limitada*, nos termos do qual a validade de um plano há-de ser aferida por referência ao plano imediatamente superior e não relativamente a todos os outros planos hierarquicamente superiores. Mobilizando este princípio de direito do urbanismo como elemento coadjuvante da interpretação do artigo 103.º, podemos concluir que a consequência da nulidade para os actos de gestão urbanística praticados em violação de *qualquer* instrumento de gestão territorial aplicável se volve na nulidade dos actos praticados em violação do instrumento de gestão territorial aplicável *que constitua o seu parâmetro de vinculação directo e imediato*.

⁴⁹² Note-se, em geral, que a estabilização das actuações administrativas, ainda que inválidas, constitui uma marca de contraste do direito do urbanismo, com o intuito de protecção dos vários interesses (públicos e privados) erguidos à sombra dos actos praticados. Além do já citado (*cf.*, *supra*, em nota) n.º 4 do artigo 69.º do RJUE, que estabelece um prazo de caducidade para a impugnação de actos de gestão urbanística que padeçam de nulidade, sufraga esta ideia a previsão segundo a qual a impugnação de determinados actos administrativos possui eficácia suspensiva *automática* (ao contrário do que sucede no regime geral), não se revelando necessária a propositura de qualquer providência cautelar com esse efeito, a permitir igualmente escapar às ponderações que lhes são próprias: eis a regra que resulta do artigo 115.º do RJUE para as ordens de demolição de obra e reposição de terreno, previstas no artigo 106.º do mesmo diploma.

⁴⁹³ Assim, F. Alves CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 685 e s..

II. A afirmação de uma dualidade de sanções e a admissibilidade de uma gradação reconducente à invalidez atípica impõem a fixação de critérios indicativos ou orientadores, que suportem uma posição não casuística, embora não prescindam de uma actividade interpretativa (*maxime*, jurisdicional) dirigida a afinar as soluções nos casos concretos. Não se ignore que, apesar da possibilidade de indicação de um conjunto de tipos de vícios associados a cada uma das sanções, a defesa da solução exposta convive necessariamente com uma margem de «insegurança», que a opção pela nulidade em qualquer hipótese diminuía (embora não eliminasse⁴⁹⁴). Contudo, estamos, uma vez mais, diante de um dos exemplos em que a «estática» tradicional das formas de actuação administrativa deve, sob pena de inadequação à realidade, ceder à «flexibilidade» que hoje pauta o agir da Administração⁴⁹⁵.

A nulidade consubstancia uma consequência a associar às situações mais graves de violação dos parâmetros de vinculação apontados, devendo reservar-se para os vícios de conteúdo que inviabilizem o exercício de direitos fundamentais (*maxime*, de direitos, liberdades e garantias) e que atentem contra princípios ou normas de *ius cogens* internacional ou que (estando em causa uma mera ilegalidade) impeçam o exercício de direitos constitucional e legalmente protegidos de cidadãos ou entidades públicas, e ainda para as hipóteses em que a violação de normas de competência acarrete a ofensa do princípio da separação de poderes ou de autonomias normativas constitucional ou legalmente consagradas. Nestes casos, vigorará o regime regra da nulidade, determinante da improdutividade jurídica dos regulamentos afectados (ressalvado o respeito pelo princípio da intangibilidade do caso julgado e, quando esteja em causa uma ilegalidade, do

⁴⁹⁴ A ideia de que a conexão entre invalidez e nulidade (concebida esta nos termos tradicionais) afasta a insegurança jurídica (por evitar quaisquer hesitações decorrentes da disquisição da sanção associada à invalidez) é mais aparente que real, visto que a eliminação deste factor de insegurança surgia compensada pelo aparecimento de um outro: a possibilidade de invocação a todo o tempo do vício que, operando *ab initio*, apagaria todos os efeitos produzidos à sombra da norma inválida (esta mesma ideia acaba por se encontrar subjacente ao raciocínio do STA, quando considera que a impugnabilidade a todo o tempo dos regulamentos administrativos, garantida pelo CPTA, impede que, a propósito das normas, se fale de «actos firmes e consolidados», com o sentido que a expressão conhece relativamente aos actos administrativos, os quais, quando anuláveis, se tornam inopugnáveis ao fim de um prazo – cf. Acórdão do STA, de 02.04.2008, P. 1418/03; cf. sumário in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008, pp. 61 e s., n.º 2074). Foi, aliás, este tipo de considerações que conduziu ao repensar do dogma da nulidade, *maxime* relativamente aos planos urbanísticos. Cf., v. g., DOMÉNECH PASCUAL, *La Invalidez...*, cit., pp. 140 e ss..

⁴⁹⁵ Sobre a dicotomia entre estática e flexibilidade (*Statik und Flexibilität*) das formas de actuação administrativa, v. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 301, referindo-se também à ultrapassagem do dogma da nulidade como uma das manifestações da transição da estática para a flexibilidade.

caso decidido⁴⁹⁶), da invocabilidade a todo o tempo e por qualquer interessado, *sem possibilidade de modelação de efeitos*, ao abrigo do n.º 4 do artigo 282.º da CRP ou do n.º 2 do artigo 76.º do CPTA, consoante os casos; por outro lado, também constituirão estas as situações em que se poderá admitir, nos termos que analisaremos *infra* (Parte IV, *maxime* 2.1.4.), o afastamento das normas regulamentares pelos órgãos administrativos.

E esta observação não pretende pôr em causa o facto, também ressaltado por alguma doutrina⁴⁹⁷, de que mesmo a ofensa de disposições desprovidas de carácter material corresponde a uma violação da lei ou de algum dos parâmetros de vinculação que impunha a adopção de certa forma ou procedimento. A solução proposta pretende justamente estabelecer uma linha de tendencial separação entre as situações de maior gravidade (em regra, identificadas com a presença de vícios materiais) e as dotadas de menor gravidade: a circunstância de aludirmos, relativamente a todas elas, a uma invalidade evidência, com nitidez, o desvalor que lhes é inerente.

Nos casos que se não enquadrem nas hipóteses referidas anteriormente, a invalidade do regulamento originará o que designámos como invalidade atípica, cujo regime se caracteriza pela previsão de efeitos menos rigorosos, susceptíveis de plasticização pelo juízo judicial, admitindo-se, *v. g.*, a sanção dos vícios e, por conseguinte, a preclusão da sua invocabilidade, a eficácia *ex nunc* (reconhecendo-se valor jurídico aos efeitos produzidos até ao momento da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade⁴⁹⁸) e a tendencial inadmissibilidade de recusa de aplicação pelos órgãos administrativos. Na síntese lapidar de Manuel de Andrade⁴⁹⁹, “será um regime assimétrico, pouco harmonioso e elegante, sob o aspecto lógico ou formal; mas pode ser útil e acomodado às exigências da justiça”.

⁴⁹⁶ Apenas incluímos a ressalva dos casos decididos no regime da nulidade por aquela salvaguarda se encontrar acolhida como regra no n.º 3 do artigo 76.º do CPTA; somos, contudo, de opinião que deve a mesma ser habilmente interpretada consoante as situações de nulidade. Caso se verifique a eliminação da referência legislativa numa futura reforma do Código, entendemos que a intangibilidade dos casos decididos passará a constitui uma nota do regime da invalidade atípica, funcionando se, *in concreto*, a protecção da confiança dos cidadãos sobrelevar a tutela da juridicidade administrativa e do interesse público subjacente ao parâmetro violado (em suma, os valores que sustentam a eficácia retroactiva associada às consequências da invalidade do regulamento).

⁴⁹⁷ Cf., *v. g.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Legislación...*, cit., p. 49, n. 17.

⁴⁹⁸ Não obstante as observações críticas de A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., pp. 243 e s., 250 e ss.), entendemos que a possibilidade de salvaguarda de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (e também da declaração de ilegalidade) equivale ao reconhecimento da produção de efeitos pela norma inconstitucional (ou ilegal).

⁴⁹⁹ Manuel de ANDRADE, *Teoria...*, vol. II, cit., p. 416, a propósito do regime das nulidades mistas.

Condensando as soluções propostas, poderemos afirmar que o critério da gravidade, enquanto diapasão que permite afinar a opção entre a nulidade e a invalidez atípica do regulamento, não se reconduz a uma simples dicotomia entre vícios materiais e vícios formais/procedimentais⁵⁰⁰, mas refere-se directamente ao interesse subjacente à *ratio* do parâmetro de vinculação preterido. Será, então, a essencialidade que esse interesse reveste para o sistema jurídico globalmente compreendido e o alcance ou intensidade da respectiva lesão que permitirão graduar as consequências jurídicas da invalidez do regulamento. Todavia, quando, convocado o critério exposto, se concluir pela presença de uma invalidez atípica, esta observação não se pode conceber na sua singularidade, carecendo ainda a delineação dos contornos do regime da invalidez de uma cúmplice referência à própria norma regulamentar viciada – mais precisamente, à realidade normativa⁵⁰¹ coberta pela mesma – e, por conseguinte, às concretas situações da vida decididas ou a decidir pela sua mediação. A denotar que, embora com um alcance limitado e subsidiário, também no âmbito do problema da invalidez das normas regulamentares, pode não se revelar despicienda a função que se lhes encontra cometida no âmbito do sistema jurídico e, portanto, a maior ou menor proximidade entre o regulamento e o parâmetro de vinculação afectado.

Tudo isto significa que, a final, a resolução em concreto do complexo problema – de cariz normativo-interpretativo – da dilucidação do regime jurídico da invalidez de uma norma regulamentar depende de um «ir e vir» entre a *ratio* da norma correspondente ao parâmetro de vinculação afectado e o âmbito da norma regulamentar viciada (designadamente, os concretos casos da vida para cuja resolução a mesma se mobilizou) sem perder de vista a relação (de maior ou menor proximidade normativa) entre esta e

⁵⁰⁰ Trata-se, aliás, de uma dicotomia enganadora, porquanto existem vícios meramente procedimentais dotados de uma gravidade tal que justificam uma sanção igualmente grave: eis o que sucede, por exemplo, nos casos em que a preterição da participação de determinadas entidades no procedimento de elaboração de regulamentos configura, na realidade, uma ofensa a um direito, liberdade e garantia, como acontece com o direito de participação das associações sindicais e das comissões de trabalhadores na elaboração da «legislação» (*lato sensu*) do trabalho [artigos 54.º, n.º 2, alínea *d*), e 56.º, n.º 2, alínea *a*)].

⁵⁰¹ Com efeito, não se pode desconsiderar a realidade jurídica como estrato do sistema jurídico, agora compreendida também sob a perspectiva das práticas desenvolvidas à sombra das normas regulamentares. Como sublinha, a este propósito, Castanheira NEVES [*Curso... (Extractos)*, cit., p. 143], justamente a propósito da realidade jurídica como dimensão do jurídico, “o direito cumpre a sua função, e mesmo só existe verdadeiramente (...) se conformar a realidade social nos termos do seu projecto normativo. E um dos modos porque continuamente se verifica essa conformação é decerto a aplicação concreta do direito (seja espontânea, seja judicial ou administrativa) aos casos singulares e individualizados da vida social que solicitam uma decisão jurídica (os casos concretos da vida social que põem um problema de direito e exigem a sua solução”. Sobre a realidade como estrato do sistema jurídico, cf. Castanheira NEVES, *Curso... (Extractos)*, cit., pp. 142 e ss.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 662 e ss..

Parte III
A Invalidade do Regulamento como Fundamento da Recusa de Aplicação

aquele. Conclusão esta que se reflecte na especial articulação entre a disciplina da invalidade do regulamento e a respectiva força jurídica autovinculativa: é da concatenação entre estes dois vectores que decorrerá o âmbito do exercício do poder de recusa de aplicação de regulamentos inválidos pela Administração. Eis a temática sobre a qual nos debruçaremos no capítulo seguinte.

Parte IV

O Regime da Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez

A actividade da Administração é uma parte integradora dum sistema mais subtil que o da construção geométrica «criar direito – aplicar direito – verificar direito».

ROGÉRIO SOARES, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», p. 190

Compreendido o sentido da emanção de regulamentos no contexto jurídico actual, em articulação com a força jurídica autovinculativa que lhe é própria, analisado o conceito da recusa de aplicação e apreciada a disciplina da invalidez dos regulamentos, urge, como corolário, explicitar o regime da recusa de aplicação com fundamento em invalidez, dando resposta aos dois problemas fundamentais aqui emergentes. Por um lado, impõe-se determinar em que condições os órgãos administrativos se encontram habilitados, no exercício da sua tarefa de resolução dos casos concretos, a afastar a aplicação de uma norma regulamentar com fundamento na respectiva invalidez – tarefa tanto mais delicada e relevante quanto se atenta que está vedado aos órgãos administrativos o acesso aos tribunais com o objectivo de obter a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas regulamentares, ao contrário do que sucede perante actos administrativos inválidos¹. A resposta ao problema da admissibilidade da recusa de aplicação imporá uma

¹ Apenas com excepções pontuais: no âmbito do controlo da constitucionalidade (e da legalidade reforçada) da legitimidade do Primeiro-Ministro para desencadear o processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de regulamentos administrativos, bem como dos presidentes dos Governos Regionais, quando o pedido se fundar em violação dos direitos regionais ou em violação do respectivo estatuto, nos termos das alíneas *c)* e *g)* do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição, respectivamente; no horizonte do controlo da legalidade pelos tribunais administrativos, quando estejam em causa litígios inter-orgânicos justiciáveis [cf. Pedro GONÇALVES, «A Justiciabilidade...», cit., pp. 13 e s. (14); questionando sobre a razoabilidade da extensão da legitimidade processual activa aos órgãos quanto a interesses que lhes cumpra defender, Vieira de ANDRADE (*A Justiça...*, cit., p. 66, n. 88) mostra-se relutante em aceitar uma interpretação extensiva da legitimidade impugnatória prevista na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 55.º, em termos de a aplicar à propositura de outras acções administrativas].

Sublinhando já a deficiência acentuada, Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 710, 713 e s.) chama a atenção para a “efervescência exacerbada de concepções subjectivas do contencioso administrativo” (em prejuízo de um equilíbrio com as atinentes à defesa da legalidade administrativa, *lato sensu*) e para o facto de a Administração se encontrar totalmente dependente do Ministério Público, agravando o problema da aplicação administrativa de uma normatividade inválida e debilitando o sentido último da vinculação administrativa à juridicidade. Esta observação merece um destaque suplementar porquanto o Autor acaba por conceber a atribuição de legitimidade processual activa aos órgãos administrativos (ou tão-só a alguns deles)

prévia ponderação dos princípios e valores jurídicos que confluem nesta questão. Por outro lado, e uma vez desenhadas as hipóteses em que se reconhece aos órgãos administrativos o exercício da competência de rejeição de normas regulamentares inválidas, importará aferir quais as consequências decorrentes da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração e reflectir sobre o respectivo controlo jurisdicional.

1. Premissas do problema

A delimitação do regime da recusa de aplicação com fundamento em invalidez pressupõe que assentemos um conjunto de premissas, as quais já resultam, em alguma medida, das partes precedentes. Trata-se agora de sumariar as considerações aí tecidas ou de as perspectivar sob uma outra óptica, afeiçoando-as às especificidades reclamadas pela construção da disciplina normativa em causa.

1.1. Uma compreensão não absoluta do princípio da inderrogabilidade singular

A primeira premissa a recordar relaciona-se com o sentido a conferir ao princípio da inderrogabilidade singular, tradicionalmente mobilizado para sustentar a impossibilidade de os órgãos administrativos afastarem, nos casos concretos, os regulamentos externos. Se, como assinalámos na Parte I, as relevantes funções actualmente cometidas aos regulamentos administrativos (*maxime*, a função de dinamização do ordenamento jurídico) implicam, como correspectivo, o reconhecimento de uma força jurídica vinculativa às normas regulamentares, já não justificam uma mobilização acrítica das mesmas sempre que se conclua pela respectiva inadequação prático-normativa para assimilar o caso concreto decidendo, *maxime*, quando padeçam de invalidez. Efectivamente, a tradicional concepção (absoluta) do princípio da inderrogabilidade singular ignora as especificidades metodológicas da tarefa de decisão do caso concreto também cometida aos órgãos administrativos (cf., já a seguir, 1.2.) e postula uma atitude de cega aplicação dos regulamentos pela Administração, independentemente da sua prestabilidade para a situação concreta.

Com esta afirmação, não pretendemos postergar as exigências de sentido reclamadas pela específica força jurídica («força de regulamento») das normas

como solução – alternativa ao reconhecimento da competência de desaplicação de normas inválidas pela Administração – para o problema da vinculação da Administração à juridicidade (*Op. cit.*, p. 715).

regulamentares – por este motivo, sustentámos que as normas regulamentares se assumem simultaneamente como heterovinculativas (impondo-se a terceiros exteriores à respectiva adopção e procedimento de formação) e autovinculativas (obrigando, enquanto parcelas do «bloco da juridicidade», os órgãos da Administração, no exercício das suas competências). Centrando-nos agora nesta última nota, a recusa da concepção absoluta do princípio da inderrogabilidade singular, acompanhada da afirmação da força jurídica autovinculativa dos regulamentos, transporta, para o problema da recusa de aplicação, duas consequências determinantes: por um lado, não exclui totalmente a questão da possibilidade de afastamento de normas regulamentares no caso concreto, desde logo, sempre que a mesma se revelar necessária para atingir o “clímax da decisão justa”²; por outro lado, exige que, se e quando seja admissível, a recusa de aplicação assuma carácter excepcional e constitua objecto de fundamentação pelo órgão decidente.

1.2. A pluridimensionalidade da função administrativa e a realização administrativa do direito no caso concreto

Sublinhámos já que a função administrativa constitui hoje uma realidade densa, dentro da qual identificámos três momentos típicos: o momento político-administrativo, o momento da emissão normativa (*Rechtsetzung*) e o momento da decisão administrativa (*Rechtsanwendung*). Ora, o segundo ponto a relembrar põe a tónica numa das dimensões características da função administrativa: a realização administrativa do direito. Na realidade, a actividade jurídica da Administração reconduz-se, com frequência, a uma tarefa de realização do direito no caso concreto para a qual necessitará de convocar, como elementos desoneradores, normas jurídicas (entre as quais, normas regulamentares)³; nesta acepção, poder-se-á afirmar que o acto administrativo constitui uma forma de composição de interesses (públicos e privados) que, autoritariamente, cristaliza o(s) interesse(s) público(s) prevalectes em cada caso concreto.

Esta tarefa de realização do direito também atribuída aos órgãos administrativos permite enfatizar, em simultâneo, que “a função administrativa, não menos que a função judicial, [é] uma função jurídica de execução ou aplicação da lei, ou, mais ampla e

² Faria COSTA, *As Linhas...*, cit., p. 11.

³ Nesta última hipótese, a Administração (globalmente considerada) surge-nos na dupla veste de emissor e “aplicador” do regulamento administrativo, mobilizado para a decisão das questões de direito submetidas à sua apreciação.

correctamente, de realização do direito”⁴. Esta consideração assume especial nitidez quando em causa está o exercício de poderes discricionários pela Administração, onde, longe de se demandar ao órgão uma pura tarefa de subsunção, exige-se-lhe uma “tensão criadora do direito do caso concreto”⁵, cabendo-lhe modelar o conteúdo do acto à luz das particulares circunstâncias da situação decidenda, dentro do quadro delineado pelos fins heteronomamente definidos pelo legislador. É por esta criação do direito constituir um espaço de reserva da Administração (*hoc sensu*) que se não admite uma substituição judicial da decisão administrativa – algo que o direito britânico traduz plasticamente no *principle of deference to administrative experience and expertise*⁶.

Atente-se, porém, que, em qualquer caso, a realização administrativa do direito transporta sempre uma vertente criadora, ainda que em causa esteja o exercício de uma actividade vinculada; se é certo que o uso de poderes discricionários dá azo a avaliações *próprias* do agente (substancialmente típicas e, como tal, exclusivas da função administrativa), “espaços de conformação administrativa”⁷, não se exclui que, dentro dos campos vinculados, o órgão proceda a avaliações e ponderações igualmente criadoras do direito (ainda que susceptíveis de reexame judicial⁸): eis o que sucede, *v. g.*, quando o exercício do poder em causa demanda a convocação de princípios como o princípio da proporcionalidade⁹ ou o princípio da concordância prática. Efectivamente, também no domínio da decisão administrativa se deve entender como ultrapassada qualquer concepção que a assimile a uma mera operação lógico-formal de subsunção, ainda quando não

⁴ Castanheira NEVES, «O Problema...», cit., p. 551.

⁵ Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 85. Vieira de ANDRADE (*O Dever...*, cit., p. 367) alude a um “esforço reconstrutivo e criativo” inerente ao uso de poderes discricionários.

⁶ Cf. WADE/FORTSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 369 e ss.. Trata-se de um princípio limitador do âmbito da *judicial review* dos *discretionary powers*, de forma a garantir que a Administração tenha um espaço próprio de valoração, sendo especialmente invocado em casos complexos, atinentes a matérias relativas à imigração, relações internacionais, deportação, ou gestão de estabelecimentos prisionais.

⁷ Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 372.

⁸ Tratando-se de um acto discricionário, o reexame incidirá apenas sobre os *momentos vinculados* (paradigmaticamente, a observância de princípios como a racionalidade, a imparcialidade), não implicando, contudo, um reexame do acto *in toto*, que permitisse ao juiz determinar se a solução adoptada pela Administração coincide com aquela que ele próprio consideraria a mais adequada ao caso concreto (cf. também Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 389).

⁹ Embora no horizonte da vinculação legislativa pelo princípio da proporcionalidade, Jorge Reis NOVAIS (*Os Princípios...*, cit., pp. 173 e ss., 179) não deixa de frisar a incontornável abertura do juízo de necessidade, cujo apuramento se revela, no caso concreto, complexo (em virtude das constelações de alternativas disponíveis), determinando, em sede de controlo jurisdicional, uma concorrência entre os juízos de valor do tribunal e do decisor, bem como o inelutável apelo à avaliação subjectiva do justo, em função do sentimento de Justiça daquele que decide ou julga, típica das ponderações inerentes ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a complexidade do juízo de proporcionalidade, cf., *v. g.*, David DUARTE, *A Norma...*, cit., pp. 631 e ss..

pressupõe o exercício de uma actividade discricionária¹⁰. Uma compreensão diversa – que subentendesse que, nas zonas vinculadas, o desenrolar do processo de realização do direito no caso concreto se reconduziria a um raciocínio lógico-dedutivo, eliminando o espaço para quaisquer valorações – levaria ínsita a ideia (já perimida) de que também só assim seria possível o controlo jurisdicional dos momentos vinculados, em consonância com a natureza subsuntiva da decisão jurisdicional: ora, a superação do positivismo jurídico, no sentido de se concluir pela identificação da decisão judicial como uma «decisão judicativa» ou «juízo decisório», assenta diversamente numa racionalidade prática, caracterizada pela dialéctica entre sistema e problema e por uma irreduzível matriz analógica¹¹.

A questão que abordamos surge, pois, dotada de uma ineliminável vertente metodológica, e que implica a compreensão do sentido da *decisão jurídica*, em especial, da *decisão jurídica administrativa*. A decisão sobre a recusa de aplicação de uma norma regulamentar num caso concreto insere-se no contexto da tarefa mais ampla de realização do direito, que se encontra atribuída não apenas aos tribunais, mas também – como sucede justamente no âmbito do problema que nos ocupa – a cargo dos órgãos administrativos. Trata-se de uma consideração não desprecianda, sobretudo quando atentamos nos poderes parajurisdicionais conferidos a determinadas autoridades públicas, em especial às autoridades independentes, bem como nas consequências jurídicas a associar aos actos que indevidamente (*i.e.*, não estando verificados os pressupostos da desaplicação) se desviem de normas regulamentares inválidas. Daqui se conclui que os órgãos administrativos não estão imunes a preocupações metodológicas.

Não se pense, porém, que a aproximação assim efectuada pretende confundir a função judicial (que tem como protagonista o juiz) com a função administrativa (em que o papel principal é entregue ao órgão decisor): como enfatizamos logo início da Parte II, o

¹⁰ A percepção de que a actividade vinculada da Administração não afasta a existência de valorações a efectuar no quadro dos princípios jurídicos (enquanto tais, susceptíveis de reexame jurisdicional) constitui como que o contraponto da juridificação do poder discricionário: se a discricionariedade se há-de conceber como actividade materialmente jurídica, subordinada à observância de padrões jurídicos, sujeita a uma racionalidade jurídica, de acordo com a reserva total de juridicidade que caracteriza o Estado de direito (Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 374 e s.), também à vinculação (ou aos momentos vinculados dos actos administrativos) não são estranhos, dentro de certos termos, os espaços de ponderação e avaliação (sem prejuízo da diferente intencionalidade que revestem face às valorações discricionárias). No fundo, é o específico sentido da racionalidade que reconhecemos inerente ao sistema jurídico que subjaz a ambas as situações, racionalidade essa que, por um lado, serve de moldura ao exercício de todos os poderes estaduais e, por outro lado, permite a abertura a juízos práticos (não lógicos), nomeadamente através dos estratos dotados de menor densidade.

¹¹ Cf., por todos, Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 30 e ss., 78 e ss.. *V.* também a síntese final de Fernando José BRONZE, *A Metodologia...*, cit., pp. 593 e s..

objectivo e o modo da decisão jurídica administrativa são diferentes e postulam uma racionalidade diversa da que pauta a decisão judicativa. Sem pretendermos, neste trabalho, recortar um modelo de racionalidade específico da decisão jurídica administrativa, sempre se deve observar que, ao invés da decisão judicativa – que se assume como puramente normativa –, a decisão jurídica administrativa, tendo embora como pano de fundo impreterível a normatividade¹², não deixa de atender a outro tipo de preocupações, *in casu*, a prossecução do(s) interesse(s) público(s) juridicamente (legalmente) cometido(s) ao órgão decisor, traduzindo uma «*certa* composição de litígios» à luz de determinado interesse¹³. Daí a impossibilidade de transpor acriticamente para a tarefa de realização administrativa do direito (pela mediação ou não de uma norma jurídica) o modelo metodológico recortado para a decisão judicial. E esta percepção mantém-se mesmo quando estão em causa autoridades independentes com poderes parajurisdicionais: se as funções que lhes são assacadas reclamam uma neutralidade face aos interesses coenvolvidos nos casos concretos – privilegiando-se decisões de natureza declarativa ou certificativa, com exclusão de elementos propiciadores de discricionariedade¹⁴ –, tal não viabiliza a exclusão de uma tarefa de ponderação, imbuída no exercício da função administrativa, e que, como tal, partilha da necessária prossecução do(s) interesse(s) público(s) [*in concreto*, do(s) colocado(s) a seu cargo pela Constituição ou pela lei], não equivalendo normativamente as suas decisões ao juízo decisório judicial.

Ainda assim, pode sustentar-se que o juízo subjacente à decisão administrativa possui também uma natureza analógica, o que permite, desde já, sublinhar o carácter reconstitutivo igualmente inerente àquela decisão, em total consonância com a consideração de que “o poder público administrativo é um meio de realização da ideia material de direito”¹⁵. Na sua tarefa de decisão jurídica, aos órgãos administrativos caberá aferir se e em que medida existe uma analogia entre o caso subjacente à norma e o caso decidendo, a fim de determinar se a primeira se revela prático-normativamente adequada

¹² Tendo em conta a ultrapassagem de um entendimento estrito do princípio da legalidade, intencionalmente radicado numa perspectiva positivista, que colocava a lei (*i. e.*, o conjunto de normas gerais e abstractas pré-escritas) no centro da actuação administrativa, que tinha de ser não apenas autorizada por aquele, como ainda ser deduzida da lei – nestes exactos termos, cf., com uma perspectiva crítica, Castanheira NEVES, «O Problema...», cit., pp. 536 e ss., 542 e ss..

¹³ Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 101.

¹⁴ Cf. MERUSI/PASSARO, *Le Autorità...*, cit., pp. 85 e ss..

¹⁵ Rogério SOARES, «Princípio...», cit., p. 190.

para solucionar o segundo; a aplicação da norma ao caso (*hoc sensu*, a realização do direito pela sua mediação) revela-se igualmente reconstitutiva da respectiva normatividade¹⁶.

A dificuldade inerente à tarefa de decisão jurídica cometida à Administração, no contexto hodierno de uma imensa pluralidade normativa – exponencialmente agravada no domínio regulamentar – leva a doutrina mais recente¹⁷ a sublinhar que a subordinação administrativa à juridicidade traduz uma “inquietude metodológica complexa”, a pressupor que, antes do momento de solucionar o caso, os órgãos atentem, como questão prévia, nos fundamentos jurídicos da sua actividade – observação que entronca directamente no problema de saber se compete aos órgãos administrativos o poder de fiscalização das normas sobre as quais a sua acção se desenvolve, ou, da nossa perspectiva teleologicamente interessada, avaliar se podem os órgãos decisores afastar, na resolução de um caso concreto, uma norma regulamentar, por a considerarem inválida.

Por um lado, urge sublinhar que, quando aludimos ao problema da fiscalização administrativa de *regulamentos*, também não colocamos a cargo da Administração o controlo de toda e qualquer norma jurídica, pelo que, nesta perspectiva, os óbices ficam aligeirados face à questão paralela da rejeição de leis inconstitucionais por órgãos administrativos. Sempre se afigurará legítimo afirmar, como faz o STA¹⁸, que “pelo menos as antinomias jurídicas criadas pela própria Administração, devem poder ser, num momento cronológico anterior à intervenção do poder judicial, resolvidas por ela”. Não ignoramos, por outro lado, a *natural* competência que os tribunais detêm para a apreciação da validade de normas jurídicas. Todavia, e em total coerência com o sentido último das funções estaduais aqui envolvidas, à apreciação da validade dos regulamentos e, sobretudo, à extracção das consequências jurídicas dessa apreciação, não presidem finalidades idênticas – e, como tal, não se pretendem substituir ou aniquilar reciprocamente – quando as mesmas são efectuadas por um tribunal ou pelo órgão administrativo decisor.

Também a avançada compreensão da função administrativa permite reconhecer que se encontra conferida aos órgãos administrativos uma necessária «competência metodológica». Dito de forma mais clara, admitir que aqueles tenham competência para decidir «questões de direito» implica reconhecer-lhes o poder de interpretar as normas jurídicas (apenas dogmaticamente cindível da tarefa de decisão do caso concreto) e, como

¹⁶ Cf., v. g., Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 78 e ss.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 951 e s., 969 e ss..

¹⁷ Cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 699 e ss..

¹⁸ Acórdão de 02.04.2008, P. 1418/03.

tal, de apreciar se a respectiva mobilização se revela (ou não) afeiçoada à solução da situação em causa. Ainda que daqui não decorram os contornos do regime da recusa de aplicação com fundamento em invalidez, o entendimento segundo o qual o exercício da actividade jurídico-administrativa de resolução de casos concretos postula uma aferição da adequação prático-normativa da norma (*in casu*, regulamentar) para assimilar o caso concreto implica que, embora sob circunstancialismo determinado, se admita a possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos, com fundamento nessa inadequação.

1.3. O “*decisor pensante*”, a autonomia de decisão e a intervenção da ética na acção administrativa

A formulação do problema da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração, com fundamento em invalidez, traz ínsita uma nova percepção do sentido do exercício das competências pelos órgãos administrativos. Como veremos, as ponderações inerentes à decisão de recusar (ou não) a aplicação de uma norma regulamentar assumem contornos particularmente delicados, em que se exige aos titulares um rompimento com a segurança (com a rotina, sobretudo) e a adopção de posições mais arrojadas, dentro do respeito pelo direito. Trata-se de ultrapassar uma racionalidade eminentemente burocrática, que encara o direito como um elemento dificultador ou constrangedor do exercício da actividade administrativa, para, no quadro de uma devolução do direito à Administração Pública, o conceber como o fundamento da acção administrativa e o instrumento sem o qual a prossecução do interesse público se torna inviável¹⁹.

Esta percepção vem sendo acentuada, desde os movimentos tendentes à superação do positivismo, relativamente à figura do juiz. Sem prejuízo das diferenças que intercedem entre as funções administrativa e judicial, entendemos que considerações análogas (ainda que, obviamente, não coincidentes) não-de valer para o decisor administrativo, a quem se exige também um juízo e reflexão críticos relativamente às normas aplicandas. A defesa de um espírito crítico do órgão decisor assume uma acutilância não despicienda quando o problema da recusa de aplicação se coloca perante normas regulamentares, visto que, nesta altura, tudo se passa no interior da função administrativa, o que permite relacionar o

¹⁹ São já algumas as vozes que vêm sublinhando esta necessidade de devolver o direito à Administração ou de restaurar o governo pelo direito (*Rule of law*) no seio da actividade administrativa – cf., a este propósito, LYNN Jr., «Restoring the Rule of Law to Public Administration», in: *Public Administration Review*, fasc. 5, vol. 69, Setembro/Outubro 2009, pp. 803 e ss..

problema com as (mais amplas) questões da desconcentração e, sobretudo, da descentralização. É que, como concluiremos, a recusa de aplicação constitui um problema que pressupõe uma certa autonomia do decisor, ao qual só se reconhece o exercício de tal competência quando se encontrar fora de “relações de dominação” (como a hierarquia ou a superintendência). Esta autonomia reflecte-se em dois sentidos: por um lado, traz ínsita a possibilidade de pôr em causa a auto-disciplina administrativa, na medida em que a recusa de aplicação implica, em certo sentido, uma compressão da força autovinculativa do regulamento e, como tal, das normas emanadas no interior da Administração; por outro lado, e ao fomentar o pensamento crítico do decisor, permite compreendê-lo como verdadeiro autor, com responsabilidades decisórias, e descartar qualquer concepção que o assimile a um mero executor (acrítico) de normas pré-disponibilizadas no sistema.

E com esta perspectiva vai implícito um outro «modelo» de decisor administrativo – modelo que não poderá ser transposto para todo e qualquer órgão e que, obviamente, dependerá da posição que ocupa no contexto da organização administrativa e, sobretudo, do conteúdo funcional das tarefas que lhe estão cometidas. Este “*decisor pensante*”²⁰ é filho da recompreensão da função administrativa como poder autónomo e independente (e não como simples execução da lei), perspectivando o desempenho de tais tarefas à luz da prossecução do interesse público e da observância do princípio da juridicidade administrativa. Impõe-se agora a ultrapassagem do preconceito de que “representaria uma profanação invadir um terreno de «busca do direito» que se deseja a todo o transe manter separado do da aplicação do direito”²¹.

Em causa está a percepção da necessidade de erigir um conceito de «profissionalismo de serviço público» (*public service professionalism*)²², enquanto suporte de uma «inteligência do agir administrativo» (“*Klugheit*” des *Verwaltungshandelns*)²³. Embora tenha conhecido alguns momentos de crise após a emergência do *New Public*

²⁰ Esta designação é parcial e lateralmente inspirada pela «obediência pensante» ou «obediência inteligente» à lei que se esperava do juiz, como o concebia a jurisprudência dos interesses – sem que, contudo, identifiquemos a interpretação correctiva com a recusa de aplicação. Cf. Castanheira NEVES, «Jurisprudência dos Interesses», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 227; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 811.

²¹ Rogério SOARES, *Direito Público...*, cit., p. 153.

²² ARGYRIADES, «Good Governance, Professionalism, Ethics and Responsibility», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, p. 166.

²³ HOFFMANN-RIEM («Eigenständigkeit...», cit., p. 649) entende justamente que a “*Klugheit*” des *Verwaltungshandelns* se encontra sustentada, *inter alia*, pelos *standards* ético-profissionais. Cf. também PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1596 e s..

Management (mais preocupado com a retirada da esfera pública do que com os valores a esta inerentes), esta concepção aponta para a primazia dos princípios e do conhecimento sobre a adopção de práticas rotineiras, sem qualquer suporte de razoabilidade ou de juridicidade²⁴. A complexidade dos juízos inerentes ao exercício da competência de recusa de aplicação carece de profissionais públicos devidamente preparados e não intimidados pela dificuldade, a frequência ou a dúvida, sobretudo quando se trata dos sectores superiores da Administração Pública²⁵. Esta ideia vem, naturalmente, acompanhada do renascer dos valores de prossecução do interesse público – o que, ao cabo e ao resto, distingue o profissional público do profissional privado –, dá origem à concepção do Direito Administrativo como uma «ordem material de valores» (*materiale Wertordnung*)²⁶ e (re)introduz a ética no interior da organização administrativa²⁷. Longe de apelar para um relativismo de opiniões, a ética administrativa ou a ética da/na Administração Pública (*administrative ethics/Public Administration ethics, ethik in der öffentlichen Verwaltung*) alicerça-se em princípios e valores constitucionalmente protegidos (como a imparcialidade, a proporcionalidade, a igualdade e a transparência) e vincula os titulares dos órgãos administrativos (ou, em geral, os profissionais da Administração Pública) a promover ou a adoptar os comportamentos que melhor se compaginem com tais valores – sem prejuízo da conflitualidade e das tensões imanentes à convivência dos valores jurídicos que à

²⁴ A criatividade, enquanto capacidade de inovação e de decisão para lá das regras e procedimentos existentes, constitui um dos designados «valores pós-burocráticos» – cf. SALMINEN, «Accountability, Values and Ethical Principles of Public Service: The Views of Finnish Legislators», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, p. 179.

²⁵ Assim, ARGYRIADES, «Good Governance...», cit., p. 167.

²⁶ PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1594 e s..

²⁷ Sobre a ética administrativa, cf., v. g., a síntese de COOPER, «Big Questions in Administrative Ethics: A Need for Focused, Collaborative Effort», in: *Public Administration Review*, n.º 4, vol. 64, Julho/Agosto 2004, pp. 395 e ss., com amplas referências doutrinárias. Não se trata de uma preocupação recente no âmbito da Ciência da Administração, pois que conhece antecedentes na própria construção do burocrata weberiano (no *Beamte*). Contudo, as exigências actualmente impostas aos profissionais da Administração Pública revelam-se bem diversas das colocadas ao funcionário no início do século XX (o mesmo sucedendo com as novas formas de administrar, marcadas pela construção de parcerias público-privadas e pela concorrência), não se compadecendo com a cega aplicação de regras, mas também não permitindo ignorar a necessária permeabilização da organização administrativa a determinados valores. A própria refundação da ética administrativa – ocorrida no dealbar dos anos 80 do século XX e em que foram pioneiros Rohr (*Ethics for Bureaucrats: An Essay on Law and Values*, 1.ª ed. de 1978), Cooper (*The Responsible Administrator: An Approach to the Ethics of the Administrative Role*, 1.ª ed. de 1982) e Frederickson («The Recovery of Civism in Public Administration», publicado em 1982) – revela-se inadequada (pelo menos, em parte) para responder aos desafios da actual Administração, o que leva a doutrina a tentar equacionar uma nova ética administrativa, recompreendida através de outros valores. V. STENSÖTA, «The Conditions of Care: Reframing the Debate About Public Sector Ethics», in: *Public Administration Review*, n.º 2, vol. 70, Março/Abril 2010, pp. 295 e s.. O apelo à ética na Administração começa também a ganhar uma voz significativa na Alemanha – cf., por todos, PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1592 e s..

Administração cumpre gerir e ponderar²⁸. Para aqueles que concebem o profissional da Administração Pública como uma espécie de cidadão fiduciário, polarizador da confiança de todos os cidadãos, esta conduta não corresponde senão ao cumprimento de um dever de lealdade para com os administrados, perante os quais são, em última análise, responsáveis – daí a íntima relação entre ética administrativa e responsabilidade.

Informado por estes valores, o *decisor pensante* representa um contributo para o auto-controlo da juridicidade da actuação administrativa. Trata-se de “trazer o Estado de direito para a prática”, a única forma de alcançar uma Administração Pública responsável, e, como tal, uma Administração “que reflecte o hábito de pensar institucionalmente no respeito pelo direito”²⁹.

1.4. A existência de um conflito real entre normas gerador da invalidade da norma regulamentar

Em consonância com o tema que nos propusemos versar, e porque há vários fundamentos possíveis para a recusa de aplicação (como apontámos, *supra*, Parte II), vamo-nos centrar apenas num deles para delinear o regime jurídico aplicável às situações em que um órgão administrativo se depara com a invalidade de um regulamento. Constitui, por isso, premissa do regime jurídico que traçaremos a existência de um conflito real entre normas, gerador da invalidade da norma regulamentar. A existência de conflitos apresenta-se como uma consequência necessária da multiplicidade de níveis normativos e da proliferação de sujeitos com poderes de emissão de normas, que representam características dos actuais sistemas jurídicos³⁰.

A resolução deste problema pressupõe, desde logo, a existência de, pelo menos, duas normas que, pretendendo responder à mesma questão de direito encarada da mesma perspectiva valoradora, prevêm consequências jurídicas diversas e incompatíveis ou inconciliáveis, excluindo-se reciprocamente³¹. O que implica, desde logo, a

²⁸ Cf. GRAAF/WAL, «Managing Conflicting Public Values: Governing with Integrity and Effectiveness», in: *American Review of Public Administration*, n.º 6, vol. 40, Novembro 2010, p. 625, aludindo à necessidade de gerir as tensões entre os valores públicos potencialmente conflitantes (*managing tensions between potentially conflicting public values*) – entre os quais elegem a juridicidade, a integridade, a democracia e a eficiência – como objectivo da *good governance*.

²⁹ LYNN Jr., «Restoring the Rule...», cit., pp. 804 e 810, respectivamente.

³⁰ Cf. HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, cit., pp. 12 e s., 25.

³¹ Cf. Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, 1970, pp. 214 e ss.; nas palavras deste Autor, encontramos-nos diante de uma situação de conflito “sempre que uma mesma situação da vida preenche simultaneamente as hipóteses legais de normas diferentes” (verificando-se

impossibilidade de recurso ao critério da interpretação do regulamento em conformidade com os respectivos parâmetros de vinculação, como forma de salvar a validade daquele (cf., *supra*, Parte II, 2.2.3.1., II, β), visto que, neste cenário, não chega a existir uma antinomia entre as normas em crise. O problema da recusa de aplicação ocorre perante uma «espécie de conflito qualificado» (*Art qualifizierten Konflikts*)³², no qual a pretensão de aplicação de uma norma ao caso concreto não se concretiza por a mesma contrariar um dos seus parâmetros de vinculação, porque a articulação entre as normas (agora conflituantes) não conseguiu solução através do cânone interpretativo da interpretação em conformidade com o parâmetro de vinculação – em consonância com a natureza excepcional da recusa de aplicação de regulamentos.

Tal não significa, porém, que todas as antinomias normativas conduzam à invalidade de uma das normas envolvidas (*in casu*, da norma regulamentar). O esforço empreendido nas duas partes precedentes permitiu-nos desvelar (essencialmente, a partir do texto constitucional³³) quais os critérios a mobilizar para a resolução de vários conflitos normativos e, dentro deles, quais aqueles que determinam a invalidade de uma das normas envolvidas, para, a partir deles, perspectivar os diversos níveis de vinculação a que se encontram adstritos os regulamentos administrativos (o que designámos como parâmetros de vinculação dos regulamentos). Pelo contrário, não estaremos diante de recusa de aplicação quando as normas em colisão³⁴ se encontrarem numa relação de preferência aplicativa ou de prevalência; nestas hipóteses, o elemento comum com a questão em análise radica na circunstância de ambos os fenómenos se unirem no problema mais amplo da realização do direito pela Administração.

Mesmo quando o conflito conduza à invalidade de uma das normas em presença, justamente por a mesma não se compatibilizar com a outra, não ficam esgotadas todas as

uma “igualdade jurídica dos casos a que as normas se referem” e uma “identidade da questão jurídica a que respondem”) e “as consequências jurídicas das duas normas se excluem reciprocamente, pelo que apenas uma das normas em concurso pode ser aplicada”. V. também BARATTA, *Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza*, Giuffrè Editore, Milano, 1963, p. 9; SCHILLING, *Rang...*, cit., pp. 379 e s.; HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, cit., p. 15; BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 39 e ss..

³² SCHMIDT-ASSMANN, «Gefährdungen...», cit., pp. 758 e s.. Cf. também HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, cit., p. 163, que ainda concebe a interpretação conforme como uma «aplicação normativa modificada» (*modifizierte Normverwerfung*).

³³ Sublinhando a relevância da Constituição (*maxime*, do artigo 112.º) na fixação directa dos critérios do direito ordinário aplicável pela Administração, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., p. 566. A relevância das cláusulas constitucionais de resolução de conflitos já havia sido evidenciada por Blanco de MORAIS, *A Autonomia...*, cit. pp. 547 e s., a propósito dos conflitos entre leis gerais da República e decretos legislativos regionais e da sua cláusula de resolução, constante do anterior artigo 112.º, n.º 3, da Constituição.

³⁴ Destrinchando entre conflitos e colisões de normas, cf. HÖPFNER, *Die Systemkonforme Auslegung*, cit., p. 27, embora num sentido não inteiramente coincidente com o resultante do texto.

dificuldades. Com efeito, e se quisermos invocar as palavras de Sandulli³⁵, a validade de um acto depende unicamente da presença dos requisitos aos quais o ordenamento subordina a sua emanção. Nesta medida, não constitui pressuposto necessário da tematização do problema que a referida antinomia seja resolúvel mediante a convocação do critério da hierarquia; como vimos na Parte III, a invalidez ocorre também quando o conflito normativo se resolve através do princípio da competência.

Repare-se, porém, que, no que tange aos conflitos normativos entre uma qualquer norma e um regulamento administrativo, resolúveis pelos critérios da hierarquia e da competência, a disciplina jurídica da invalidez daí decorrente não reveste contornos homogéneos. A diversidade dos parâmetros de vinculação a que os regulamentos se encontram subordinados e os tipos de vícios que os podem atingir justificam, como vimos, a construção de vários regimes de invalidez, que oscilam entre a nulidade e a invalidez atípica. Ora, consubstanciando a (admissibilidade ou inadmissibilidade da) recusa de aplicação das normas regulamentares inválidas um aspecto específico desses regimes, não será de estranhar a consideração de soluções diferenciadas, em função do tipo de invalidez que as afecta.

2. Condições de exercício da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez

A possibilidade do exercício da competência de recusa de aplicação carece da conjugação de condicionalismos de natureza objectiva e subjectiva. Quer dizer, a determinação do *an* da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez está, assim, dependente da resposta a duas perguntas: *em que circunstâncias* se admite que um órgão administrativo afaste a mobilização uma norma regulamentar – *prima facie*, aplicável ao caso concreto – por a mesma padecer de invalidez? (condições objectivas – 2.1.); *quais os órgãos administrativos* que estão autorizados a fazê-lo? (condições subjectivas – 2.2.).

2.1. Condições objectivas: a ponderação entre princípios e valores

A determinação das condições objectivas de admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez implica que tematizemos os diversos *topoi* envolvidos no problema. Não apontando todos eles numa direcção unitária, importa

³⁵ SANDULLI, *Manuale...*, cit., p. 689.

esclarecer qual o respectivo alcance e o papel que assumem no contexto da recusa de aplicação com fundamento em invalidez, perspectivando-os sob esta lupa teleológica. A teorização do problema apresenta um claro alcance principiológico, em consonância com a vinculação a que a Lei Fundamental sujeita a Administração Pública, quando prevê a respectiva submissão à Constituição e à lei, bem como aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé (artigo 266.º, n.º 2). Não surpreenderá, por isso, que os critérios a ponderar na dilucidação da questão da admissibilidade da recusa de aplicação passem também por estes princípios, bem como pelas bases do Estado de direito e, em consonância, do próprio Direito Administrativo.

Dos desenvolvimentos (especialmente doutriniais) que a questão tem merecido decorre um conjunto de argumentos esgrimidos para suportar quer a recusa de aplicação, quer a inadmissibilidade da mesma. Se poderemos retirar ainda alguns subsídios do problema paralelo da recusa de aplicação de leis pela Administração com fundamento em inconstitucionalidade, não deveremos ignorar que a recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez postula *algo mais e algo diferente* que a tentativa de equilíbrio entre o princípio da legalidade (*rectius*, da juridicidade) e o princípio da separação de poderes. Na verdade, e sem prejuízo da necessidade de ponderação dos vários critérios que iremos enunciar e da perspectiva redutora que significará circunscrever o problema num binómio, a reflexão em torno da questão da desaplicação administrativa de regulamentos inválidos gira, essencialmente, no interior do princípio da juridicidade, entre a força centrípeta decorrente da igualdade, da segurança jurídica, da protecção da confiança e da boa fé e a força centrífuga emergente da subordinação administrativa a todo o direito. Trata-se de um equilíbrio que não dispensa uma articulação com a função desempenhada pelo regulamento em causa: sem prejuízo da necessidade de análise do caso concreto, compreende-se, *v. g.*, que, em geral, a força centrípeta exercida por aqueles princípios se veja especialmente reforçada quando ao regulamento é inerente uma função de dinamização da ordem jurídica. Atente-se, porém, que o confronto entre os vários critérios de ponderação oferece-nos não só resposta para o problema do reconhecimento da possibilidade de exercício da recusa de aplicação de normas regulamentares, como também baliza material ou substancialmente os termos do exercício de tal competência.

2.1.1. Princípio da justiça

A previsão do princípio da justiça como princípio rector da actividade administrativa encontra-se presente no n.º 2 do artigo 266.º da Lei Fundamental³⁶; em sentido análogo, o artigo 6.º do CPA prevê que “a Administração Pública deve *tratar de forma justa* (...) todos os que com ela entrem em relação”. Sem pretendermos versar sobre o complexo problema do sentido e alcance do conceito de justiça, bem como das suas várias precipitações – questão que extravasaria largamente o objecto da nossa análise³⁷ –, a alusão a este princípio circunscreve-se ao modo como pode orientar a acção administrativa e, em concreto, contribuir como argumento para a dilucidação do problema da recusa de aplicação de regulamentos inválidos. Poder-se-ia questionar o porquê da autonomização da justiça em face do princípio da juridicidade e, como tal, da subordinação da Administração ao direito. Como decorrerá das considerações que teceremos já de seguida, a justiça, na medida em que associada à e predicativa da essência do direito, constitui um princípio valorativo que funciona como limite irreduzível da actuação dos poderes públicos num Estado que mereça o qualificativo de «de direito»³⁸; ou, para o explicitarmos com Castanheira Neves³⁹, “a intenção à «Justiça», ao «justo», é momento constitutivamente essencial da existência do direito *como direito*”, justiça essa que se há-de compreender como histórico-concretamente realizada («justiça positivada») e determinante da positividade («positividade justa»).

³⁶ Ainda que não estivesse formalmente expresso, o princípio da justiça decorre da ideia de Estado de direito (cf. artigo 2.º da Constituição). Neste sentido, associando justiça e Estado de direito, cf. Freitas do AMARAL, *Manual...*, cit., p. 122, na senda do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/99, de 23 de Novembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 45.º vol., 1999, p. 389. Repare-se, aliás, que o Tribunal Constitucional tem erigido o princípio da justiça como parâmetro da constitucionalidade de actos legislativos – v. Acórdão n.º 162/95, de 28 de Março, cit., p. 2564 (louvando-se em jurisprudência anterior).

³⁷ V., v. g., a ampla discussão relativa ao conceito de justiça presente em LARENZ, *Metodologia...*, cit., pp. 241 e ss., sob uma perspectiva metodológica. Numa outra óptica, cf., com amplas referências bibliográficas, João LOUREIRO, «O Político e o Social em *Deus Caritas Est*: Entre a Justiça e a Caridade», in: *Estudos – Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, n.º 7 (nova série), 2006, pp. 86 e ss.. Sobre o princípio da justiça, enquanto princípio constitucional da Administração Pública, cf. Freitas do AMARAL, «O Princípio da Justiça no Artigo 266.º da Constituição», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica* 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 685 e ss., esp.^{te} pp. 701 e ss..

³⁸ V. também Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 169. Efectivamente, e como sublinha Paulo OTERO (*Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 604), em articulação com a defesa da existência de «valores teleológicos do Direito», o Direito só se assume enquanto tal quando “orientado para atingir determinadas finalidades relacionadas com a existência humana”, finalidades essas que, possuindo um carácter axiológico ou valorativo, se identificam, desde logo, com a justiça. Cf. ainda David DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., p. 328.

³⁹ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 576.

Considerando que os valores que enformam o princípio da justiça constituem critérios materiais orientados da Administração na obtenção de uma decisão justa do caso concreto⁴⁰, temos que, no domínio em que nos movemos, a convocação deste princípio se associa à problemática das normas (regulamentares) injustas (*leges corruptæ, Unrecht*) e impõe uma resposta sobre qual a atitude a adoptar pelos órgãos administrativos quando confrontados com um regulamento inválido, cuja mobilização determina a comissão de um acto injusto.

A referência, em primeira linha, ao princípio da justiça no âmbito da disquisição das possibilidades de exercício da competência de recusa de aplicação prende-se com a essencialidade que reveste para a compreensão do próprio conceito de norma jurídica (ou norma de direito), perimida que está qualquer concepção que defendesse a identificação da justiça com o direito pré-disponibilizado no sistema jurídico⁴¹. Admitir a possibilidade de desaplicação de uma norma com fundamento na violação do princípio da justiça traz ínsita uma compreensão do sistema jurídico que transcende o plano da mera legalidade ou do direito positivado e projecta o problema no Direito⁴².

O relacionamento desta questão com a temática das normas injustas conduz a que, no plano material, a invocação do princípio da justiça como argumento da recusa de aplicação de regulamentos surja numa posição de *prima ratio*, que afasta qualquer tentativa de equilíbrio com outros valores jurídicos. Está aqui presente a ideia segundo a qual o princípio da justiça, embora surja mediado por outros princípios, consubstancia algo mais que os princípios normativos igualmente constantes do texto constitucional (desde logo, a igualdade, a proporcionalidade e a boa fé)⁴³, possuindo um conteúdo autónomo e mais exigente que o postulado por eles, na medida em que apela à própria ideia de Direito⁴⁴ e se assume como «Valor Absoluto»⁴⁵. Não se estranhará, por conseguinte, que o arrimo

⁴⁰ Cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 802, anotação XIII ao artigo 266.º.

⁴¹ V. também Marcello CAETANO, «O Respeito da Legalidade e a Justiça das Leis», in: *O Direito*, ano 81.º, fasc. 1.º, Janeiro/Março 1949, p. 10.

⁴² V. Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 534 e s..

⁴³ Cf. também Maria da Glória GARCIA/António CORTÊS, «Artigo 266.º», cit., pp. 567 e s., anotação VI. É neste sentido que M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 106, comentário I ao artigo 6.º) entendem que só em casos-limite se verifica a autonomia do princípio da justiça relativamente a outros princípios (como a igualdade, necessidade e proporcionalidade, imparcialidade e protecção de direitos e interesses legalmente protegidos).

⁴⁴ KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 225, para quem a justiça, enquanto mais elevado valor do Direito, coincide com a própria ideia de Direito.

⁴⁵ Cf., convocando a lição de Cícero (que concebe a justiça como a *vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*), Marcello CAETANO, «O Respeito...», cit., p. 23, que a

proporcionado pelo princípio da justiça para a questão que nos ocupa aponte *sempre* no sentido da recusa de aplicação das normas injustas pela Administração.

E contra esta asserção não colhe qualquer argumento alicerçado no n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil, nos termos do qual “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto (...) o conteúdo do preceito legislativo”⁴⁶. Por um lado, anuncia-se questionável o valor normativo a atribuir aos preceitos do Código que revistam natureza metodológica, defendendo-se que aqueles não vinculam nos mesmos termos em que o fazem os que se propõem resolver uma controvérsia jurídica, já que tal matéria se encontra reservada para o pensamento jurídico e não para o legislador⁴⁷. Por outro lado, o preceito em causa revela-se tributário de uma visão positivista do Direito, por sugerir uma identificação deste com as normas autoritariamente impostas⁴⁸ (concepção que hoje se encontra totalmente ultrapassada) ou, no mínimo, por assentar na presunção de que o órgão competente para a emissão de normas cumpre sempre a intenção de justiça, realizando a condição material da sua validade axiológico-jurídica⁴⁹. Finalmente, e na medida em que se pretendesse impor à própria função judicial, o citado artigo 8.º transformaria o exercício desta função estadual numa jurisprudência degradada, burocratizada e reduzida a mero serviço público, destinado a homologar os ditames do poder⁵⁰.

A proposição segundo a qual o princípio da justiça fundamenta a recusa de aplicação de normas injustas carece de uma consideração subjectiva e objectiva, que

define como “a tal energia que a lei positiva se limita a captar e a aproveitar mas que actua na consciência de todos nós, superior à nossa vontade e independente das nossas concepções”.

⁴⁶ Sobre a consideração dos (três) sentidos possíveis de uma prescrição legal análoga (a constante da primeira parte do n.º 2 do artigo 110.º do *Estatuto Judiciário*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44278, de 14 de Abril de 1962, nos termos da qual “os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que lhes pareça imoral ou injusta”) debruçou-se Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 547 e ss..

⁴⁷ Sobre o valor normativo do cânone metodológico, cf., por todos, Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 260; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 896 e ss. (embora a propósito do artigo 9.º do Código Civil). V. ainda, relativamente ao citado n.º 2 do artigo 110.º do *Estatuto Judiciário* de 1962, Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 556 e s..

⁴⁸ A este propósito, Pires de LIMA/Antunes VARELA (*Código...*, cit., p. 57, anotação 2 ao artigo 8.º) defendiam que se encontrava vedada aos tribunais a apreciação da justiça das normas, ficando a consideração daquele valor relegada para cânone interpretativo, presumindo-se, em caso de equívocidade da norma interpretanda, que o legislador quis formular as soluções mais justas.

Advogando hoje a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil, com fundamento na violação do artigo 2.º da Constituição, por entender que a justiça se encontra ínsita na ideia de Estado de direito, v. Freitas do AMARAL, *Manual...*, cit., p. 122.

⁴⁹ Exactamente nestes termos, Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 554.

⁵⁰ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 578, n. 151, ainda que não a propósito do artigo 8.º, mas da necessária associação entre uma magistratura judicial independente e autónoma perante as forças ideológicas e políticas e o reconhecimento de um poder/dever de decidir contra as leis injustas.

atende quer à perspectiva do titular do órgão administrativo, quer à gravidade da invalidez da norma em causa, respectivamente.

Numa óptica *subjectiva*, uma das refrações ou concretizações do princípio da justiça consiste no reconhecimento (também aos titulares de órgãos públicos) do direito de recusar a colaboração na prática de qualquer acto injusto⁵¹. Concebido como um direito fundamental directamente alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de recusa em colaborar na prática de actos injustos ou em cometer uma injustiça é conferido a todos os cidadãos⁵², tornando possível equacionar o problema à luz de um instituto similar à objecção de consciência⁵³. Este direito, constitucionalmente assegurado no n.º 6 do artigo 41.º e corolário da liberdade de consciência tutelada pelo mesmo preceito e do respeito pela integridade moral⁵⁴, faculta a qualquer pessoa o não cumprimento de obrigações ou a ausência da prática de qualquer acto conflituante com as convicções da consciência, independentemente da sua índole religiosa, moral, ética, filosófica ou outra⁵⁵. Sem prejuízo de o direito à objecção de consciência se exercer relativamente a normas válidas e legítimas (o que não sucede quando estão em causa normas injustas), o reconhecimento, neste plano, da recusa de colaboração na prática de um acto injusto possui uma operatividade similar àquele direito, permitindo o incumprimento lícito das mesmas, com fundamento em razões axiológicas. Daí que, parafraseando Radbruch, quando as normas desmentem a vontade e desejo de justiça que as devem caracterizar, as mesmas

⁵¹ Cf. Paulo OTERO, «O Direito Fundamental a Não Participar num Acto Injusto», in: Barbas HOMEM/Vera-Cruz PINTO/Portocarrero de ALMADA/P. Teixeira PINTO (org.), *João Paulo II e o Direito*, Principia, Cascais, 2003, p. 134; v. também Paulo OTERO, *Lições...*, cit., I vol., 1.º tomo, p. 185, e *O Poder...*, vol. II, p. 555.

⁵² Assim, já Paulo OTERO, *Lições...*, cit., I vol., 1.º tomo, p. 185, e *Legalidade...*, cit., p. 930, que sustenta o respectivo acolhimento constitucional na cláusula aberta ou no princípio da não tipicidade, constante do n.º 1 do artigo 16.º da Lei Fundamental e considera-o radicado na consciência jurídica geral.

Encontra-se uma tradução desta ideia na Encíclica *Evangelium Vitae* (n.º 74), a propósito da cooperação em acções moralmente más (*in concreto*, atentatórias da vida humana), ainda que admitidas ou impostas pela lei civil. A configuração da recusa da participação em cometer uma injustiça não só como dever moral, mas como direito humano basilar, radica na circunstância de uma solução contrária comprometer a liberdade do sujeito, cujo sentido e fim reside na orientação para a verdade e para o bem, encontrando-se aqui terreno fértil para a invocação da objecção de consciência, que exima de qualquer responsabilidade (não apenas no plano criminal, mas também a nível disciplinar, económico e profissional) quem a invocar (cf. http://www.vatican.va/edocs/POR0062/_INDEX.HTM, Dezembro 2010). Partindo da Encíclica, v. as considerações de Paulo OTERO, «O Direito...», cit., pp. 129 e ss..

⁵³ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 930.

⁵⁴ Jorge MIRANDA/Pedro Garcia MARQUES, «Artigo 41.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., p. 920, anotação XXIII.

⁵⁵ Definindo nestes termos o direito à objecção de consciência, cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 616, anotação X ao artigo 41.º, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 681/95, de 5 de Dezembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 32.º, 1995, p. 662.

carecem de total validade, não se encontrando o povo adstrito a obedecer-lhes, devendo os juristas ter a coragem de lhes recusar o carácter de jurídicas⁵⁶.

À consideração de um direito, na titularidade de todos os cidadãos (e, portanto, também dos funcionários, titulares de órgãos e demais trabalhadores da Administração Pública), de recusar a participação num acto injusto acresce um autêntico *dever* de não actuar de forma injusta: é neste sentido que do n.º 2 do artigo 266.º da Constituição se faz decorrer para a Administração um *dever de actuar com justiça*⁵⁷. Assim, e por força do princípio da justiça, dever-se-á entender que a não colaboração em actos injusto vincula as entidades públicas, impondo-lhes, designadamente, a obrigação de rejeitar todas as normas jurídicas injustas (e de declarar a invalidade de todos os actos injustos)⁵⁸ – o que abre caminho para a perspectivação do problema sob uma óptica *objectiva*. Na verdade, o fundamento da recusa de aplicação de normas injustas (*in casu*, normas regulamentares) mergulha mais fundo, não se esgotando num simples direito dos cidadãos.

A indubitabilidade e, sobretudo, a obrigatoriedade da recusa de aplicação de normas injustas reside no facto de se qualificarem como tal aquelas que se revelam contrárias à própria ideia de direito, não podendo, rigorosamente, apelidar-se de normas *jurídicas*. Ou, se quisermos dizê-lo com Castanheira Neves⁵⁹, “a única atitude legítima em face de uma «lei injusta» é a de recusar a sua aplicação: a «lei injusta» faz surgir no pensamento jurídico em geral o *poder* e o *dever* de lhe recusar validade e aplicação, de decidir *contra legem*”, pois que a obediência à lei só subsiste se e enquanto a mesma

⁵⁶ RADBRUCH, «Fünf Minuten Rechtsphilosophie», in: RADBRUCH, *Gesamte Aufgabe*, vol. 3 (*Rechtsphilosophie – III*), C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 79. V. também, no contexto da apreciação crítica da legislação nacional-socialista, RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht», in: RADBRUCH, *Gesamte Aufgabe*, vol. 3 (*Rechtsphilosophie – III*), C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 89, onde o Autor utiliza o paradoxo «direito injusto» (*unrichtiges Recht*), desprovido de natureza jurídica, para caracterizar a contrariedade intolerável entre a lei positiva e a justiça (devendo aquela ceder perante esta), esclarecendo que nem o direito positivo se poderá definir como direito se, de acordo com o seu sentido, não se destinar a servir a justiça.

⁵⁷ Freitas do AMARAL, «O Princípio da Justiça...», cit., p. 701, e *Curso...*, vol. II, p. 122.

⁵⁸ Cf. Paulo OTERO, *Lições...*, cit., vol. I, tomo 1.º, p. 185. É interessante verificar que, mesmo num período histórico-legislativo em que se vedava aos tribunais o controlo da natureza justa ou injusta de um acto administrativo, admitia-se que a Administração o fizesse – tal-qualmente sucedia à luz do artigo 21.º da *Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo*, de 1956; não ignoramos, porém, que esta solução, longe de corresponder à emergência do princípio da justiça como autónomo princípio vinculador da actividade administrativa, se encontrava alicerçada numa concepção que elevava o princípio da legalidade a padrão único de validade dos actos (como, aliás, sublinha Freitas do AMARAL, «O Princípio da Justiça...», cit., pp. 702 e s.).

⁵⁹ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 578 (e pp. 544 e s., respectivamente), e «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 45. Cf. também Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 643 (salientando que, nestes casos, estamos diante de “dramáticas situações-limite, dificilmente concebíveis num Estado de direito”).

permitir realizar, por sua mediação, o direito. Efectivamente, a caracterização da norma injusta (enquanto “norma positiva que não realize ou permita realizar concretamente a Ideia de Direito”⁶⁰) permite concluir que a mesma não se confunde com qualquer norma inválida, mas exige antes que a invalidade de que a norma em causa padece assuma uma gravidade que contenda com o étimo fundante do Direito como tal, quer por recusar a dignidade a qualquer pessoa humana (o “sagrado solo fundador”⁶¹), quer por transformar esta em instrumento de uma estratégia política ou económica⁶². Ou, se quisermos dizê-lo com o Tribunal Constitucional⁶³, a norma em causa deve apresentar “uma solução normativa absolutamente inaceitável (...), que afecte uma dada dimensão do núcleo fundamental dos interesses essenciais da pessoa humana e que colida com os valores estruturantes do ordenamento jurídico”. Pense-se, *v. g.*, num regulamento atentatório da dignidade da pessoa humana, que recusasse a personalidade jurídica a indivíduos, em função da raça, ou que reconhecesse direitos apenas a cidadãos com determinada filiação político-partidária.

Daí que, nesta hipótese, não haja de entrar em linha de conta com outros princípios, designadamente, a segurança jurídica e a certeza do direito, porquanto estes valores apenas assomam quando existe ainda qualquer valor *jurídico* a tutelar⁶⁴. Com efeito, da

⁶⁰ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 576.

⁶¹ João LOUREIRO, «Pessoa, Dignidade e Cristianismo», in: *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I, Studia Iuridica 90, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 717. Este Autor entende por dignidade humana “o valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos” (João LOUREIRO, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 281).

Cf. também Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 93, referindo-se também ao «paradigma da pessoa-valor», enquanto valor absoluto, correspondente a uma das “arqui-originárias orientações possíveis do desenvolvimento da humanidade capazes de informar todo um ciclo cultural e de lhe determinar a respectiva identidade”. Sobre o alcance da dignidade humana como função constitucional, cf. as desenvolvidas considerações de Paulo OTERO, *Instituições...*, cit., pp. 560 e ss.. Sobre as funções da dignidade da pessoa humana, *v. ainda* Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, cit., pp. 807 e s..

⁶² *V.* Castanheira NEVES, «O Papel...», cit., p. 44, e *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 576 e s.. Recorde-se ainda que, tal como nos ensina este Professor, o «homem-pessoa» e a sua dignidade constituem a dimensão ética (a «condição ética») que confere ao direito o sentido *de direito*, garantindo-lhe concomitantemente a sua autonomia: uma ofensa desta condição ética – uma das condições da emergência do direito como direito (a par das condições mundano-social e humano-existencial) – implica a negação do sentido último da juridicidade. Sobre as condições da emergência do direito e o papel da dignidade da pessoa humana neste contexto, cf. Castanheira NEVES, «O Direito...», cit., pp. 69 e s..

⁶³ Acórdão n.º 363/2001, de 12 de Julho, in: *Diário da República*, II Série, n.º 238, 13.10.2001, p. 17099.

⁶⁴ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 579, e «O Papel...», cit., p. 45. Aliás, e porque nos reportamos ao problema dos *regulamentos* injustos e não à questão das *leis* injustas, nem será necessário contrariar o argumento – também refutado por este nosso Professor – relacionado com o facto de tais normas provirem de um legislador formalmente legitimado, já que as leis injustas representam

proclamação de que o Estado Português se baseia na dignidade da pessoa humana (constante logo do artigo 1.º da Constituição) infere-se uma especial “sensibilidade” ou “atitude”, que há-de impregnar todas as relações (e todos os aspectos das relações) entre os poderes públicos e os cidadãos⁶⁵. Eis o motivo por que entendemos o princípio da justiça como argumento de *prima ratio* a convocar pelos órgãos administrativos para a recusa de aplicação de regulamentos: a verificação de uma ofensa aos mais elementares valores ínsitos na ideia de Direito permite-lhes (*rectius*, vincula-os), sem mais indagações, a afastar a norma injusta da aplicação ao caso concreto⁶⁶.

Ora, se esta solução se revela pacífica quando está em causa o exercício do poder judicial⁶⁷, também se deve entender como extensível à Administração, permitindo erigi-la como «guardiã intermédia da ideia de Direito», contribuindo, em última análise, para a tutela do «Estado de juridicidade»⁶⁸ – aliás, e fechando o círculo, em consonância com a submissão constitucional da actividade administrativa ao princípio da justiça. Trata-se, aliás, de uma exigência de sentido do próprio Estado de direito, cujo objectivo reside na garantia e na realização da justiça⁶⁹, e que impõe, sob pena de se descaracterizar, uma actuação dos poderes públicos que intencione constantemente a justiça, porquanto todas as funções estaduais (e, por conseguinte, também a função administrativa, em qualquer das

«perversões do poder legislativo». Claro está que, *mutatis mutandis*, também as normas regulamentares injustas configuram perversões do poder normativo da Administração Pública.

⁶⁵ Nestes termos, relativamente à *Grundgesetz*, SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 52.

⁶⁶ Distanciamo-nos já de M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 106, comentário I ao artigo 6.º), quando concebem o princípio da justiça, como “*ultima ratio* da subordinação da Administração ao Direito, permitindo invalidar aqueles actos que, não cabendo em nenhuma das condicionantes jurídicas expressas da actividade administrativa, constituem, no entanto, uma afronta intolerável aos valores elementares da Ordem Jurídica”. Ora, e transpondo para o exercício, em geral, da função administrativa, o raciocínio a seguir deve ser precisamente o oposto: ao invés de se averiguar se a actuação em causa se revela ofensiva de outros princípios normativos e, caso tal não suceda, avaliar se a mesma fere o princípio da justiça (algo, aliás, pouco concebível), impõe-se ao órgão administrativo que, independentemente de outras apreciações, percepcione se a sua acção implicará a comissão de uma injustiça e, na hipótese de tal não suceder, determine se se revela violadora de outros princípios e normas jurídicos. É que a gravidade inerente à violação do princípio da justiça origina que a sua ofensa acarrete também a vulneração de outros princípios que naquele vêm implicados – parece ser neste sentido que Freitas do AMARAL (*Manual...*, cit., p. 122) associa a reacção contra leis injustas à violação ou de direitos fundamentais ou, em qualquer caso, do princípio de Estado de direito (cf. também Freitas do AMARAL, «Da Necessidade...», cit., p. 615, «O Princípio da Justiça...», cit., p. 701, e *Curso...*, vol. II, cit., p. 122).

⁶⁷ Castanheira NEVES («O Papel...», cit., pp. 45 e s.) circunscreve o poder em causa apenas ao jurista que, ao desempenhar-se da função judicial, se assumia como tal.

⁶⁸ Paulo OTERO, *O Poder...*, cit., vol. II, p. 555, que defende solução idêntica quanto à Administração, advogando, perante flagrantes leis injustas, a recusa de obediência, devendo os órgãos administrativos decidir *contra legem* (ou mesmo *contra constitutionem*, se for caso disso), encontrando-se, obviamente, tais decisões submetidas ao escrutínio judicial (*Op. cit.*, pp. 554 e s.). V. ainda *Lições...*, cit., vol. I, tomo 1.º, p. 185.

⁶⁹ Assim também, já em 1953, entendia BACHOF, «Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates», in: *Wege zum Rechtsstaat*, Athenäum, Königstein, 1979, p. 82

suas dimensões) são co-responsáveis pela e concorrem para a efectivação deste valor, na medida em que insito à ideia de direito⁷⁰.

2.1.2. Princípio da juridicidade

Como assinalámos logo no início da Parte I, a complexificação da actividade administrativa trouxe consigo uma recompreensão da subordinação da Administração ao direito e, por conseguinte, uma nova perspectiva sobre o princípio da juridicidade. Constitui este o princípio central que, na sua pluridimensionalidade, contribui decisivamente para a formulação dos mais relevantes argumentos para a resolução do problema da desaplicação de regulamentos inválidos pelos órgãos administrativos. Com efeito, a vinculação da Administração ao direito favorece um polivalente jogo entre os princípios que regem a respectiva actividade e que, consoante as dimensões ponderadas, abre distintos caminhos de solução.

Assim, as dimensões *materiais* do princípio da juridicidade apontam no sentido da admissibilidade da recusa de aplicação, em congruência com a ideia de que devem os órgãos administrativos respeitar as normas (constitucionais e legais) a que se encontram submetidos e adoptar soluções que se compatibilizem com a ordem jurídica considerada no seu conjunto, determinando a vinculação administrativa a padrões jurídicos positivos: nesta ordem de ideias, a atribuição de um qualquer valor a um regulamento administrativo ilegal consonante com a imposição da respectiva aplicação aos órgãos administrativos implica concomitantemente que se esteja a negar a eficácia (a desaplicar) à lei por ele infringida⁷¹ – aspecto que, por maioria de razão, se verifica quando se trata de um regulamento inconstitucional⁷² e se verificará ainda, em geral, perante qualquer norma regulamentar

⁷⁰ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., pp. 539 e 541.

⁷¹ Assim, CARLASSARE, «Regolamento (Dir. Cost.)», in: *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIX, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 634; BACCARINI, «Disapplicazione...», cit., p. 575. Apodicticamente, SANDULLI (*L'Attività...*, cit., p. 8) entendia, com fundamento no facto de a normação administrativa, enquanto norma secundária, se encontrar num nível inferior, que “tal inferioridade implica que a validade e a operatividade dos actos normativos que correspondam ao seu exercício, estão subordinados à observância das leis e, se na sua emanção se verificou a violação ou a falsa aplicação de uma lei, pode ser (...) desaplicado”. Entre nós, cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 200 e s.. V. também GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 226, embora associando esta perspectiva à previsão da sanção da nulidade para a invalidez dos regulamentos.

⁷² Seguindo esta linha de raciocínio, a doutrina norte-americana questiona, a partir dos fundamentos da *judicial review* (quando ancorada, em exclusivo, no princípio da supremacia da Constituição), a possibilidade de controlo da constitucionalidade por entidades diversas dos tribunais (a Administração, desde logo), na medida em que igualmente submetidas ao princípio da supremacia da Constituição. Cf. CORWIN, «Marbury...», cit., pp. 21 e s., a propósito de uma mensagem de veto do Presidente Jackson, de 10 de Julho

ofensiva de um parâmetro de vinculação. Por seu lado, a acentuação de uma juridicidade *formal* determina a impossibilidade da recusa de aplicação, em virtude não apenas da insegurança ou da desigualdade que isso geraria no seio da actividade administrativa, mas também do facto de os regulamentos administrativos integrarem o bloco da juridicidade a que a Administração está adstrita, assumindo, por conseguinte, uma força jurídica autovinculativa relativamente àquela – motivo pelo qual a ausência do reconhecimento constitucional que habilita os órgãos administrativos a desaplicar normas inválidas (como sucede relativamente aos tribunais) apontará para a existência de uma norma (implícita) que obriga os órgãos administrativos a mobilizar normas inválidas (inconstitucionais e ilegais), considerando lícita essa aplicação⁷³.

A (já adivinhada) elevada densidade normativa do princípio da juridicidade (com refracções determinantes no problema que nos ocupa) exige a consideração autónoma das várias dimensões que, no seu seio, se alojam e que, nos termos sublinhados, apontam para soluções ambivalentes, de molde a permitir compreendê-las como critérios a valorar no âmbito da determinação, *in concreto*, da admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos inválidos pelo decisor administrativo.

2.1.2.1. Aplicabilidade directa e vinculação administrativa pelos direitos, liberdades e garantias

Enquanto manifestação do princípio da juridicidade, o princípio da constitucionalidade da Administração – consagrado, em geral, no n.º 3 do artigo 3.º e recuperado no n.º 2 do artigo 266.º, ambos da Constituição – impõe uma subordinação dos órgãos administrativos às normas e princípios constitucionais. Se a vinculação administrativa pela Constituição sempre constituiria uma dimensão do princípio da juridicidade favorável ao reconhecimento do exercício da competência de recusa de aplicação, esta submissão encontra uma tradução especialmente forte ao nível dos direitos, liberdades e garantias, em virtude da consistência axiológica que se lhes encontra aglutinada⁷⁴. Quer dizer, se a violação de princípios e normas constitucionais terá, em

de 1832, onde aquele afirmava que “o Congresso, o Executivo e o Tribunal devem guiar-se pela sua própria opinião sobre a Constituição”.

⁷³ Cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 711.

⁷⁴ Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA («Artigo 18.º», cit., p. 329, anotação XV) chamam a atenção para a necessidade de conferir sentido útil ao n.º 1 do artigo 18.º, estabelecendo uma diferenciação qualitativa entre a vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias e a vinculação geral da Administração à Constituição e à lei.

qualquer caso, um decisivo impacto em matéria de admissibilidade da recusa de aplicação – em especial, no critério da natureza do vício (cf., *infra*, 2.1.4.) –, a previsão da aplicabilidade directa e da vinculação de entidades públicas confere aos direitos, liberdades e garantias uma «normatividade qualificada»⁷⁵ – típica da «eficácia reforçada» das normas constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, caracterizadora de um «Estado de direitos humanos»⁷⁶ –, que suporta a defesa autónoma de uma solução mais permissiva quanto à rejeição das normas regulamentares que os vulnerarem.

Como é sabido, a aplicabilidade directa e a vinculação das entidades públicas constituem dois traços do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, constantes do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição. Já anteriormente abordámos o problema da vinculação administrativa pelos direitos, liberdades e garantias (cf., *supra*, Parte III, 2.2.2.): tratava-se, então, de destacar estes direitos como parâmetro de vinculação dos regulamentos administrativos e, como tal, da interferência dos mesmos no momento da *Rechtsetzung*. Assume outros contornos a perspectiva agora a considerar. Numa paráfrase a Gomes Canotilho⁷⁷ e a Vieira de Andrade⁷⁸, poderemos formular a questão nos seguintes termos: a *força dirigente dos direitos fundamentais*, a sua *efectividade* ou a *intensidade da sua real força normativa* não imporá aos órgãos da Administração um dever (de controlo e de) desaplicação de quaisquer normas ofensivas dos direitos, liberdades e garantias⁷⁹?

As considerações já tecidas a propósito da vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias permitem-nos agora abreviar as referências às actividades e às autoridades administrativas a ela sujeitas. A subordinação da Administração aos direitos, liberdades e garantias possui uma vocação totalizante, vinculando imediata e directamente os órgãos da Administração (aqui incluídas as entidades privadas com poderes públicos),

⁷⁵ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 438.

⁷⁶ Paulo OTERO, *Instituições...*, cit., pp. 590 e ss..

⁷⁷ Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 443. Aliás, e adiantando o sentido da resposta, o Autor admite mais amplamente a “desobediência” a regulamentos administrativos que violem direitos, liberdades e garantias, que a rejeição das leis inconstitucionais com o mesmo fundamento.

⁷⁸ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 192.

⁷⁹ A inconstitucionalidade do regulamento por violação de direitos, liberdades e garantias constitui uma premissa da tematização do problema (cf. também, *supra*, 1.4.). Daí que não abordemos neste ponto a questão da interpretação em conformidade com os direitos fundamentais, enquanto subespécie da interpretação em conformidade com a Constituição. Valem aqui as considerações já tecidas a propósito do cânone da interpretação conforme (cf., *supra*, Parte II, 2.2.3.1., II, β): a sanção da invalidez (inconstitucionalidade) encontra-se reservada para os casos em que, por via interpretativa, não se pode salvar a coerência normativa da norma, privilegiando-se um sentido compatível com os preceitos relativos aos direitos fundamentais. Sobre a interpretação em conformidade com os direitos fundamentais, v. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 194 e s., 225 (relativamente à Administração); cf. também Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., p. 533.

que, nas suas concretas actuações, estão adstritos às respectivas observância e satisfação, tornando-se, pois, legítima uma interrogação relativa ao alcance dessa vinculação, em termos de permitir a rejeição de normas regulamentares na decisão de casos. Trata-se, por isso, de uma questão inseparável da relacionada com o sentido da aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias⁸⁰.

A resposta à interpelação efectuada deve contextualizar-se num cenário em que sobem de tom as vozes que proclamam o indivíduo, enquanto sujeito de direitos (fundamentais), como centro da ciência do Direito Administrativo⁸¹, no âmbito de um “Estado de direitos fundamentais”, volvendo a Administração numa “guardiã dos direitos fundamentais”⁸². Daí que o argumento retirado da aplicabilidade directa e da vinculação administrativa pelos direitos, liberdades e garantias faça pender a solução para o lado da admissibilidade da recusa de aplicação de normas regulamentares que os violem ou ilegitimamente impeçam o respectivo exercício. Aliás, se idênticas reflexões se fazem já a propósito do problema da desaplicação de leis inconstitucionais⁸³, a não interferência, no domínio em que nos movemos, do princípio da separação de poderes conduz alguma doutrina ao reconhecimento, com total amplitude e sem condições, da recusa de aplicação de quaisquer normas infra-legislativas, com fundamento na violação de direitos

⁸⁰ Seguimos, pois, a doutrina portuguesa maioritária – que associa, nas suas cúmplices complementaridades, aplicabilidade directa e vinculação de entidades públicas (v. e. g., Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 173; M. Afonso VAZ, *A Lei...*, cit., p. 310) –, distanciando-nos da posição propugnada por A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 306 e ss., que, baseando-se na contraposição gramatical entre o n.º 1 do artigo 18.º da Constituição e o n.º 3 do artigo 1 da *Grundgesetz*, defende que a operatividade do princípio da aplicabilidade directa se restringe aos casos de ausência de lei, nada adiantando ao princípio da constitucionalidade, quando se está na presença de uma lei inconstitucional violadora de direitos, liberdades e garantias.

⁸¹ Assim, SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 54; neste sentido, o Autor alude a três tendências do Direito Administrativo contemporâneo: a individualização (a permitir alcançar a proporcionalidade, a razoabilidade e a equidade do ordenamento jurídico-administrativo), a subjectivização (decorrente do reconhecimento de direitos subjectivos aos cidadãos) e a sensibilização aos direitos fundamentais (resultante da interacção entre direcção e interesses privados e determinante da actuação dos direitos fundamentais como impulso para o surgimento de novas questões de Direito Administrativo).

⁸² Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., pp. 531 e ss., e 537 e s., respectivamente.

⁸³ Cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 443 e ss.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 383 e s., anotação III ao artigo 18.º; Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., pp. 328 e ss., anotação XV; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 200 e ss.; F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., pp. 439 e s. (relativamente às leis inconstitucionais violadoras do princípio da igualdade); Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 167 e ss.; M. Afonso VAZ, *A Lei...*, cit., pp. 309 e s.; CAUPERS, *Os Direitos...*, cit., p. 150; Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., pp. 534 e ss.; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 381 e ss.; Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 196 e ss.; Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., pp. 502 e s., Maria Teresa RIBEIRO, *O Princípio...*, cit., 145 e s..

fundamentais (direitos, liberdades e garantias), dada a vinculação da Administração que a respectiva força jurídica comporta⁸⁴.

Como se infere das observações precedentes, não defendemos uma perspectiva tão aberta da recusa de aplicação quando esteja em causa a violação de direitos, liberdades e garantias, dada a emergência de outros valores constitucionalmente relevantes que apontam em sentido contrário. Somente nos casos mais graves, que reclamam a interferência do princípio da justiça, não há lugar, nos termos apontados (cf., *supra*, 2.1.1.), a qualquer ponderação: quando o decisor se depare com uma norma regulamentar de tal modo ofensiva dos direitos fundamentais (*maxime*, direitos, liberdades e garantias, que implique um concomitante atentado à dignidade da pessoa humana) deve afastá-la de imediato da resolução do caso concreto, independentemente da invocação da aplicabilidade directa ou da vinculação de entidades públicas⁸⁵.

Desde logo, a emergência do problema da recusa de aplicação neste horizonte pressupõe que a vinculação administrativa aos direitos, liberdades e garantias já haja sido vulnerada no momento da emissão do regulamento: se, em geral, a tematização da rejeição de normas com fundamento em invalidez se dirige a evitar um agravamento da lesão no ordenamento produzida pela respectiva emanção, também agora o reconhecimento da recusa de aplicação serve o objectivo de não obrigar a Administração a persistir na ofensa aos direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, o princípio da aplicabilidade directa possui refracções ao nível não apenas da validade, mas também da eficácia ou da aplicação ao caso concreto dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, em estreita conexão com a existência (ou não) de lei regulamentadora dos direitos e da entidade aplicadora em causa⁸⁶.

Em geral, e como principiámos por sublinhar, deverá entender-se que o regime específico dos direitos, liberdades e garantias constitui um arrimo favorável à recusa de

⁸⁴ Veja-se, *v. g.*, a amplíssima posição de STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., pp. 1346 e s., aludindo a uma «competência de fiscalização reforçada» (*verstärkte Prüfungskompetenz*) e à não aplicação de normas infra-legislativas atentatórias de normas relativas aos direitos fundamentais. Atente-se também na perspectiva de Paulo OTERO (*Instituições...*, cit., pp. 591 e s.), que, formulando a questão em geral, defende expressamente que a aplicabilidade directa confere ao aplicador uma competência de rejeição de todas as normas infra-constitucionais que ostensivamente violem as normas constitucionais de direitos fundamentais.

⁸⁵ Resta saber em que medida, no estado actual da Justiça Administrativa, a admissibilidade da recusa de aplicação poderá ser complementada com a possibilidade de os particulares se dirigirem ao tribunal para pedirem a condenação da Administração à abstenção de determinados comportamentos, nos termos da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA, ou de, através da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias (artigos 109.º e seguintes do CPTA), solicitarem em juízo a condenação da Administração a adoptar a conduta indispensável para assegurar o seu exercício.

⁸⁶ Cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 195 e 199.

aplicação de regulamentos pela Administração, e, enquanto tal, um dos argumentos mais fortes, no quadro do princípio da juridicidade, para o reconhecimento dessa competência. Nestes casos, o princípio da constitucionalidade conhece um fôlego mais acentuado⁸⁷, viabilizando, dentro de certos termos, e, obviamente, sem perder de vista o necessário confronto com outros valores constitucionalmente relevantes (como a igualdade, a segurança jurídica, a protecção da confiança e a boa fé), o afastamento de normas regulamentares violadoras de direitos, liberdades e garantias na resolução dos concretos casos. Trata-se de uma consequência de estes direitos tocarem mais de perto a dignidade da pessoa humana, como ser livre e autónomo (nas suas dimensões de homem/indivíduo, cidadão e trabalhador)⁸⁸ e cujo conteúdo (*rectius*, cuja intenção normativa) se encontra determinado ao nível constitucional, implicando que a actuação dos poderes públicos se volva numa execução vinculada da Constituição⁸⁹.

⁸⁷ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º) aludem, a este propósito, a um princípio de constitucionalidade reforçada. Efectivamente, compreende-se que, com maior facilidade, se admita a recusa de aplicação de um regulamento atentatório de um preceito constitucional consagrador de um direito, liberdade e garantia que de um regulamento que haja infringido a disposição que impõe a adopção da forma de decreto regulamentar para os regulamentos independentes do Governo. Não se trata de defender a existência de qualquer hierarquia no seio das normas constitucionais, mas apenas de acolher a diferente carga ou densidade axiológica que lhes é inerente. Cf. também Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA, «Artigo 18.º», cit., p. 329, anotação XV; Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., pp. 532 e 534 (aludindo à “especial força operativa dos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais” ou à sua “especial força de execução”, bem como ao “especial grau de eficácia do princípio da constitucionalidade”).

Este entendimento conhece algumas vozes parcialmente discordantes. Atente-se, *v. g.*, na posição advogada por Rui MEDEIROS (*A Decisão...*, cit., pp. 169 e ss.), no que tange ao problema paralelo da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração: partindo da ideia de que a subordinação administrativa ao princípio da constitucionalidade postula uma acção administrativa actuante e concretizadora da Constituição, o Autor admite amplamente a rejeição de leis inconstitucionais pela Administração (cf. também *Op. cit.*, pp. 269 e ss.), defendendo uma não distinção, quanto a este ponto, entre leis violadoras de normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e leis violadoras das demais normas constitucionais, em virtude da vinculação administrativa a *todas* as normas da Lei Fundamental.

Não nos afastamos diametralmente da posição propugnada por este Autor; apenas julgamos que, no quadro geral das ofensas à Constituição, se torna possível uma valorização autónoma dos casos relativos à violação de direitos, liberdades e garantias. A esta conclusão sempre se poderia objectar com a relevância assumida por outros princípios e normas constitucionais (como sucede, por exemplo, com o princípio do Estado de direito, o princípio democrático, o princípio da separação de poderes, o princípio da socialidade ou com as normas atinentes aos direitos económicos, sociais e culturais). O entendimento de que partimos não decorre, porém, de qualquer hierarquização da importância das normas constitucionais, mas da articulação entre densidade axiológica (em particular, da conexão mais imediata com a dignidade da pessoa humana) e previsão constitucional de um regime específico (mais agravado, como é notório quando se percebem os «limites dos limites» ou a consideração dos direitos, liberdades e garantias como limites materiais de revisão constitucional).

⁸⁸ *V.* Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 106 e s., 144 e ss.. Cf. também Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 178, n. 36.

⁸⁹ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 176 e s.. M. Afonso VAZ (*A Lei...*, cit., pp. 300 e ss.) utiliza, alternativamente, a expressão *determinidade* (determinação e determinabilidade) constitucional. Erigindo o critério (estrutural) da determinabilidade constitucional do conteúdo como o único admissível para a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais e recusando

No sentido da facilitação da rejeição das normas regulamentares nos casos em análise milita o argumento retirado do direito de resistência de quaisquer pessoas (de “todos”) perante qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias (artigo 21.º da Constituição). Com efeito, a consagração constitucional deste meio de defesa significa um acréscimo ou um reforço das implicações do princípio da constitucionalidade no que concerne aos direitos em causa⁹⁰, promovendo uma tendencial prevalência da tutela dos direitos, liberdades e garantias (e das disposições constitucionais que os consagram) relativamente à garantia da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito: se os particulares podem, ainda que como recurso residual ou de *ultima ratio*⁹¹, e perante os casos mais graves e evidentes, resistir à violação dos seus direitos, liberdades e garantias efectuada por qualquer acto dos poderes públicos⁹² (actuando de uma forma que seria ilícita, não fôra a causa de justificação contida no artigo 21.º), por maioria de razão, e sem abdicar da diferença que separa a Administração e os particulares, mas, ainda assim, com menor prejuízo para a segurança jurídica⁹³, impõe-se que se reconheça, ainda que sob certos condicionalismos, o dever de as entidades públicas (os destinatários imediatos desses direitos) conformarem as suas condutas, de forma a evitar a agressão daqueles direitos, nem que isso implique a “desobediência” a uma norma regulamentar⁹⁴.

aos primeiros um “regime de protecção material privilegiada” (sob pena do estabelecimento de uma hierarquização entre os direitos, inadmissível num Estado de direito), cf. J. Reis NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 133 e ss., *Os Princípios...*, cit., pp. 292 e ss., e «“Direito, Liberdade ou Garantia”: Uma Noção Constitucional Imprestável na Justiça Administrativa?», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, Janeiro/Fevereiro 2009, pp. 51 e ss.

⁹⁰ Neste sentido, já Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., p. 342) concebe este direito como uma “manifestação do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias, reafirmando (reforçando) o seu carácter obrigatório para os entes públicos”. Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo IV, cit., pp. 407 e s.) caracteriza-o como “resistência à opressão” (e não à inércia).

⁹¹ O que implica para os particulares o dever de apenas exercer o direito de resistência quando se encontrem convencidos, em razão da gravidade e evidência da ofensa, que se verifica uma violação do conteúdo essencial de um direito fundamental – assim, Vieira de ANDRADE, «A Nulidade...», cit., p. 346, n. 55. Caracterizando a natureza subsidiária do direito de resistência, cf. Maria da Assunção ESTEVES, *A Constitucionalização...*, cit., pp. 93 e ss., e 216.

⁹² Interpretando amplamente a referência à “ordem”, de modo a incluir actos de poder de qualquer natureza, emitidos no exercício de qualquer função do Estado, cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 408. V. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 421, anotação I ao artigo 21.º.

⁹³ Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 269.

⁹⁴ O argumento esgrimido a partir do direito de resistência assume uma configuração diversa da que lhe é conferida por Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º), para quem as entidades administrativas devem abster-se da prática de actos aplicadores da lei violadora de direitos, liberdades e garantias, sempre que aqueles se defrontem com o direito de resistência dos particulares. Para além das críticas pertinentes desferidas por A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., p. 385), entendemos que (e transpondo para o problema dos regulamentos atentatórios de direitos, liberdades e garantias) não é o concreto exercício do direito de resistência que fundamenta a recusa de aplicação de normas regulamentares, mas sim o facto de este constituir um dos elementos que atribui àqueles

Atente-se ainda que, quando o acto de aplicação do regulamento consista num acto administrativo, a ofensa aos direitos, liberdades e garantias conduz à nulidade do acto, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA. Sem ignorarmos que este preceito não circunscreve literalmente o respectivo âmbito aos direitos, liberdades e garantias (referindo-se, em termos mais amplos, ao “conteúdo essencial de um direito fundamental”)⁹⁵, a articulação das características do regime específico daqueles com o princípio da economia e da racionalidade do *agere* administrativo imanentes à previsão legal desta causa de nulidade quadram perfeitamente às características axiológicas e (sobretudo) estruturais dos direitos, liberdades e garantias, e apontam no sentido de evitar a prática de actos nulos e, com este desiderato, de afastar a norma regulamentar da solução do caso concreto.

Esta conclusão genérica no sentido da admissibilidade da recusa de aplicação de normas regulamentares violadoras de direitos, liberdades e garantias não dispensa, contudo, algumas cautelas, que ultrapassam a própria submissão deste critério à ponderação com outros valores constitucionais que, inerentes ao princípio da juridicidade, podem apontar, *in casu*, para um epílogo distinto. Desde logo, importa compreender se a mesma solução de favor à recusa de aplicação se estende também aos direitos de natureza

direitos uma especial força jurídica perante eventuais violações perpetradas (desde logo) pelos poderes públicos. Por este motivo, e no que tange ao nosso horizonte problemático, também não acompanhamos totalmente a posição deste último Autor (*Op. cit.*, pp. 304 e s.), quando nega ao direito de resistência a capacidade de alicerçar qualquer argumento relevante quanto à matéria da desaplicação de leis inconstitucionais (adoptando já esta última posição, cf. também Maria da Assunção ESTEVES, *A Constitucionalização...*, cit., p. 245).

⁹⁵ Ainda que a doutrina manifeste as mais sérias dúvidas quanto ao âmbito de aplicação deste preceito, no que se refere à cominação da nulidade para a ofensa também dos direitos sociais.

Assim, M. Rebelo de SOUSA («Regime do Acto Administrativo», cit., p. 46) entende que não se deveria abarcar, para efeitos da nulidade prevista nesta alínea *d*), no conceito de direitos fundamentais, os direitos económicos, sociais e culturais, visto que “a entender-se que são nulos os actos administrativos violadores de um direito fundamental, abarcando este os direitos económicos sociais e culturais, qualquer autoridade administrativa passaria a poder determinar, para efeitos da declaração de nulidade, o que é o conteúdo essencial de um direito à saúde, à educação, à habitação, à segurança social”. Deste modo, e na perspectiva do Autor, a expressão direitos fundamentais deveria ser interpretada restritivamente no sentido de abranger apenas direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, cf. também Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 412 e s.; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 163; Filipa CALVÃO, *Os Actos...*, cit., p. 267.

Por sua vez, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 646, anotação XI ao artigo 646) entendem, embora com algumas dúvidas, que, se os direitos sociais já estiverem consagrados com suficiente densidade numa lei ordinária, a violação desta última por um qualquer acto administrativo terá por consequência a sua nulidade. Todavia, e como também sublinham os Autores, trata-se de uma solução susceptível de alargar as hipóteses de aplicação da sanção de nulidade; o que não deixa de se apresentar preocupante, sobretudo se pensarmos que existirão casos não merecedores de um regime tão gravoso num ramo jurídico onde a anulabilidade constitui a regra. Caberá ao juiz, neste âmbito, realizar uma interpretação mais equilibrada da expressão “conteúdo essencial”, de forma a evitar tais alargamentos excessivos.

análoga. Concebendo a competência de rejeição como uma consequência das notas da aplicabilidade directa e da vinculação de entidades públicas (e, por conseguinte, como uma decorrência do regime específico dos direitos, liberdades e garantias), não se vê, como à luz do disposto no artigo 17.º, se possa defender uma solução oposta. Todavia, impõe-se um cuidado acrescido ao decisor na identificação dos direitos de natureza análoga, sobretudo quando estes se situarem fora do texto constitucional, ainda que dentro da «constituição material»⁹⁶. Um eventual juízo de recusa de aplicação de uma norma regulamentar com fundamento na violação de um direito de natureza análoga carece de uma tendencial unanimidade (ou, no mínimo, de uma estabilidade) da doutrina e da jurisprudência na respectiva qualificação⁹⁷.

Poderá ainda questionar-se se a heterogeneidade dos direitos, liberdades e garantias acolhidos no Título II não comportará soluções igualmente diferenciadas, em função dos direitos ofendidos pelo regulamento em causa. A questão emerge em resultado de a própria Constituição reservar determinados regimes para certos direitos: eis o que sucede, por excelência, com a disciplina jurídica dos estados de excepção constitucional (onde o n.º 6 do artigo 19.º impede a suspensão dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade

⁹⁶ São conhecidas as dificuldades colocadas pela identificação e pela aplicabilidade, em toda a sua extensão, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga, *maxime* aos direitos somente reconhecidos na lei ou em norma de direito internacional (desde logo, e quanto a estes, da dimensão orgânico-formal daquele regime). Sobre esta matéria, cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 373 e ss., anotações IV a VI ao artigo 17.º; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 405 e s.; Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, «Artigo 17.º», cit., pp. 303 e ss.; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 156 e ss., 182 e ss.; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 81 e ss., 172 e ss., 185 e ss.; Casalta NABAIS, «Os Direitos...», cit., pp. 71 e ss..

⁹⁷ Atente-se, *v. g.*, com o que sucede com o direito de propriedade privada (artigo 62.º da Constituição), não obstante a sua propositada inserção sistemática no Título dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais. Como salientam Barbosa de MELO/Cardoso da COSTA/Vieira de ANDRADE (*Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 67), “quer-se, deste modo, exprimir a superação definitiva do conceito liberal de propriedade privada, como mera condição intrínseca de realização da pessoa”, pelo que “o instituto da propriedade privada continua a ser desenhado com a sua função caracterizadamente social”. Cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 799 e s., anotação I ao artigo 62.º; Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 158 (cf. também Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 525); na jurisprudência do Tribunal Constitucional, cf., *v. g.*, Acórdãos n.ºs 1/84, de 11 de Janeiro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., 1984, p. 183, e 76/85, de 6 de Maio, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, pp. 219 e ss. (para uma breve análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional nesta matéria, *v.* Blanco de MORAIS, «Os Direitos, Liberdades e Garantias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in: *O Direito*, ano 132.º, n.ºs III-IV, Julho/Dezembro 2000, pp. 377 e ss.). Para uma explanação cuidada da «garantia constitucional do direito de propriedade», *v.* F. ALVES CORREIA, *O Plano...*, cit., pp. 301 e ss., e *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*, Separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, 2000, pp. 8 e ss..

No que se refere aos direitos consagrados em lei, pense-se no paradigmático exemplo do direito ao nome, consagrado no artigo 72.º do Código Civil – *v.* Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 83.

peçoal, à capacidade civil e à cidadania, à não retroactividade da lei penal, do direito de defesa dos arguidos e da liberdade de consciência e de religião⁹⁸), mas também com o âmbito da garantia de processos judiciais céleres (circunscrita, nos termos do n.º 5 do artigo 20.º, à defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais⁹⁹). A conformação de normativos especiais relativamente a determinados direitos, liberdades e garantias não se dirige à introdução de categorias normativas no seio daquela classificação, de molde a criar direitos dotados de maior ou menor relevo ou valor jurídico-constitucional – afinal, todos eles, constituem reflexos da autonomia ética da pessoa e consubstanciam posições jurídicas substantivas, dirigidas à protecção dos bens jurídicos das pessoas (ou de certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade) considerados essenciais e fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo principal é determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais¹⁰⁰. Todavia, a já aludida ausência de homogeneidade dentro dos direitos, liberdades e garantias não permite ocultar as diferenças materiais que entre eles intercedem, os quais se projectam quer noutras normas

⁹⁸ A estes direitos, a Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Regime do estado de sítio e do estado de emergência) acrescenta o respeito pelas garantias do princípio da igualdade e da não discriminação, o direito de *habeas corpus*, a impossibilidade do estabelecimento de censura prévia, o direito de reunião dos órgãos estatutários dos partidos políticos, sindicatos e associações profissionais [cf. artigo 2.º, prómio e n.º 2, alíneas a), d) e e)] e o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, liberdades e garantias (artigo 6.º). A não inclusão destes direitos no elenco do n.º 6 do artigo 19.º da Constituição não legitima uma total extensão, da perspectiva que nos ocupa, da ideia de maior facilidade de reconhecimento da recusa de aplicação. Outro tanto não se verifica, contudo, quanto aos direitos e liberdades naturalmente associados aos consagrados naquele elenco, na medida em que consubstanciam a sua expressão natural e lhes conferem a garantia de que carecem – para um alargamento, neste sentido, do âmbito do n.º 6 do artigo 19.º, cf. Jorge MIRANDA, «Artigo 19.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., p. 413, anotação VIII ao artigo 19.º. Inclinando-se para a natureza exemplificativa dos direitos mencionados no n.º 6 do artigo 19.º, cf. Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 893 e ss. (esp. ^{tc} 904 e s.).

⁹⁹ Embora directamente inspirado neste preceito, o artigo 109.º do CPTA não restringe o respectivo âmbito de aplicação a determinados direitos, liberdades e garantias. Sem prejuízo da consagração ou imposição constitucional de outros processos céleres (como o processo relativo à prisão preventiva ou o *habeas corpus* – artigos 28.º e 31.º, respectivamente), recorde-se que a introdução do n.º 5 no artigo 20.º, resultante da revisão de 1997, foi marcada de modo decisivo pela necessidade de estabelecer um regime especial de impugnação de actos administrativos que ponham em causa direitos fundamentais (cf. as intervenções dos Deputados Vital Moreira e José Magalhães, emitidas aquando da análise das propostas de aditamento do n.º 5 ao artigo 20.º, in: *Diário da Assembleia da República*, II-RC, n.º 19, 11.09.1996, pp. 446 e ss.; v. ainda GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 499 e s.). O âmbito mais alargado da intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias representou uma opção consciente do legislador ordinário, que, no anteprojecto, chegou a restringir o meio processual apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais. Acentua, aliás, Vieira de ANDRADE (*A Justiça...*, cit., p. 275, n. 625) que a referência literal do artigo 109.º do CPTA ao “exercício em tempo útil” até sugere que se dirige mais aos direitos de liberdade ou aos direitos políticos, que à garantia de direitos à protecção de bens pessoais.

¹⁰⁰ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 79 e s., 176.

constitucionais, quer nos próprios vícios gerados pela sua violação¹⁰¹ e na respectiva disciplina jurídica. Daí que admitamos que a existência de um regime de tutela reforçada relativamente a certos direitos – «direitos fundamentalíssimos»¹⁰² ou «direitos fundamentais absolutos»¹⁰³ – torna mais fácil, no confronto com os demais critérios de ponderação, o reconhecimento da competência da recusa de aplicação das normas regulamentares que os infringem¹⁰⁴.

Um último ponto a considerar respeita às situações em que a violação regulamentar destes direitos resulta da conformidade do regulamento com uma lei inconstitucional, ela própria atentatória dos direitos, liberdades e garantias. Sem prejuízo das considerações tecidas *supra* (Parte III, 2.2.2., III, γ), estamos diante de uma hipótese em que ao afastamento, *in concreto*, do regulamento acresce a rejeição de uma lei, com fundamento na sua inconstitucionalidade, com todos os problemas adicionais que tal implica, sob a óptica dos princípios da separação de poderes e da legalidade (*stricto sensu*). Não nos parece, porém, que esta circunstância se deva revelar decisiva para a resposta à questão da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento na violação de direitos, liberdades e garantias. O princípio da aplicabilidade directa representa justamente a ultrapassagem da concepção nos termos da qual os direitos fundamentais valeriam apenas com o conteúdo

¹⁰¹ A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., p. 382) vai mais longe, chegando mesmo a admitir (embora sem exemplificar) a ocorrência, neste horizonte, de “inconstitucionalidades que revistam a importância de meras bagatelas constitucionais”.

¹⁰² Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 316.

¹⁰³ Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, cit., pp. 1463 e ss..

¹⁰⁴ A um «regime reforçado» alude Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo IV, cit., pp. 413 e s.), no que tange aos direitos, liberdades e garantias constantes do n.º 6 do artigo 19.º da Constituição. Para além do que resulta já deste preceito, tal regime caracteriza-se pela *impossibilidade de os órgãos administrativos aplicarem as normas que os infringem*, normas essas feridas de *nulidade radical ou fundamental*, bem como pela protecção devida aos cidadãos portugueses que também sejam cidadãos de outro Estado, quando se encontrem no território deste, e vejam violados tais direitos (artigo 14.º), pela titularidade por parte de estrangeiros (artigo 15.º), pela vinculação imediata de entidades privadas (artigo 15.º, n.º 1), pela impossibilidade de restrição, suspensão ou privação individual dos direitos, pelo não reconhecimento do poder de o Tribunal Constitucional restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma que viole tais direitos (artigo 282.º, n.º 4), e pelo facto de constituírem, no seu todo, limites materiais de revisão constitucional [artigo 288.º, alínea d)].

Em sentido similar, M. Afonso VAZ (*Lei...*, cit., pp. 199 e ss., esp.º p. 201) refere-se, neste domínio, a uma «reserva do direito», relativa aos *Elementarrechte* (presentes no n.º 6 do artigo 19.º, “núcleo irrestringível de direitos directamente decorrentes da dignidade da pessoa humana”, indisponíveis perante a própria decisão constituinte), caracterizados pela respectiva prevalência, enquanto “heterolimitação que prevalece sobre todas as «razões de Estado», ou mesmo que esteja em causa o próprio Estado e com a ele a Constituição”.

No quadro da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração, Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA («Artigo 18.º», cit., pp. 329 e s., anotação XV) defendem o reconhecimento de um poder de não aplicação quando estejam em causa os direitos insusceptíveis de suspensão, constantes do n.º 6 do artigo 19.º, cuja especial valorização constitucional se há-de projectar também na actuação administrativa.

que lhes fosse conferido pelo legislador¹⁰⁵. Ora, admitir uma solução que pendesse para a inadmissibilidade da rejeição de regulamentos naquelas hipóteses representaria quase uma capitulação perante a designada «teoria da regulamentação das liberdades», para além de ser mais complacente perante uma situação caracterizada por uma maior gravidade, da perspectiva da ofensa dos direitos, liberdades e garantias e da violação do ordenamento jurídico. Por outro lado, a densidade constitucional autónoma e a correspondente determinabilidade constitucional deste tipo de direitos implica a não pertinência ao legislador da competência para a determinação do seu conteúdo – características que postulam um poder de reexame jurisdicional das decisões legislativas¹⁰⁶, e que, da nossa perspectiva interessada, apontam no sentido da irrelevância da *interpositio legislatoris* (inconstitucional, *in casu*), para efeitos do reconhecimento da competência de desaplicação de normas regulamentares violadoras de direitos, liberdades e garantias. Finalmente, o princípio da legalidade (*stricto sensu*) não pode fazer esquecer a ideia (também já acentuada neste trabalho) de que a função administrativa constitui também uma função estadual, e que a subordinação à lei não é estrita, sobretudo em áreas (como as dos direitos fundamentais) em que a relação legislador/Administração é substituída pela relação legislador/Administração/cidadãos¹⁰⁷. As cautelas de que vimos ter de se rodear a admissibilidade deste poder verificam-se também aqui, mas independentemente da pré-existência da lei ofensiva dos direitos; o único aspecto particular a considerar neste ponto reside nas maiores dificuldades que o juízo de invalidez da norma regulamentar exige, por pressupor o confronto do regulamento com dois dos seus parâmetros de aplicação, que sugerem soluções diversas.

2.1.2.2. Unidade do sistema jurídico, coerência do ordenamento jurídico administrativo e auto-controlo da juridicidade pela Administração

Os princípios agora em confronto (constitutivos do núcleo de acção do princípio da juridicidade) regem a actuação administrativa, não apenas no plano da emissão normativa, mas também ao nível da decisão de casos concretos. O tratamento conjunto destes três

¹⁰⁵ V., por exemplo, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 382, anotação II ao artigo 18.º.

¹⁰⁶ Cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 177 e s..

¹⁰⁷ Cf. também STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., pp. 1349 e s., que, a propósito do problema da rejeição de leis inconstitucionais violadoras de direitos fundamentais, desenvolve a interessante ideia da intensidade variável da vinculação administrativa à lei, defendendo que quanto menor for a vinculação à lei, mais forte é a vinculação aos direitos fundamentais.

critérios encontra justificação na sua natureza complementar, constituindo como que desimplicações recíprocas. Com Baptista Machado¹⁰⁸, poderemos afirmar que a unidade do sistema jurídico consubstancia o referente global e o elemento clarificador do sentido e da articulação entre as normas jurídicas constitutivas do sistema, perspectivado como um todo (embora se não esgote nesta dimensão); e, com Castanheira Neves, acrescentaremos que o problema da unidade do sistema jurídico constitui “o problema intencional metodológico da unitária reelaboração normativamente constitutiva sobre ele próprio, que lhe permit[e] a assimilação congruente do que em princípio (nas virtualidades sistemáticas pressupostas) não admitiria, se não mesmo excluiria – congruência (ou integração) e assimilação (ou normativa adequação) exigidas simultaneamente pela intenção do direito”¹⁰⁹. Já a coerência do ordenamento jurídico administrativo (*i. e.*, do “sistema de normas jurídicas que regula a organização e disciplina da actividade da Administração Pública”¹¹⁰) representa uma projecção particular da unidade do sistema jurídico, exigindo uma harmonia ou concatenação entre os vários blocos normativos que o compõem e destes com a acção administrativa que os actua em concreto. Neste contexto, o auto-controlo da juridicidade pela Administração surge como um dever postulado pela unidade do sistema jurídico, em geral, e pela coerência do ordenamento jurídico administrativo, em especial, que faz nascer na esfera dos órgãos administrativos uma obrigação de garantia e fiscalização da juridicidade da respectiva actuação.

Os princípios da unidade do sistema jurídico e da coerência do ordenamento jurídico administrativo, associados à ideia de auto-controlo da juridicidade, relevam quer no momento (*ex ante*) da emissão normativa (da *Rechtsetzung*), quer no momento (*ex post*) da decisão administrativa (da *Rechtsanwendung*). Daí que Kirchof¹¹¹ entendesse a unidade do sistema jurídico como um «imperativo de harmonização» (*Vereinheitlichungsauftrag*), que se impõe aos titulares do poder normativo e aos responsáveis pela aplicação das normas.

A refração dos critérios agora em jogo, no momento da emissão normativa, apresenta uma bipolaridade. Por um lado, e atendendo ao pólo negativo, viabiliza o reconhecimento de que os órgãos administrativos se encontram adstritos a adoptar normas que se compatibilizem com os respectivos parâmetros de vinculação, implicando uma

¹⁰⁸ Baptista MACHADO, *Introdução...*, cit., pp. 212 e s..

¹⁰⁹ Castanheira NEVES, «A Unidade...», cit., p. 123.

¹¹⁰ Vieira de ANDRADE, «O Ordenamento...», cit., p. 33.

¹¹¹ KIRCHOF, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten...*, cit., pp. 30 e ss..

proibição de contradição normativa ou da criação de antimonias normativas, perfeitamente articulável com um dever de actuação em conformidade com o direito (*Pflicht zu rechtmäßigem Handeln*). Por outro lado, e atentando no pólo positivo, fundamenta um dever de declaração de ilegalidade das normas regulamentares inválidas pelo órgão competente (cf., *supra*, Parte II, 2.2.1.1., III). Trata-se, porém, em ambos os casos, de problemas que relevam do *exercício do poder regulamentar*, não coincidindo exactamente com a temática de que nos ocupamos.

Com efeito, a questão da recusa de aplicação de regulamentos inválidos situa-se no ponto de intersecção ou confluência entre os dois planos (regulamento/acto administrativo): perante a existência de uma norma administrativa inválida no ordenamento jurídico e a iminência da sua mobilização para a resolução de um caso concreto assimilável pelo seu âmbito normativo, importa determinar se o órgão decisor deve avaliar a validade daquela norma, com o objectivo de averiguar se a decisão do caso pela sua mediação implicará a prática de um acto administrativo inválido e, na hipótese de assim suceder, afastar a respectiva aplicação. Em suma, trata-se de avaliar agora em que medida o momento da decisão administrativa se encontra eivado dos critérios em análise.

Desde logo, os princípios da unidade do sistema jurídico e da coerência do ordenamento jurídico administrativo conhecem implicações ao nível do (apenas dogmaticamente cindível) momento da interpretação. Recuperando as considerações já expostas na Parte II, o problema da recusa de aplicação apenas emerge quando, em sede interpretativa, se não puder ainda preferir uma compreensão e determinação hermenêutico-normativas da norma regulamentar, de molde a integrá-la hierárquico-sistematicamente no todo normativo do sistema jurídico (cf., *supra*, Parte II, 2.2.3.1.). Da imposição dirigida ao decisor administrativo para que opte sempre por um sentido que não conduza à invalidade da norma (integralmente concatenado com o princípio da unidade do sistema jurídico e a coerência do ordenamento jurídico administrativo) decorre uma consequência decisiva: a perspectivação da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez como uma solução de *ultima ratio*. Como então afirmámos, não se trata de advogar uma concepção do sistema jurídico como dotado de uma plenitude lógica (como, de alguma forma, ainda resultava da imposição tradicional do elemento sistemático da

interpretação¹¹²), mas, diversamente, de acentuar que, antes de partir para a solução da invalidez, o órgão deve privilegiar os sentidos da norma regulamentar que se afigurem mais consonantes com os respectivos parâmetros de vinculação, de harmonia com a ideia de que a realização do direito pela mediação da norma constitui, em simultâneo, a realização do direito pela mediação de todo o sistema¹¹³.

Avançando mais um passo, os princípios agora em confronto (sobretudo, o dever de auto-controlo da juridicidade) fundamentam também uma competência de exame dos regulamentos por parte dos órgãos administrativos. Antes de mais, urge acentuar que o próprio reconhecimento de que a estes últimos se encontra cometida uma competência para interpretar as normas regulamentares de molde a harmonizá-las com os respectivos parâmetros de vinculação implica que, simultaneamente, se lhes atribua um poder para apreciação da validade das mesmas, ou, para dizermos com Paulo Otero¹¹⁴, acaba por fazer repousar nas mãos dos órgãos administrativos a determinação da existência de antinomias jurídicas, conferindo-lhes, para tanto, uma posição metodologicamente activa.

Ademais, os princípios da unidade do sistema jurídico e da coerência do ordenamento jurídico administrativo permitem afirmar que os órgãos administrativos podem retirar consequências da avaliação da validade das normas regulamentares, apontando favoravelmente no sentido do reconhecimento de um poder de recusa de aplicação das normas regulamentares, com fundamento em invalidez. Neste horizonte, o auto-controlo da juridicidade postulado por aqueles princípios exige que o decisor não siga uma solução que agrave o atentado ao ordenamento jurídico que a Administração, através da emissão do regulamento inválido, já perpetrou, ou, por outras palavras, que não adopte

¹¹² Como ensina Castanheira NEVES (*Metodologia...*, cit., pp. 104 e s.), segundo a teoria tradicional da interpretação, o elemento sistemático implica “a consideração da unidade e coerência jurídico-sistemáticos (a compreensão da norma em função do seu contexto, sobretudo pela sua inclusão no instituto ou domínio jurídico de que seria parte e referindo-a inclusivamente à unidade de toda a ordem jurídica), assim como a relevância de «lugares paralelos» (as posições inequívocas ou já esclarecidas que o legislador e a lei houvessem tomado em questões análogas)”, estando conexas com a exigência da racionalidade da ordem jurídica, referida quer à coerência do legislador histórico, quer à coerência do objectivo sistema da lei, quer ainda à coerência prática das opções teleológicas.

¹¹³ É ainda com base nesta ideia que Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., pp. 648 e s.) entende que o dever de coerência impõe a obrigação de prevenir antinomias, sendo o decisor chamado a efectuar uma «interpretação conforme à eliminação ou ao evitar de antinomias jurídicas», género amplo no interior do qual individualiza quatro espécies: interpretação do direito infra-constitucional em conformidade com a Constituição, interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário, interpretação das leis ordinárias em conformidade com as leis de valor reforçado, interpretação dos regulamentos em conformidade com as normas constitucionais, comunitárias e legislativas, bem como com as constantes de regulamentos de hierarquia superior.

¹¹⁴ Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 650 e 646, respectivamente.

uma conduta ilícita ou pratique um acto administrativo inválido (contrário à Constituição ou à lei, por exemplo), apenas porque estes se conformam com um regulamento (inválido)¹¹⁵. A necessidade de uma actuação preventiva, por parte da Administração, permite interligar o dever de auto-controlo da juridicidade com o princípio da economia processual (*lato sensu*) e de defesa dos direitos e das demais posições jurídicas substantivas dos cidadãos, porquanto a tarefa de evitar a prática de actos inválidos contribuirá para a redução da litigiosidade (designadamente, judicial)¹¹⁶. Daí que se possa inclusivamente afirmar que a recusa de aplicação de normas inválidas não constitui senão uma componente do exercício pela Administração da competência de aplicação do direito¹¹⁷, transformando cada órgão administrativo em «guardião da legalidade administrativa»¹¹⁸.

O argumento no sentido da recusa de aplicação ganha uma força significativa, quando o sistema oferece aos órgãos administrativos arrimos mais ou menos seguros no sentido da invalidez das normas regulamentares aplicandas: eis o que sucede paradigmaticamente nas situações em que a norma foi apreciada e considerada inválida pelos tribunais. Esta perspectiva encerra, desde logo, a virtualidade de reconhecer a relevância da jurisprudência judicial no horizonte do sistema jurídico, chamando a atenção para a falaciosidade de qualquer concepção, que identificasse, em exclusivo, a juridicidade com as normas impositivamente pré-escritas pela autoridade pública. Tendo como pano de fundo a ideia segundo a qual a jurisprudência realiza judicativo-decisoramente a normatividade vigente, reconstituindo-a, e participa na sua constituição *ex novo*, beneficiando de uma presunção de justeza, na medida em que consubstancia o momento da

¹¹⁵ É com este fundamento que o *Conseil d'Etat* vem, desde o *Arrêt* «Ponard», de 14.11.1958, reconhecendo que a Administração não deve aplicar regulamentos ilegais, ainda que tal lhe seja solicitado, esclarecendo ainda que tal recusa de aplicação não constitui uma ilegalidade (como decorre dos *Arrêts* «Laiterie Saint Cyprien», de 03.01.1960, e «Menez», de 08.11.1968). Por este motivo, a invocação (a todo o tempo) da «excepção de ilegalidade» (*exception d'illégalité*) é também possível no âmbito das garantias administrativas (graciosas) contra actos administrativos inválidos de execução de regulamentos ilegais. Cf. CHAPUS, *Droit...*, cit., pp. 689 e 1013; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLLE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., p. 742.

¹¹⁶ Cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, tomo II, cit., pp. 576 e 582, no que é acompanhado por Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 201 e s.

¹¹⁷ Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 201.

¹¹⁸ Paulo OTERO, *O Poder...*, tomo II, cit., p. 579, relacionando o controlo geral da legalidade da acção administrativa pela Administração com o princípio da juridicidade e a submissão da actuação administrativa ao controlo judicial.

objectivação e estabilização do direito¹¹⁹, compreende-se que, ainda quando os órgãos administrativos não se encontrem vinculados pelo caso julgado¹²⁰, sigam, relativamente à questão da validade de normas regulamentares, a posição adoptada pelos tribunais. A força normativa reconhecida às decisões judiciais para este efeito, fruto da robustez argumentativa que as sustenta, intensifica-se quando existe uma jurisprudência consolidada ou constante em determinado sentido, *i.e.*, quando a última orientação jurisprudencial sobre a matéria – orientação essa sedimentada por um conjunto de decisões – apontar para a invalidade da norma regulamentar¹²¹. Recorde-se que é aos tribunais que se encontra cometida, em primeira linha, a aferição da validade das normas jurídicas, na sequência da respectiva submissão ao direito (cf. artigo 203.º da Constituição), sem prejuízo de, também em última análise, a decisão administrativa relativa à validade da norma regulamentar se encontrar sujeita a escrutínio judicial, assegurando o princípio da tutela jurisdicional efectiva a repetição pelos tribunais administrativos do juízo efectuado pelo órgão decisor¹²².

¹¹⁹ Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., p. 156; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 658 e 673, Autores que seguimos de perto. Sobre a vinculação normativa dos precedentes, cf. Fernando José BRONZE, *A Metodologia...*, cit., pp. 576 e ss., esp.^{te} pp. 590 e s..

¹²⁰ Depois das explanações efectuadas (cf., *supra*, Parte II, 2.2.2.1.), estamos em condições de perceber a diferença que intercede entre esta hipótese e a recusa de aplicação (cf., *supra*, Parte II, 2.2.2.1.): se, então, considerámos as hipóteses em que a Administração tem de afastar a norma, por tal representar o cumprimento de uma decisão jurisdicional, agora estamos a atender às situações não abrangidas por qualquer caso julgado, mas cuja intencionalidade mobiliza normas regulamentares já jurisdicionalmente consideradas inválidas: trata-se, pois, de saber se o órgão decisor pode prevalecer-se daquelas decisões judiciais, para formular o respectivo juízo (autónomo e não consequencial) de rejeição das normas em causa, com fundamento em invalidade.

¹²¹ Em regra, tratar-se-á da mesma norma regulamentar ou do mesmo diploma. Contudo, não é de excluir que se siga o raciocínio idêntico quando estejam em causa normas regulamentares similares: pense-se, *v. g.*, em normas regulamentares provenientes de municípios diversos, mas com conteúdo idêntico. Assim também, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 800, anotação IX ao artigo 266.º.

¹²² Claro está que esta argumentação permitirá também apontar na direcção oposta: a existência de uma orientação jurisprudencial no sentido de que determinada norma regulamentar é válida (apesar de, *v. g.*, a respectiva validade ser amiúde judicialmente questionada) reforçará a negação do exercício da competência de desaplicação do regulamento em causa pelos órgãos administrativos. Cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, cit., p. 800, anotação IX ao artigo 266.º) e Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., p. 204, n. 35), que, associando a existência de jurisprudência constitucional ao carácter evidente ou flagrante da inconstitucionalidade, advogam que não se poderá defender como manifestamente inconstitucional uma norma que, havendo constituído objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional, não foi por ele considerada inconstitucional. *V.* ainda, a propósito da rejeição de leis inconstitucionais pela Administração, Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 297 (cf. também n. 2, da mesma p.), e tomo VI, cit., p. 203; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 377 e s.; Vaz PATTO, «A Vinculação...», cit., p. 503.

A posição de Rui MEDEIROS (*A Decisão...*, cit., pp. 251 e ss.), tradicionalmente apresentada como contrária às citadas, não impede a conclusão de que partimos: o Autor apenas nega o reconhecimento de uma eficácia vinculativa (para a Administração) das decisões negativas de inconstitucionalidade. Ora, afirmar (como o fizemos) que uma orientação jurisprudencial no sentido da não invalidade (não inconstitucionalidade ou não ilegalidade) da norma regulamentar constitui um argumento para limitar as hipóteses de recusa de

Relevância no cenário em que nos movemos assumem, desde logo, as hipóteses de inconstitucionalidade de regulamentos já apreciados, em processo de fiscalização concreta, pelo Tribunal Constitucional¹²³. Ainda que, nos termos do n.º 1 do artigo 80.º da LTC, as decisões proferidas em sede de recurso de constitucionalidade produzam efeitos *inter partes*, são inegáveis os efeitos laterais ou indirectos das mesmas (constituindo pressuposto, *v. g.*, para o recurso obrigatório do Ministério Público previsto no n.º 5 do artigo 280.º da Constituição ou para o número de decisões necessárias ao desencadeamento do processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controlo concreto, contemplado no n.º 3 do artigo 281.º da Constituição e no artigo 82.º da LTC), passando as normas em causa a sofrer de uma espécie de *presunção de inconstitucionalidade abstracta*¹²⁴. Considerando que o Tribunal Constitucional surge configurado como “o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (cf. artigo 221.º da CRP), não se estranhará que, existindo uma orientação jurisprudencial fundamentada e uniforme no sentido da inconstitucionalidade, se viabilize a rejeição da aplicação da norma pelos órgãos administrativos: ao aprofundamento da lesão da ordem jurídica que a mobilização de tal norma causaria adiciona-se agora uma maior certeza quanto à inconstitucionalidade da norma aferida pelo órgão especificamente competente para a análise das questões de inconstitucionalidade normativa.

aplicação não implica reconhecer efeitos vinculativos às decisões negativas; significa apenas que, no horizonte dos vários critérios a ponderar pelo órgão decisor, a orientação jurisprudencial dominante vai, nestas situações, fazer pesar a balança para a não desaplicação da norma no caso concreto.

¹²³ O argumento da existência de uma jurisprudência constitucional consolidada no sentido da inconstitucionalidade surge igualmente esgrimido para suportar a possibilidade de desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração – cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 369 e ss. (que o concebe como condição de preferência de segundo grau do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da separação de poderes); concordamos ainda com o Autor quando defende (*Op. cit.*, pp. 378 e s.) que, estando pendente uma decisão do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade da norma aplicanda (ou, acrescentamos, uma decisão dos tribunais administrativos relativa à ilegalidade da mesma), tal impede o órgão de, pelo menos até ao final do prazo, solucionar o caso concreto que, *prima facie*, a convoque.

¹²⁴ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 959, anotação XXX ao artigo 280.º.

A doutrina vem sublinhando a importância assumida pelos “precedentes” do Tribunal Constitucional, mesmo quando desprovidos de força vinculativa geral – cf., *v. g.*, Monteiro DINIZ, «A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade como Forma Privilegiada de Dinamização do Direito Constitucional (O Sistema Vigente e o Ir e Vir Dialéctico entre o Tribunal Constitucional e os Outros Tribunais)», in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 206 e 209 (aludindo a tais decisões como “instrumento privilegiado nas decisões de outros tribunais quando chamados a julgar casos paralelos ou afins”, que acompanham, em geral, o sentido das decisões do Tribunal Constitucional e às virtualidades encerradas por este último, enquanto “órgão superior de fiscalização capaz de fazer repercutir sobre o ordenamento todo o sentido e alcance das normas e princípios constitucionais”).

A estas hipóteses são assimiláveis aquelas em que, no âmbito da Justiça Administrativa, os regulamentos foram considerados ilegais em acções de declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto (fiscalização da legalidade a título principal), bem como aquelas em que os tribunais administrativos rejeitaram incidentalmente as normas regulamentares, com fundamento em invalidez, no decurso de outros processos da sua competência (fiscalização da legalidade a título incidental)¹²⁵. Se, como a própria designação sugere, a eficácia das decisões de provimento das acções de declaração com efeitos restritos ao caso concreto se restringe à concreta situação subjacente à sentença (o mesmo valendo quanto às desaplicações incidentais de normas regulamentares, que produzem apenas efeitos *inter partes*), torna-se, no entanto, possível fazer decorrer das decisões judiciais nesta matéria efeitos irradiantes que, tal como na fiscalização concreta da constitucionalidade, contribuem para o surgimento de uma presunção de ilegalidade da norma regulamentar em causa, facilitando a possibilidade da sua recusa de aplicação pelos órgãos administrativos, aquando da decisão de outros casos¹²⁶. Embora talvez com menor peso, podem igualmente considerar-se um bordão para confortar a recusa de aplicação as decisões dos tribunais não incluídos na ordem jurisdicional administrativa que, no âmbito de processos cíveis ou criminais, afastaram a norma regulamentar para a resolução do caso concreto, por a considerarem ilegal.

Da conjugação entre o poder de fiscalização da validade dos regulamentos e o poder de recusa de aplicação extrai-se a responsabilização da Administração pela

¹²⁵ Obviamente, estarão aqui em causa decisões transitadas em julgado, proferidas pelos tribunais superiores da ordem jurisdicional administrativa (Tribunais Centrais Administrativos e Supremo Tribunal Administrativo).

¹²⁶ Objectar-se-á que, quer perante os julgamentos (*stricto sensu*) de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, quer diante das declarações de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto pelos tribunais administrativos, o sistema faculta mecanismos de generalização das decisões, de molde a expurgar do ordenamento jurídico as normas viciadas: a declaração de inconstitucionalidade com base no controlo concreto (quando o Tribunal Constitucional tenha julgado inconstitucional a norma em três casos concretos – cf. artigos 281.º, n.º 3, da CRP e 82.º da LTC) e a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (desde que “a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal em três casos concretos, com fundamento em invalidez” – cf. artigo 73.º, n.º 1, do CPTA), respectivamente (cf., *supra*, Parte II, 2.4.3.). No que tange à primeira hipótese, a objecção não procede, porquanto o processo em causa não reveste natureza obrigatória ao nível da iniciativa (do artigo 82.º da LTC decorre, com nitidez, que o Tribunal Constitucional, por iniciativa dos seus juizes do ou Ministério Público, *pode* desencadear o processo), podendo subsistir na ordem jurídica normas inconstitucionais, apesar da existência de três decisões nesse sentido prolatadas em fiscalização concreta (sublinhando as virtualidades desta opção, cf. Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., p. 69, n. 59). No que concerne ao segundo caso, é certo que o n.º 4 do artigo 73.º do CPTA impõe ao Ministério Público a dedução do pedido a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, quando tenha conhecimento de três decisões de desaplicação de uma norma com fundamento na sua ilegalidade; em termos práticos, pode suceder, porém, que o Ministério Público não tenha dado cumprimento àquele dever, permanecendo no ordenamento jurídico normas regulamentares objecto de mais do que três declarações de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto.

juridicidade da sua conduta. A relevância deste ponto encontra-se fortemente sublinhada pela doutrina alemã que, com frequência, invoca o disposto no n.º 1 do §63 da *Bundesbeamtengesetz* de 2009 – onde se prevê que o órgão assume a total responsabilidade pessoal pela juridicidade da sua conduta funcional – como argumento conducente à admissibilidade da rejeição de normas inválidas pela Administração¹²⁷. Repare-se, porém, que o problema da responsabilidade dos órgãos pela sua actuação em conformidade com o direito (que, *in casu*, implica rejeitar a aplicação das normas regulamentares inválidas) constitui uma consequência de uma certa compreensão do dever de auto-controlo da juridicidade pela Administração e, por conseguinte, uma consequência (e não um fundamento) da resposta à questão de saber se se reconhece ao órgão decisor o poder para afastar regulamentos, com fundamento em invalidez: só uma vez afirmada a possibilidade do exercício da competência de recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento em invalidez se poderá dar o passo seguinte e relacioná-la com a responsabilidade pessoal dos órgãos pela juridicidade da respectiva conduta. Em suma, onde não se reconhecer competência dos órgãos administrativos para uma decisão autónoma (*in casu*, para a avaliação da validade da norma regulamentar aplicanda e para a recusa da sua mobilização para a resolução do caso concreto), não pode existir qualquer responsabilidade¹²⁸. Trata-se, pois, de matéria a desenvolver posteriormente (cf., *infra*, 4.3.), quando, no quadro dos momentos patológicos, perscrutarmos quais as consequências jurídicas associadas à aplicação ilegal de regulamentos inválidos.

Associando-a ao dever de auto-controlo da juridicidade pela Administração, alguma doutrina alinha a questão da competência administrativa para a decisão de questões prejudiciais como argumento favorável à recusa de aplicação: nesta altura, afirma-se que a decisão de rejeição das normas regulamentares inválidas, na medida em que indispensável para a decisão do caso concreto, encontrar-se-ia ínsita na competência para a decisão da questão principal, em consonância com a ideia de que os órgãos administrativos têm o poder de decidir questões prejudiciais. Daí que a admissibilidade da competência de rejeição de normas administrativas não corporizasse qualquer «direito

¹²⁷ Cf. o dissemos, *supra*, Parte II, 2.4.2., a propósito da mobilização deste argumento para fundamentar a desaplicação administrativa de leis inconstitucionais.

Analisando o problema, agora sob a óptica da rejeição de normas infra-legislativas, cf. PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., pp. 387 e s..

¹²⁸ PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 387. Em sentido similar, OSSENBÜHL (*Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 296, n. 57) esclarece que é a ordenação das funções estaduais que determina a configuração da responsabilidade, e não, inversamente, a responsabilidade que modifica a estrutura dos poderes.

especial relativo ao controlo das normas» (*Sonderrecht der Normenkontrolle*), mas uma consequência natural do poder de decisão de questões prejudiciais (em alguns casos, concentradas no topo das hierarquias, a viabilizar soluções uniformes) e da nulidade dos regulamentos inválidos¹²⁹.

Não obstante reconhecermos que a aferição da validade da norma regulamentar aplicanda constitui uma questão prejudicial em face da questão principal (a resolução do caso concreto), este argumento dá como provado (*i. e.*, que o órgão competente para apreciar a questão principal também tem competência para decidir da questão prejudicial, *in casu*, da validade da norma regulamentar aplicanda) *quod erat demonstrandum*¹³⁰. Nesta medida, não suscitará qualquer estranheza que a análise do regime jurídico das questões prejudiciais vigente entre nós se afigure totalmente refractária à interpretação proposta.

Prevista no artigo 31.º do CPA, a resolução das questões prejudiciais (*i. e.*, das questões de cuja resolução depende a decisão final e para as quais é competente um órgão administrativo *diferente* do decisor ou o tribunal, ou, numa visão mais ampla, também aquelas que, integrando-se na competência do órgão decisor, constituem objecto de um procedimento próprio ou específico¹³¹) bifurca-se por dois caminhos: a suspensão do procedimento até que o órgão ou o tribunal competentes se pronunciem e o conhecimento da questão pelo órgão decisor, com efeitos restritos ao procedimento. Ainda que o legislador privilegie a primeira solução, configurando um autêntico *dever* jurídico de suspender o procedimento¹³², prevê igualmente que, quer nas hipóteses em que da não resolução imediata do assunto resultem graves prejuízos (n.º 1, *in fine*), quer nos casos de cessação da suspensão (n.º 2)¹³³, o órgão decisor conhece das questões prejudiciais, embora a respectiva decisão não produza quaisquer efeitos fora do procedimento em que

¹²⁹ Cf. RENCK, «Anmerkung...», cit., p. 87. *V.*, também concebendo a questão da avaliação da validade (constitucionalidade) de normas (leis) como «questão prévia», KOPP, «Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht...», cit., p. 825, embora sem retirar as consequências apontadas pelo primeiro Autor.

¹³⁰ Também A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., pp. 310 e s.) rejeita este argumento, no quadro da desaplicação administrativa de leis inconstitucionais, embora com fundamentos diversos dos que invocámos. Estendendo o raciocínio à competência de auto-fiscalização da legalidade, o Autor entende que a invocação de tais argumentos, alicerçados na lei ordinária, subverte por completo o modo de resolução da questão (*in casu*, como sublinhámos, a competência administrativa para a fiscalização de leis inconstitucionais), que deverá partir da Lei Fundamental, encontrando-se a coberto da reserva de Constituição. O facto de a questão sobre a qual nos debruçamos se colocar sempre no âmbito da função administrativa (e não na intersecção entre as funções legislativa e administrativa) leva-nos a não seguir posição destes Autores.

¹³¹ Adoptando esta visão mais alargada da noção de «questão prejudicial» para efeitos do artigo 31.º do CPA, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 199, anotação III ao artigo 31.º.

¹³² Assim, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 199, anotação IV ao artigo 31.º.

¹³³ Nos termos do n.º 2 do artigo 31.º, constituem causas da cessação da suspensão: a não apresentação, nos 30 dias seguintes à notificação, do pedido pelo interessado perante o órgão administrativo ou o tribunal competente, quando a decisão da questão prejudicial depender de tal apresentação; a paragem, por mais de 30 dias, do procedimento ou do processo instaurado para conhecimento da questão prejudicial, por culpa do interessado; a superveniência de circunstâncias das quais decorra que a não resolução imediata do assunto causa prejuízos graves.

foi proferida (n.º 3). Como logo se compreende, da disciplina jurídica constante do artigo 31.º do CPA não pode decorrer qualquer argumento contributivo (favorável ou desfavorável) para o debate acerca da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez, desde logo, por constituir pressuposto da sua aplicação que estejamos diante de uma questão para a qual *não é competente o órgão decisor* (ou que, detendo competência, para a sua decisão, esta siga um procedimento específico) – eis, justamente, o que pretendemos averiguar quando aludimos à questão da rejeição de regulamentos inválidos pela Administração¹³⁴.

2.1.2.3. Princípios da igualdade, da segurança jurídica, da tutela da confiança e da boa fé

Os princípios a considerar neste ponto surgem mobilizados como argumentos contrários à recusa de aplicação de normas jurídicas e constituem o contraponto a ponderar pelos órgãos administrativos sempre que outros fundamentos apontem no sentido do afastamento do regulamento inválido. Os valores jurídicos que visam tutelar apontam no sentido de uma estabilização das soluções dos casos concretos (assegurada pela aplicação das normas regulamentares pré-disponibilizadas no sistema), quer por consideração aos sujeitos que sofreram tais soluções, quer em atenção à estabilidade da ordem jurídica. Não é, por isso, de estranhar que estejamos a revisitamos princípios a que já na Parte I (5.1.) fizemos alusão, como alicerces do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos – o que nos permite, neste momento, uma opção por considerações mais esquemáticas, sem prejuízo da necessária perspetivação destes princípios como padrões da actuação da Administração Pública¹³⁵.

I. A subordinação administrativa ao princípio da igualdade sempre decorreria do artigo 13.º da Constituição (em articulação com o artigo 18.º¹³⁶), encontrando-se, todavia,

¹³⁴ Problemática distinta consiste em determinar se, na iminência da decisão de um caso concreto para cuja resolução foi convocado um regulamento inválido, não poderá o órgão decisor suspender o procedimento decisório para, com base no artigo 31.º do CPA, se desencadear um procedimento tendente à declaração administrativa da invalidez das normas, findo o qual se retomará o primeiro. Trata-se de uma hipótese a considerar mais adiante, equacionando em que medida a mesma se revela uma verdadeira alternativa à recusa de aplicação – cf., *infra*, 2.1.6..

¹³⁵ A alusão à consideração autónoma destes princípios como padrões da actuação administrativa dirige-se a sublinhar que, embora já se encontrem, na sua maioria, subjacentes ao princípio do Estado de direito (e, como tal, acolhidos pelo artigo 2.º da CRP), a referência à submissão da Administração a tais princípios (constante do n.º 2 do artigo 266.º) indicia um sentido e um alcance diferentes ou específicos, quando esteja em causa a sua mobilização no contexto da acção administrativa.

¹³⁶ Assim, por todos, F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., p. 403.

expressamente contemplada no n.º 2 do artigo 266.^o¹³⁷, como um dos princípios da actividade administrativa, e replicado no n.º 1 do artigo 5.º do CPA. Não obstante a pluridimensionalidade caracterizadora do princípio da igualdade (também quando pensado como princípio rector da acção da Administração), importa aqui perspectivar o seu sentido específico enquanto critério coadjuvante da decisão de recusa de aplicação. A referência ao princípio da igualdade neste contexto permite fazer uma ponte com os princípios versados no ponto anterior, em virtude das relações que possui com os princípios da unidade do sistema jurídico e da coerência, os quais vêm sendo concebidos como instrumentos de garantia da igualdade¹³⁸.

Na realidade, o cumprimento do princípio da igualdade vem entretecido com o dever de coerência da acção pública ou do *agere* administrativo. Daí que a formulação tradicional do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos erguesse justamente sobre o princípio da igualdade a impossibilidade de o órgão administrativo afastar uma norma regulamentar na decisão do caso concreto: em causa estava o imperativo de assegurar que todos os destinatários do regulamento fossem objecto de um tratamento igual por parte dos órgãos administrativos e, no fundo, um aspecto central da própria formação histórica do sentido do princípio da igualdade, que se dirigia a garantir uma aplicação igualitária da lei (*lato sensu*)¹³⁹. O cumprimento do mote aristotélico “tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente” é aqui efectuado através da analogia entre os casos: o princípio da igualdade mostra-se refractário a que casos análogos recebam soluções jurídicas diferentes, em virtude de uma disparidade de juízos sobre a validade de uma norma regulamentar e/ou sobre a possibilidade (ou não), *in concreto*, do exercício da competência de recusa de aplicação.

Importa, todavia, assinalar que os impactos do princípio da igualdade no problema da recusa de aplicação de regulamentos inválidos pela Administração não constituem uma réplica dos aspectos que apreciámos no ponto anterior, onde a questão se encontrava perspectivada sob a óptica objectiva (do ordenamento jurídico). Diversamente, a convocação do princípio da igualdade como argumento a esgrimir no quadro da recusa de

¹³⁷ Sem prejuízo de refracções noutras normas constitucionais – cf. o elenco dos «direitos especiais de igualdade», aos quais a Administração se encontra adstrita, em Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 431 e s.; Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., p. 105.

¹³⁸ Exactamente nestes termos, Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 646.

¹³⁹ Cf., v. g., Castanheira NEVES, *O Instituto...*, cit., pp. 118 e ss., 156 e ss.; Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 102 e s..

aplicação assume uma feição predominantemente subjectiva e reporta-se à não diferenciação de tratamento entre os destinatários do regulamento.

Estamos diante de um princípio que, fundamentando a teoria da *autovinculação administrativa* (nascida à luz daquele princípio, mas, entretanto, dotada de vida própria, enquanto princípio de Direito Administrativo¹⁴⁰), constitui um dos arrimos que sustenta a força jurídica vinculativa dos regulamentos administrativos. Eis um aspecto sobre o qual nos debruçámos parcialmente quando aludimos à temática da força jurídica dos regulamentos (cf., *supra*, Parte I, 5.2. e 5.3.); urge agora recuperar as considerações aí expendidas, com o objectivo de perspectivar o princípio da igualdade como argumento a esgrimir na ponderação inerente ao juízo da recusa de aplicação.

Compreende-se que a emissão de normas, dirigidas, por definição, a uma pluralidade de destinatários e à produção de efeitos jurídicos idênticos para todos esses destinatários, favoreça um tratamento igualitário das situações incluídas no respectivo âmbito de aplicação. Como vimos na ocasião própria, o princípio da igualdade permite fundamentar aqui uma *autovinculação administrativa por via normativa* – a implicar, como consequência, a emergência do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos. O reconhecimento de uma competência de recusa de aplicação atinge o princípio da *igualdade na aplicação do direito* (aqui corporizado no regulamento) e impede o alcance de uma total igualdade de tratamento: na prática, e mesmo que se confine o reconhecimento da recusa de aplicação a limites estritos, será quase inevitável que alguns órgãos (lícita ou ilicitamente) rejeitem a norma regulamentar e que outros (lícita ou ilicitamente) a convoquem para a resolução dos casos concretos. No fundo, trata-se de apelar para uma das dimensões do princípio da igualdade – a proibição do arbítrio¹⁴¹ –, na parte em que proíbe distinções de tratamento entre situações análogas, quando essas distinções não tenham qualquer fundamento material, razoável e objectivo, inclusivamente à luz dos critérios valorativos constitucionais¹⁴².

¹⁴⁰ OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 515 (sem prejuízo das conexões com outros princípios), «Rechtsquellen...», cit., p. 179, e «Die Verwaltungsvorschriften...», cit., p. 13, respectivamente. Cf. também STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., p. 1358; ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 426; SCHRÖDER, *Verwaltungsrechtsdogmatik...*, cit., p. 62.

¹⁴¹ Ligando a autovinculação à proibição do arbítrio, cf. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 516, e «Rechtsquellen...», cit., pp. 160 e 213.

¹⁴² Cf. também Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1298; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 339 e s., anotação V ao artigo 13.º; Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, «Artigo 13.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., p. 224, anotação VII; F. Alves CORREIA, *O Plano...*, cit., pp. 419 e ss.. V. ainda Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 644/94, de 13 de

Atente-se, porém, que a não admissibilidade da recusa de aplicação, em homenagem ao princípio da igualdade, acaba por subverter as virtualidades que este último encerra. Na verdade, a operatividade daquele princípio não pode conduzir a resultados que obriguem, em qualquer circunstância, a Administração a adoptar uma actuação ilegal, a fim de que todos beneficiem do mesmo tratamento... ainda que esse tratamento seja ilícito¹⁴³. O princípio da igualdade não assume apenas uma dimensão jurídico-formal, mas possui uma normativa intenção axiológico-material, tendo como desígnio último a realização da justiça: a igualdade material, cuja prossecução se impõe logo no momento da *Rechtssetzung*, deve continuar a realizar-se no momento da *Rechtsanwendung*¹⁴⁴. O que permite concluir que, embora constitua um argumento relevantíssimo da perspectiva da observância das soluções constantes das normas regulamentares, o princípio da igualdade não proíbe, em absoluto, a recusa de aplicação das mesmas, desde que assente num fundamento razoável (a invalidez), desde logo, quando outros interesses igualmente relevantes (inclusive, no plano constitucional) a isso aconselhem. Neste sentido, a própria doutrina da autovinculação administrativa exige a juridicidade como requisito dos respectivos instrumentos, aspecto em que se consubstanciam os limites jurídicos da autovinculação¹⁴⁵.

Além disso, os perigos que se pretendem atalhar com a invocação do princípio da igualdade verificam-se igualmente quando em causa está a aplicação de regulamentos internos; também aqui está em perigo a igualdade de tratamento, quando se admite que a Administração se possa afastar deles. É certo que a rejeição das normas regulamentares internas se encontra sujeita (como toda a actuação administrativa) ao respeito pelo princípio da igualdade, a impor que a mesma apenas possa suceder quando existirem razões fundamentadas para tal. Assim, e – repetimos – embora constitua um argumento mais favorável ao não reconhecimento da competência da recusa de aplicação, o princípio

Dezembro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 29.º vol., pp. 284 e s.); 180/99, de 10 de Março (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., 1999, p. 142); 569/2008, de 26 de Novembro (in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 73.º vol. 2008, pp. 477 e ss., esp.^{ie} pp. 478 e s.). Sobre as limitações que transporta a proibição do arbítrio, v. Castanheira NEVES, *O Instituto...*, cit., pp. 172 e ss..

¹⁴³ Pense-se, por absurdo, na hipótese de um regulamento que prevê a possibilidade de os órgãos policiais submeterem a comportamentos cruéis e degradantes os suspeitos de determinados crimes; a levar-se às últimas consequências o imperativo da igualdade compreendido nos termos apontados, ter-se-ia de defender que, para evitar que alguns suspeitos sofressem tais procedimentos e outros não, os órgãos policiais deveriam actuar sempre em conformidade com o regulamento – apenas assim se alcançaria uma igualdade de tratamento.

¹⁴⁴ Castanheira NEVES, *O Instituto...*, cit., pp. 149 e ss., e 190, respectivamente.

¹⁴⁵ Cf. HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen...», cit., p. 220; OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 541; STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 1277.

da igualdade não se opõe frontalmente à recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez.

Por outro lado, nos casos em que se reconheça ao órgão decisor a competência para recusar a norma regulamentar inválida no caso concreto, não ficam totalmente postergadas as exigências de sentido inerentes ao princípio da igualdade. Aquela decisão passa a assumir-se como um precedente administrativo, que deverá ser seguido pela Administração em todas as situações análogas – trata-se agora do reconhecimento de uma *autovinculação por via decisória* ou *autovinculação individual e concreta*¹⁴⁶, determinante de uma certa “generalização” das recusas de aplicação lícitas¹⁴⁷ e do reconhecimento da sua «vinculação

¹⁴⁶ A autovinculação decorrente de vários tipos de actuação administrativa – que ensaiamos em texto – não é desconhecida da doutrina alemã. Assim, v. g., HOFFMANN-RIEM («Selbstbindungen...», cit., pp. 198 e s.) destrinça entre a autovinculação emergente de decisões e autovinculação resultante de instrumento de programação (cuja implementação carece de posteriores decisões administrativas), sem prejuízo de uma certa confluência entre as duas vertentes, quando em causa está a autovinculação por via normativa ou regulamentar, em que as respectivas decisões de execução acabam por constituir um indicador prático (um «barómetro») da respectiva vinculatividade (MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 596); no mesmo sentido, OSSENBÜHL (*Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 535) elege a prática administrativa (*Verwaltungspraxis*, ou, se preferirmos, o exercício da actividade administrativa – *Verwaltungsübung*) e os regulamentos administrativos (as *Verwaltungsvorschriften*) como possíveis formas de manifestação do «esquema de comparação» (*Vergleichsschema*) inerente ao princípio da igualdade, pressuposto pela autovinculação (note-se, porém, que estas formas surgem em alternativa, em coerência com a posição do Autor sobre a vinculatividade própria das *Vorschriften* – cf., *supra*, Parte I, 5.2., em nota).

Ainda que a autovinculação por via decisória dimane, em regra, das designadas decisões administrativas prévias (cf. SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., pp. 169 e ss.; HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen...», cit., p. 191), nada impede a mobilização do conceito para referir à específica força dos precedentes administrativos (ou, em geral, de quaisquer decisões individuais e concretas – cf. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., pp. 433 e s.), com as limitações constantes do texto, sobretudo quando se observa a admissibilidade de vinculações fácticas ou informais, funcionalmente equivalentes às vinculações jurídicas (HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen...», cit., pp. 200 e s., 222 e s.; tecendo considerações preocupadas, cf. RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 240).

¹⁴⁷ Este apelo à teoria da autovinculação não nos compromete com qualquer posição sobre a natureza (discricionária ou vinculada) do juízo sobre a recusa de aplicação. Se o sentido originário da teoria da autovinculação se reconduzia a parâmetro do exercício de poderes discricionários, a mesma evoluiu para outras dimensões – v. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 516 e s.; cf. ainda OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 160 (a propósito das «directivas de discricionarietà»); STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., p. 1359. Concebendo a autovinculação como um dos limites da discricionarietà, ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», cit., p. 322. Entre nós, parecem orientar-se neste sentido Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 345, anotação XI ao artigo 13.º, e *Constituição...*, cit., p. 924, anotação VI ao artigo 266.º.

Atente-se que a *ratio* da teoria da autovinculação se verifica perante qualquer decisão administrativa, porquanto, ainda quando está em causa uma actividade estritamente vinculada, esta pressupõe sempre uma intervenção constitutiva do decisor, nem que tal ocorra apenas ao nível da tarefa interpretativa. Qualquer pretensão de reconduzir a operatividade do princípio da igualdade unicamente à discricionarietà administrativa leva ínsitos dois preconceitos já ultrapassados: a separação estrita entre exercício de poderes discricionários e poderes vinculados e a ideia de que, nas áreas vinculadas, a subordinação à lei se revela suficiente para assegurar o respeito por aquele princípio, diversamente do que sucederia nos espaços livres da Administração [cf., porém, OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 532 (ainda que concordemos com o Autor, quando elucida que a vinculação da Administração ao princípio da igualdade não reveste a mesma intensidade ou o mesmo alcance em todas as áreas de actuação administrativa)].

à distância» (*Fernwirkung*)¹⁴⁸. Não ignoramos que esta “generalização” não pode revestir contornos absolutos, pois é evidente que não se poderá falar de uma *praxis* habitualmente seguida perante uma única decisão no sentido da rejeição das normas regulamentares; a defesa de uma posição diversa (que criasse uma autovinculação a partir da primeira decisão de recusa de aplicação) acabaria, na prática, por impedir, *ab initio*, o “livre” exercício da competência em causa, na medida em que qualquer órgão decisor recearia afastar, num caso concreto, um regulamento, sabendo que, em situações posteriores, teria que adoptar sempre a mesma decisão¹⁴⁹.

Defender uma autovinculação resultante de uma decisão de recusa de aplicação permite assegurar um mínimo de igualdade de tratamento entre os cidadãos, pelo menos até ao momento (desejável) em que a norma regulamentar em causa seja retirada do ordenamento jurídico. O princípio da igualdade surge agora inter-ligado com o «dever de actuar consequencialmente» (*Pflicht zu konsequentem Handeln*), a imprimir uma racionalidade administrativa às concretas decisões da Administração¹⁵⁰. E, se o quisermos dizer com Faria Costa¹⁵¹, as finalidades de pacificação e de agregação inerentes ao direito – e que o afastam da subjectividade – postulam uma racionalidade dirigida à realização do princípio da igualdade, de molde a que “o que hoje se opera, por mor da decisão justa com que o direito se realiza, tem de ser semelhante ou análogo ao que se fez ontem e ao que se irá levar a cabo no futuro”¹⁵².

A não ligação incondicional da autovinculação ao exercício de poderes discricionários permite uma abertura quanto à apreciação da invalidez do acto contrário ao precedente: se, quando está em causa uma actuação discricionária, o afastamento da solução habitualmente seguida poderá indiciar uma violação do princípio da igualdade ou do princípio da imparcialidade (sendo o acto inválido, em consequência da ofensa destes princípios), na hipótese em que, *ilicitamente*, o decisor não recuse a aplicação de uma determinada norma regulamentar, adoptando uma conduta contrária à prática habitualmente seguida, o incumprimento do dever de recusa de aplicação (cf., *infra*, 4.2.) sobreleva a eventual vulneração dos princípios da igualdade e da imparcialidade.

¹⁴⁸ MAUNZ, «Selbstbindungen...», cit., p. 501, a propósito da autovinculação através de actos administrativos e do tratamento igual de situações iguais (análogas).

¹⁴⁹ A propósito da necessidade da consistência temporal e da reiteração da prática administrativa susceptível de gerar uma autovinculação, acentua expressivamente OSSENBÜHL (*Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 536) que a autovinculação à primeira decisão excluiria uma necessária experimentação administrativa em “solo virgem da Administração” (*Verwaltungsneuland*), tendo em conta que esta necessita de tempo e de oportunidade para estabelecer um determinado programa de acção e uma orientação decisória.

¹⁵⁰ SCHEUING, «Selbstbindungen...», cit., p. 164, alertando, contudo, para o carácter não absoluto deste dever; OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 515.

¹⁵¹ Faria COSTA, *As Linhas...*, cit., p. 21; cf. também pp. 23 e ss..

¹⁵² Sob o prisma do cumprimento das exigências de sentido pressupostas pela igualdade de tratamento, o principal óbice à proposta de “generalização” das decisões de recusa de aplicação reside antes na delimitação do âmbito da autovinculação administrativa em sede decisória. Se a natureza *normativa* do regulamento nos fez recortar um conceito amplo de autovinculação administrativa, que abrangia não apenas o órgão emissor, mas também os demais órgãos da Administração, o facto de estarmos diante de precedentes

E contra esta posição não se oponham quer o carácter excepcional da recusa de aplicação, quer ainda o facto de a solução administrativa adoptada em conformidade violar um elemento do «bloco da legalidade» *lato sensu* (o regulamento) a que se encontra adstrita, impedindo o funcionamento do princípio da igualdade, que não opera perante decisões inválidas¹⁵³.

Por um lado, a excepcionalidade revestida pela recusa de aplicação não impede que uma norma de acção idêntica se siga perante casos análogos, e, por conseguinte, desde que as excepcionais condições que admitiram, no primeiro caso, a recusa de aplicação se repitam em situações ulteriores¹⁵⁴. Para a compreensão do imperativo da autovinculação importa perceber tanto o sentido da decisão, como os respectivos fundamentos: é que a força do precedente (administrativo) assenta, sobretudo, na argumentação jurídica, na *ratio decidendi*, explanada na fundamentação, argumentação essa mobilizável perante casos

(actos administrativos) pode levar a equacionar a questão de outro modo – à semelhança, aliás, do que parece estar pressuposto pela alínea *d*) do n.º 1 do artigo 124.º da Constituição. Temos dúvidas sobre a viabilidade da extensão da “força de precedente” para além do órgão que praticou o acto ou daqueles que se encontrem sob a sua dependência hierárquica e, por conseguinte, se se admitirá uma «vinculação ampla» (*Breitenwirkung*) ou uma «vinculação colectiva» (*Kollektivbindung*) da decisão em causa (sobre estes conceitos, cf. MAUNZ, «Selbstwirkung...», cit., p. 501, e ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., p. 425, respectivamente). Além das razões práticas relacionadas com o conhecimento dos fundamentos da decisão de recusa de aplicação, não se afigura legítimo acusar de incoerência a actuação de um órgão administrativo (eventualmente até integrado numa entidade pública diferente) que não respeita o juízo de validade ou de recusa de aplicação de outro órgão; a actuação daquele pode padecer de ilegalidade (desde logo, por estarem verificadas, naquele caso concreto, as condições objectivas e subjectivas da recusa de aplicação), mas não por ofensa do imperativo de autovinculação alicerçado no princípio da igualdade.

Cf. também RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., pp. 256 e s., a propósito dos limites da autovinculação e do sentido do princípio da igualdade neste contexto. Claro está que, como também sublinha o Autor (*Op. cit.*, pp. 257 e s.), o facto de a força do precedente assentar nos argumentos jurídicos exarados aquando da decisão permite que outros órgãos neles se louvem no exercício das suas competências, desde que tais argumentos se revelem adequados aos novos casos concretos. Esta perspectiva não infirma, porém, a nossa perspectiva: por um lado, e excepto se se tratarem de decisões publicadas, não se pode exigir que órgãos de entidades públicas diversas conheçam reciprocamente o sentido e o conteúdo das respectivas decisões; por outro lado, e nas hipótese de tal conhecimento ter sido assegurado, a posição para que propendemos não impede que, perante casos análogos, os diferentes órgãos se louvem nos fundamentos das decisões de outros órgãos.

Em sentido diverso, OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 539 e s. (a propósito dos limites espaciais da autovinculação) acentua que a solução proposta deixa a operatividade da autovinculação e da igualdade de tratamento dependentes da organização administrativa, sendo certo que, para os cidadãos, o princípio da unidade de acção administrativa vale como unidade da Administração e não como unidade dos órgãos.

V. ainda STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1280 e s..

¹⁵³ Defendendo um «princípio da não-autovinculação da Administração Pública ao acto de desaplicação» de leis inconstitucionais, com base em argumentos similares, cf. Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 350 e ss..

¹⁵⁴ Uma posição diversa revela-se ainda tributária da concepção (subjacente ao artigo 11.º do Código Civil) segundo a qual as normas excepcionais não são susceptíveis de aplicação analógica – concepção esta cuja inexactidão se encontra cabalmente demonstrada por Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 259 e ss..

análogos; nesta altura, o acolhimento da orientação decisória constante do precedente não surge senão como uma consequência da aceitação da bondade da respectiva fundamentação¹⁵⁵. Assim, e contra qualquer concepção da autovinculação que a metamorfoseie num instrumento de petrificação da acção administrativa¹⁵⁶, não só não se impõe o acolhimento do precedente perante casos não análogos (como é característica da intensidade flexível da autovinculação)¹⁵⁷, como também a existência de uma decisão no sentido da recusa de aplicação não exime os órgãos decisores subsequentes de examinarem a validade da norma regulamentar em causa e de, em concreto, apreciarem se estão verificados os pressupostos de que depende o exercício daquela competência, cuja admissibilidade não resultará *apenas* da existência de um precedente administrativo na matéria. Aliás, uma das máximas da teoria da autovinculação administrativa, extraída do princípio da igualdade, determina expressamente: “age de tal modo que cada questão seja tratada de acordo com as suas particularidades, e evita as diferenças irrelevantes”¹⁵⁸. Neste ponto, o princípio da igualdade não obriga (nem podia obrigar) a Administração a rejeitar uma norma regulamentar só porque até àquele momento o fez reiteradamente, mas opera no sentido de viabilizar posteriores recusas de aplicação, impondo um especial dever de fundamentação, caso o órgão pretenda seguir uma solução diversa e mobilizar a norma em causa para a decisão de um caso concreto¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Em sentido similar, já RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 257.

¹⁵⁶ São, aliás, estas as dúvidas práticas relacionadas com a «redução da elasticidade administrativa» ou com a «cimentização da Administração» (*Zementierung der Verwaltung*) que se colocam à operatividade da teoria da autovinculação – cf. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., pp. 529 e s..

¹⁵⁷ A doutrina alemã refere-se, a este propósito, a um «direito de desvio em casos atípicos» (*Abweichungsrecht im atypischen Einzelfall*) – v. MÖSTL, «Normative Handlungsformen», cit., p. 596. OSSENBÜHL (*Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 523) alude, no quadro da definição da intensidade da vinculação, a uma «autovinculação que permite desvios em casos excepcionais especiais» (*Abweichungen für besondere Ausnahmefälle zulassende Bindung*); sublinha este Autor que se trata de uma consequência decorrente do sentido do princípio da igualdade, que, nestas hipóteses, não apenas consente desvios, como os exige (v. também últ. *Op. cit.*, p. 537). Daí a caracterização da autovinculação como uma «vinculação elástica com potenciais desvios» (*elastische Bindung mit potentieller Abweichungen*) ou como uma «vinculação relativa» (últ. *Op. cit.*, pp. 526 e 527, n. 205, louvando-se, nesta última, em Mertens), que tem como limites, tal-qualmente acentua VIPIANA (*L’Autolimite...*, cit., pp. 341, 350 e ss.) a analogia (a Autora alude a identidade) entre a *fattispecie* objecto do autovínculo e a que ocorre em determinado caso – confronto que carece de uma actividade interpretativa incidente sobre o acto em que repousa a autovinculação (*in casu*, o precedente administrativo).

¹⁵⁸ RASCHAUER, «Selbstbindungen...», cit., p. 248.

¹⁵⁹ Aliás, é neste aspecto que consiste, no essencial, a vinculação administrativa aos precedentes, tal-qualmente decorre da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA; cf. também F. Alves CORREIA, *O Plano...* cit., pp. 437 e s.; M. Esteves de OLIVEIRA, *Direito...*, cit., pp. 328 e s.. Também VIPIANA (*L’Autolimite...*, cit., p. 334) acentua, na senda da jurisprudência do *Consiglio di Stato*, que a operatividade da «cláusula de derogabilidade», sempre associada ao acto autovinculante, depende da adequada motivação do acto derogatório. E, dentro do nosso âmbito problemático, a posterior convocação da norma (e consequente afastamento do precedente) até se pode revelar legítima: pense-se, v. g., na hipótese em que exista uma total

Por outro lado, o argumento retirado da infracção ao regulamento olvida que o quadro da vinculação jurídica da Administração, num sistema dotado de complexidade estrutural e intencional, é muito mais amplo do que a obrigatoriedade da observância dos regulamentos administrativos deixa entrever. Considerar como inválida uma decisão por esta afastar legitimamente a convocação de uma norma regulamentar viciada significa pôr em causa a própria licitude da figura da recusa de aplicação. A invocação da ideia (correcta) segundo a qual não existe um direito à igualdade na ilegalidade (*keine Gleichheit im Unrecht*)¹⁶⁰ parece nas hipóteses (como as que cuidamos) em que a decisão de recusa de aplicação (o precedente administrativo) não se apresenta viciada, visto que, *in concreto*, se haviam preenchido as condições (objectivas e subjectivas) imprescindíveis ao reconhecimento desta competência. Trata-se, pois, de uma conclusão em tudo consonante com a já apontada exigência da teoria da autovinculação, que apenas admite a operatividade dos respectivos instrumentos quando estes tenham cumprido todos os requisitos da juridicidade – assim se contrariando as vozes que a acusavam de violação do princípio da separação de poderes, já que a autovinculação (ainda quando operada por via normativa) se deverá conter dentro dos limites do direito e, como tal, no quadro da legalidade (*stricto sensu*)¹⁶¹.

II. O princípio da segurança jurídica constitui um dos subprincípios integrados no princípio do Estado de direito¹⁶², actuando, em regra, em sentido contrário ao da recusa de aplicação de regulamentos inválidos pelos órgãos administrativos, na medida em que pressupõe uma actuação dos poderes públicos antevizível e calculável¹⁶³. Uma das

analogia entre os elementos de facto dos casos concretos, mas, entretanto, a norma deixou de ser inválida (invalidez pretérita); ou na situação em que a uma aparente analogia entre os casos se sucede a percepção de que as ponderações jurídicas inerentes à recusa de aplicação não conduzem aos mesmos resultados.

¹⁶⁰ Cf., *v. g.*, sobre este princípio (cuja formulação possui nítidas raízes germânicas), com profusas referências bibliográficas e jurisprudenciais, KÖLBEL, *Gleichheit „im Unrecht“*, s. 1., 1998, in: <http://www.muehle-hirtz-koelbel.de/downloads/assets/GiU.pdf>, Dezembro 2010. Sublinhando que o funcionamento da autovinculação está dependente dos limites do princípio da igualdade, nomeadamente no que tange a esta dimensão, *v.* BURMEISTER, «Selbstbindungen...», cit., p. 508 – daí que o Autor associe a tematização do problema da autovinculação determinante da impossibilidade de a Administração se afastar ou de corrigir decisões anteriores ao princípio da protecção da confiança (cf. também BLANKE, *Vertrauensschutz...*, cit., p. 105). Sobre os problemas suscitados pela relação entre esta fórmula e a autovinculação, cf. ainda ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., pp. 426 e ss..

¹⁶¹ OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 528. *V.* também VIPIANA, *L'Autolimite...*, cit., p. 333.

¹⁶² Cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 257 e ss.; Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 261 e ss. *V.* também ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., pp. 83 e ss..

¹⁶³ Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 178.

principais críticas desferidas contra tal possibilidade reside precisamente na anarquia¹⁶⁴ que poderia passar a imperar no seio da Administração e das relações entre esta e os particulares, caso se passasse a reconhecer aos órgãos administrativos um poder genérico e incondicional de rejeição de normas inválidas¹⁶⁵. Para agravar, e considerando que o conteúdo dos regulamentos não se circunscreve às relações entre a Administração e os particulares, envolvendo também a regulação das relações dos particulares entre si¹⁶⁶, dir-se-ia que a admissibilidade da recusa de aplicação instalaria o caos em todo o sistema.

A contraposição entre segurança jurídica e juridicidade não se esgota, porém, numa argumentação *ad terrorem*, a qual, em regra, se encontra direccionada para inviabilizar a admissibilidade, *em qualquer hipótese*, da desaplicação administrativa de *todas* normas consideradas inválidas pela Administração. Não surpreenderá que, no domínio em que nos movemos, o mesmo consubstancie um arrimo determinante para a adopção, como regra, da solução contemplada pela norma regulamentar aplicável (*prima facie*) ao caso concreto – em total articulação com o princípio da inércia¹⁶⁷.

No Direito Administrativo, o princípio da segurança jurídica anda associado à figura do caso decidido, o qual apresenta, neste contexto, um especial interesse, por admitir a sobrevivência no ordenamento jurídico e, sobretudo, a *produção de efeitos jurídicos* por parte de um acto administrativo, não obstante o mesmo se encontrar ferido de invalidez – a permitir sublinhar que, em certas hipóteses, o sistema faz prevalecer a segurança jurídica em detrimento de outros princípios, designadamente, da juridicidade da acção administrativa. Importa, pois, debruçarmo-nos sobre esta figura, de molde a percebermos os contributos que, na realidade, oferece para o problema da recusa de aplicação de regulamentos.

¹⁶⁴ Aludindo também ao «argumento *ad terrorem* da anarquia administrativa», embora a propósito da rejeição administrativa de leis inconstitucionais, v. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 265 e ss.. Cf. também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 713, já relativamente à admissibilidade genérica de um poder administrativo de recusa de aplicação de normas ilegais e inconstitucionais.

¹⁶⁵ Não se trata, porém, de posição unânime na doutrina. Assim, v. g., RENCK («Anmerkung...», cit., p. 87) defende que o controlo incidental de regulamentos pelos órgãos administrativos não se afigura totalmente refractário ao princípio da segurança jurídica, na medida em que permite esclarecer, logo no âmbito da Administração, a questão da validade da norma regulamentar em causa.

¹⁶⁶ Cf. também, *supra*, Parte II, 2.4.3., em nota.

¹⁶⁷ Segundo o qual as posições instituídas beneficiam precisamente do facto de estarem consagradas, encontrando-se a respectiva bondade justificada pela bondade dos resultados a que têm conduzido, pelo que a adopção de uma posição contrária pressupõe o ónus da contra-argumentação. Sobre o princípio da inércia (delineado por Perelman), cf., v. g., ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, Landy Editora, São Paulo, 2001, pp. 140 e s., 259 e ss.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 659 e s., embora a propósito dos precedentes jurisdicionais.

À semelhança do caso julgado (igualmente enformado pelas preocupações de segurança)¹⁶⁸, o caso decidido administrativo traduz a relativa estabilidade do acto administrativo, após a passagem do prazo de impugnação jurisdicional [*in casu*, um ano, o prazo máximo da propositura da acção administrativa especial pelo Ministério Público e pelos interessados, no caso de impedimento, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 58.º do CPTA, respectivamente]. Trata-se de uma figura que exprime quer a autonomia dos conceitos de validade e eficácia no Direito Administrativo – visto que permite que um acto anulável (inválido, portanto) seja eficaz (não apenas, provisoriamente, antes da impugnação contenciosa, mas sobretudo) após o prazo da acção administrativa especial, passando a produzir os seus efeitos normais, ainda que permaneça inválido¹⁶⁹ –, quer a «*função estabilizadora*» do acto administrativo¹⁷⁰ – admitindo que uma decisão, mesmo se padecer de uma ilegalidade (menos grave), se consolide dentro de um certo prazo e, como tal, assegure uma autovinculação de princípio da Administração, em homenagem à autoridade estadual (como acontecia quando associada a actos impositivos)

¹⁶⁸ Também a propósito do confronto entre juridicidade (ou, mais especificamente, constitucionalidade) e segurança, a Constituição faz prevalecer o segundo valor sobre o primeiro, apenas com algumas excepções: eis o que sucede no n.º 3 do artigo 282.º da Lei Fundamental, que restringe a eficácia retroactiva dos acórdãos proferidos em processo de fiscalização abstracta sucessiva, ressalvando os casos julgados ao abrigo da norma declarada inconstitucional (excepto decisão em contrário do Tribunal Constitucional, se se tratar de matéria de natureza sancionatória e a norma for de conteúdo menos favorável ao arguido; sobre a extensão da ressalva também aos casos decididos, cf. a bibliografia já citada, quanto a este ponto, *supra*, Parte III, 3.4.2.2.). Com um pendor *pro securitate* apresenta-se ainda o n.º 4 do mesmo preceito, o qual permite, designadamente por razões de segurança jurídica, que o Tribunal Constitucional fixe efeitos da inconstitucionalidade ou ilegalidade com um alcance mais restrito que o previsto nos n.ºs 1 e 2, admitindo, por conseguinte, a produção de efeitos de normas inválidas (*e. g.*, estabelecendo a eficácia *pro futuro* das decisões de inconstitucionalidade ou eliminando os efeitos repristinatórios – cf. Cardoso da COSTA, *A Jurisdição...*, cit., p. 95; F. Alves CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 126 e ss.; Vitalino CANAS, *Introdução...*, cit., pp. 195 e ss.; desenvolvidamente, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 688 e ss., embora sustentando uma posição de maior abertura, admitindo, *v. g.*, embora em casos excepcionais, que a norma inconstitucional possa continuar a produzir efeitos após a publicação da declaração – *Op. cit.*, pp. 724 e ss.; apreciando este último problema, Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., pp. 306 e ss.).

Perspectivando já os n.ºs 3 e 4 do artigo 282.º da Constituição sob a óptica da colisão entre os princípios da juridicidade e da segurança e da prevalência do segundo sobre o primeiro, cf. Paulo OTERO, *Lições...*, vol. I, 1.º tomo, cit., p. 149, e *Legalidade...*, cit., p. 698.

¹⁶⁹ A invalidade de que o acto padecia não desapareceu – todavia, perdeu a sua força invalidante; ou, como ensina Rogério SOARES (*Interesse Público...*, cit., p. 276), tal “não pode significar que o vício tenha desaparecido, pois a sua avaliação (...) tem de referir-se ao momento da prática do acto. Se o acto era ilegal não foi o decurso do prazo que o tornou conforme à lei”. A estabilidade (*hoc sensu*) dos actos administrativos permite evitar que relações jurídicas fundadas nessas decisões administrativas ilegais (anuláveis) caiam “como um castelo de cartas, ao qual retiram a colocada na base”, na linguagem expressiva de BOQUERA OLIVER, «Grados de Ilegalidad del Acto Administrativo», *Revista de Administración Pública*, ano 100-102, vol. II, Janeiro/Dezembro 1983, p. 1005, n. 8.

¹⁷⁰ Sobre a função estabilizadora do acto administrativo, cf. Vieira de ANDRADE, «Algumas Reflexões...», cit., p. 1220, cuja explanação seguimos de perto; *v. também Op. cit.*, pp. 1209 e ss..

e à tutela da confiança depositada pelos particulares quanto a actos favoráveis¹⁷¹. É justamente esta autovinculação operada pelo caso decidido que se encontra na base da limitação inerente ao artigo 141.º do CPA, que apenas admite a anulação administrativa dentro do prazo da respectiva impugnação contenciosa, constringendo as entidades administrativas ao respeito pelos seus efeitos, apesar da invalidade que afecta o acto em causa¹⁷².

Contudo, a estabilidade do acto administrativo decorrente do «caso decidido» não assume carácter absoluto, surgindo cada vez mais relativizada quer por pressão da jurisprudência europeia¹⁷³, quer em resultado das críticas desferidas pela doutrina ao regime da revogação e anulação administrativa de actos administrativos¹⁷⁴. Em causa está a percepção de que a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre outros valores

¹⁷¹ Cf. Vieira de ANDRADE, «Nulidade...», cit., p. 47.

¹⁷² Nessa medida, Gomes CANOTILHO (*Direito...*, cit., pp. 265) caracteriza a protecção da segurança jurídica contra actos da Administração através do binómio *autovinculação* e (tendencial) *irrevogabilidade*.

¹⁷³ Exemplo paradigmático desta jurisprudência é o Acórdão «Milchkontor» (cit., pontos 28 e ss.), onde o Tribunal de Justiça, confrontado com o §48 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (que contém o regime relativo à revogação de actos administrativos inválidos), entendeu que a aplicação de determinadas disposições nacionais (por exemplo, as consagradas da estabilidade do acto), que impedem a devolução das ajudas comunitárias indevidamente percebidas, não poderá contender com o sentido e o alcance da efectividade do direito da UE – o que sucederia se a possibilidade de repetir o indevido ficasse subordinada a um prazo demasiado curto. Assim, e não obstante a relevância dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica (também integrantes da ordem jurídica europeia), o Tribunal sublinhou a necessidade de o articular com outros princípios, nomeadamente com o princípio da igualdade. Esta orientação aparece partilhada e desenvolvida no Acórdão «Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH», de 20.03.1997, P. C-24/95 (in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1997, pp. I-1591 e ss.), tendo o Tribunal de Justiça entendido que não podem as empresas beneficiárias de um auxílio de Estado ter confiança legítima na respectiva regularidade, a não ser que aquele haja sido concedido nos termos previstos no Tratado (ponto 25), pelo que o decurso do prazo para revogação do acto administrativo de concessão dos auxílios, bem como o princípio da segurança jurídica, não constituem fundamentos admissíveis para impedir a restituição das quantias indevidamente percebidas (pontos 34 e ss.).

Na sequência da posição perfilhada pelo Acórdão «Milchkontor», o STA defendeu já a inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 141.º do CPA, com fundamento na sua contrariedade com o direito da União (*in casu*, com normas constantes de um regulamento europeu) e no princípio do primado deste ordenamento relativamente ao sistema jurídico nacional (cf. Acórdão de 06.10.2005, P. 2037/02). Tomando posição sobre a jurisprudência do STA nesta matéria, v. João CAUPERS, «O Regime da Revogação no CPA: Uma Revisão Conveniente», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, p. 72. Cf. ainda Fausto de QUADROS, *Droit...*, cit., pp. 482 e ss., esp.¹⁶ pp. 488 e ss..

Atente-se, porém, que o Tribunal de Justiça vai cada vez mais longe, defendendo a obrigatoriedade, por força do princípio da cooperação leal, de revisão das decisões administrativas definitivas, quando estas atentem contra o direito da União *posterior!* V. Acórdãos «Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren», de 13.01.2004, P. C-453/00, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2004, pp. I-837 e ss. (ponto 27; em causa estava a conformidade entre uma decisão administrativa definitiva e a interpretação da disposição pertinente do direito comunitário entretanto feita pelo Tribunal de Justiça, no quadro de um sistema jurídico – o holandês – que admite a revogabilidade de actos definitivos, desde que tal não implique prejuízos para terceiros). V., v. g., Fausto de QUADROS, «A Europeização...», cit., pp. 397 e ss..

¹⁷⁴ Vimos já que o artigo 141.º do CPA – incluído no tema mais amplo da revisão dos actos administrativos – tem constituído alvo de controvérsia na doutrina, que vem propugnando pela respectiva alteração. Cf., *supra*, Parte III, 2.5.2..

igualmente directores da ordem jurídica administrativa, entre os quais, a tutela da juridicidade da actuação da Administração e dos interesses (públicos e privados) que as normas violadas se destinam a proteger, não pode (nem deve) ser absolutizada – sobretudo quando a mesma contraria ainda o princípio da proibição do arbítrio e o princípio da protecção da confiança¹⁷⁵, o que sucederá nas hipóteses em que permita à Administração prevalecer-se de ilegalidades (*maxime*, formais) pelas quais é responsável¹⁷⁶.

A relativização do caso decidido surge agora também em algumas disposições legislativas. Atente-se, *v. g.*, no artigo 161.º do CPTA que procura constituir uma das respostas à produção de actos administrativos em massa, em certos domínios da acção administrativa. Este preceito, directamente inspirado no artigo 110 da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* espanhola¹⁷⁷, prevê, sob a epígrafe «Extensão dos efeitos da sentença», que “os efeitos de uma sentença transitada em julgado que tenha anulado um acto administrativo desfavorável (...) a uma ou várias pessoas podem ser estendidos a outras que se encontrem na mesma situação jurídica, *quer tenham recorrido ou não à via judicial*, desde que, quanto a estas, não exista sentença transitada em julgado” (n.º 1)¹⁷⁸. Cumpridos os demais pressupostos fixados no preceito (perfeita identidade de casos, número mínimo de decisões no mesmo sentido, apresentação tempestiva de requerimento à entidade administrativa demandada e, no caso de indeferimento, requerimento judicial tempestivo da extensão dos efeitos da sentença), o artigo 161.º viabiliza que o destinatário de um acto administrativo ainda possa beneficiar dos efeitos decorrentes de uma sentença anulatória, ainda que não o tenha impugnado no prazo de um ano (embora, nesta particular situação – *i. e.*, requerimento de extensão dos efeitos da sentença de acto inimipugnável –, o n.º 5 exija, como requisito adicional, que os contra-

¹⁷⁵ Impondo-se, quanto a esta, a realização de um juízo concreto de aferição da legitimidade da confiança deposta no acto em causa – *v.* também João CAUPERS, «Regime...», cit., p. 71.

¹⁷⁶ Cf. Vieira de ANDRADE, «A Revisão...», cit., p. 161.

¹⁷⁷ Sobre este preceito, no contexto dos efeitos *ultra partem* das sentenças, cf., por todos, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado...*, cit., tomo III, vol. II, pp. 1021 e ss..

¹⁷⁸ Cf., sobre esta disposição, Freitas do AMARAL/M. Aroso de ALMEIDA, *Grandes Linhas...*, cit., pp. 110 e ss.; Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 401 e ss. e «O Novo Modelo de Impugnação Judicial dos Actos Administrativos: Tradição e Reforma», in: Colaço ANTUNES/SÁINZ MORENO (coord.), *Colóquio Luso-Espanhol – O Acto no Contencioso Administrativo: Tradição e Reforma*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 203 e s.; M. Aroso de ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 369 e s., e *Manual...*, cit., pp. 146 e ss.; Colaço ANTUNES, «O Artigo 161.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Uma Complexa Simplificação», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, pp. 16 e ss.; R. Esteves de OLIVEIRA, in: «Processo Executivo: Algumas Questões», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 260 e ss.; M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 1047 e ss.; Carla Amado GOMES, «O “Caso Decidido”...», cit., *passim*, esp.^{te} pp. 23 e ss..

interessados já tenham tomado parte no processo em que foi proferida a sentença cujos efeitos se pretende estender¹⁷⁹⁾¹⁸⁰. Como o Tribunal Constitucional¹⁸¹ já teve oportunidade de afirmar, a ductilização do princípio da segurança jurídica emergente do artigo 161.º do CPTA não origina uma inconstitucionalidade, precisamente por consubstanciar uma forma de equilíbrio com outros valores constitucionalmente relevantes. A flexibilização da figura do «caso decidido» emergente do artigo 161.º do CPTA resulta aqui menos de uma cedência ao princípio da legalidade e mais de uma prevalência do direito a igual tratamento, sem prejuízo da tutela dos interesses de terceiros (desde logo, contra-interessados) e da salvaguarda da força de caso julgado¹⁸².

Dos contributos excogitados decorre que o princípio da segurança jurídica não só deve ser flexibilizado com vista à descoberta da solução mais adequada à realidade em mutação constante (não a podendo aprisionar), como ainda, e tal-qualmente sucede com os demais princípios jurídicos, cuja coexistência embarga a respectiva absolutização à

¹⁷⁹ Vieira de ANDRADE (*A Justiça...*, cit., p. 403) questiona ainda se, nas hipóteses em que se pretende estender os efeitos das sentenças relativamente a actos inimpugnáveis, se não deveria exigir uma prova de diligência processual ou de boa fé dos beneficiados. Cf. também Colaço ANTUNES, «O Artigo 161.º...», cit., p. 23.

¹⁸⁰ Anteriormente ao artigo 161.º, a doutrina dominante já entendia que os tribunais administrativos não se encontravam totalmente impedidos de apreciar a validade de um acto administrativo inimpugnável, admitindo-se que tal acontecesse em sede de acções de responsabilidade civil extracontratual, para efeitos da prova do facto ilícito, havendo-se, então, discutido, a propósito do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, se a não impugnação tempestiva do acto administrativo precludiria o direito à indemnização. Trata-se, aliás, de posição hoje acolhida expressamente no artigo 38.º do CPTA; como sublinha Vieira de ANDRADE («O Novo Modelo...», cit., pp. 202 e s.), o problema está agora em saber qual o alcance e os limites da invocação da ilegalidade do acto na acção administrativa comum, tendo em conta que o n.º 2 do preceito em causa impede que por este meio se obtenha o efeito que resultaria da anulação do acto impugnável.

Todavia, a possibilidade de apreciação incidental de acto inimpugnável não envolve uma relativização tão significativa do caso decidido como a subjacente ao artigo 161.º, porquanto da decisão judicial que, a título incidental, conheça da anulabilidade do acto administrativo, não decorrem quaisquer efeitos anulatórios para a esfera jurídica do respectivo destinatário; ou seja, em caso de procedência da acção, o autor teria direito a uma indemnização (eventualmente reduzida por concurso de culpa do lesado, emergente da não adopção de uma conduta processualmente diligente), mas não veria destruídos retroactivamente destruídos os efeitos produzidos pelo acto inválido, que se mantinha na ordem jurídica. Com efeito, e como sintetizam, de forma lapidar, M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA (*Comentário...*, cit., pp. 1049 e s., comentário 2 ao artigo 161.º), o artigo 161.º visa “estender ao caso do interessado na extensão dos efeitos e, portanto, ao acto que o afecta e que não foi impugnado naqueles processos, o efeito constitutivo (anulatório) que foi judicialmente decretado, em relação aos actos impugnados nesses processos, pelas sentenças proferidas nos processos impugnatórios precedentemente decididos com trânsito em julgado”.

¹⁸¹ V. Acórdão n.º 370/2008, cit., p. 35834.

¹⁸² R. Esteves de OLIVEIRA, «Processo...», cit., p. 263; Carla Amado GOMES, «O “Caso Decidido”...», cit., p. 29..

*outrance*¹⁸³, não se pode transformar num “lugar onde inexista qualquer possibilidade de respiração axiológica”¹⁸⁴, “pois não é uma qualquer segurança, uma qualquer eliminação do caos, que se pode pensar inerente à Ideia de Direito”¹⁸⁵. Ao contrário da segurança jurídica encarada sob a lupa do positivismo – que visava a formal certeza do direito em si mesmo –, o princípio do Estado de direito exige antes uma *segurança através do direito*, intentando a estabilização de uma intenção normativo-material, a permitir a subsistência da certeza apenas enquanto não superada por esta intenção¹⁸⁶.

Atendendo à nossa perspectiva interessada, não descartamos os méritos da invocação deste princípio, que residem agora na circunstância de o mesmo consubstanciar um limite à admissibilidade de recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas, recordando a força autovinculativa que lhes é própria, e equilibrando a pressão centrífuga exercida pelas dimensões materiais do princípio da juridicidade. Como vimos suceder com o princípio da igualdade, também o princípio da segurança jurídica constitui o fundamento da força jurídica autovinculativa dos regulamentos. Não podemos, pois, olvidar (mas não absolutizar) os imperativos da fiabilidade, previsibilidade e recognoscibilidade¹⁸⁷ da acção pública, garantidos pela decisão dos casos concretos (também) pela mobilização das normas regulamentares pré-disponibilizadas no sistema.

Tal não impede, contudo, que, sob circunstancialismo determinado e numa perspectiva de equilíbrio entre estabilidade e adaptação¹⁸⁸, se possa admitir a decisão de um caso concreto, sem a mobilização do critério normativo regulamentar pré-disponibilizado no sistema jurídico. Além disso, sob a estrita óptica da segurança jurídica, afigura-se tão penoso para esta última o reconhecimento de competência administrativa de desaplicação como o são a regra da invocabilidade a todo o tempo da nulidade das normas jurídicas inválidas ou a possibilidade de recusa de aplicação incidental pelos tribunais;

¹⁸³ Recorde-se também RADBRUCH («Gesetzliches Unrecht...», cit., p. 88), quando lapidarmente afirma que a segurança jurídica não constitui o único e decisivo valor que ao direito cumpre realizar. Cf. também KAUFMANN, *Filosofia...*, cit., pp. 284 e ss..

¹⁸⁴ Faria COSTA, *As Linhas...*, cit., p. 30, contrapondo (*rectius*, equilibrando) segurança e liberdade.

¹⁸⁵ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 561.

¹⁸⁶ Castanheira NEVES, *O Instituto...*, cit., pp. 35, n. 80, 38 e s.; Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., pp. 544 e s.. Estabelecendo a diferenciação entre “segurança através do direito” e “segurança do próprio direito”, cf. ainda KAUFMANN, *Filosofia...*, cit., p. 281 (embora, na sua exposição, o Autor se ocupe precipuamente do segundo sentido, não deixa de sublinhar que, ainda assim, “a segurança jurídica não significa necessariamente realização segura do frequentemente defeituoso direito positivo” – *Op. cit.*, p. 284). Cf. ainda ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., pp. 82.

¹⁸⁷ Qualificando estes valores como elementos estruturais da segurança jurídica, cf. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., pp. 104 e ss..

¹⁸⁸ A específica *forma mentis* do jurista a que alude Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 553.

deste prisma, a segurança jurídica só fica satisfeita com um processo de controlo normativo a título principal que elimine formalmente a norma do ordenamento¹⁸⁹.

III. Relacionados, de forma intrínseca, com o princípio anterior¹⁹⁰, surgem-nos agora os princípios da tutela da confiança e da boa fé (aqui versados conjuntamente, em virtude das suas cúmplices interdependências), que vão permitir apreciar o problema da óptica dos destinatários das actuações administrativas em que se equaciona a possível recusa de aplicação de regulamentos inválidos e dos órgãos com essa competência (agora vinculados à consideração da confiança e da boa fé dos cidadãos)¹⁹¹. Aliás, e consoante as perspectivas adoptadas, a protecção da confiança surge aliada quer à segurança jurídica (correspondendo à sua dimensão subjectiva)¹⁹², quer à boa fé¹⁹³.

Além de constitucionalmente previsto, desde 1997, no n.º 2 do artigo 266.º da Lei Fundamental, o princípio da boa fé surge também plasmado no artigo 6.º-A do CPA, que apresenta a novidade de o erigir em critério biunívoco das relações entre Administração e particulares¹⁹⁴, vinculando também estes últimos à sua observância. Sem prejuízo da sua

¹⁸⁹ Assim, PIETZCKER, «Inzidentverwerfung...», cit., pp. 808 e s. V. também RENCK, «Anmerkung...», cit., p. 87.

¹⁹⁰ Recorde-se que a publicização do princípio da segurança jurídica surgiu associada à ideia de que constitui tarefa estadual a garantia da estabilidade dos direitos dos particulares – cf. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, cit., p. 80.

¹⁹¹ Sublinhando este último aspecto, para diferenciar entre segurança jurídica e protecção da confiança, cf. PÜTTNER, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 32, De Gruyter, Berlin/New York, 1974, p. 203.

¹⁹² Aludindo conjugadamente ao princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos (enquanto subprincípio do princípio do Estado de direito), cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 257; BLANKE, *Vertrauensschutz...*, cit., p. 107; PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1617. V. ainda Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, cit., pp. 821 e ss.; Joaquim ROCHA, *Direito Pós-Moderno, Patologias Normativas e Protecção da Confiança*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, Janeiro 2010, in: <https://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyhqdkCKzMzgwZDBkNjItNGM4YS00NjM4LThiOGUtODcxMTYyMmY0MmI4&hl=en> (Novembro 2010), p. 3.

¹⁹³ Sobre os subprincípios do princípio da boa fé (princípio da tutela da confiança e princípio da materialidade subjacente ou princípio da materialidade da regulação jurídica), v., por todos, Menezes CORDEIRO, «A Boa Fé nos Finais do Século XX», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 56, Dezembro 1996, pp. 897 e s. (desenvolvendo significativamente estes dois princípios, cf. Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 1234 e ss., e 1252 e ss.). Especificamente quanto às relações entre protecção da confiança e boa fé, este Autor sublinha que “nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja protecção transcende o campo civil” (*Da Boa Fé...*, cit., p. 1250). Cf., no âmbito do Direito Administrativo, L. Cabral de MONCADA, «Boa Fé e Tutela da Confiança no Direito Administrativo», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 573 e ss..

¹⁹⁴ V. PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1616.

filiação claramente privatística¹⁹⁵ e da sua «potencialidade expansiva» no âmbito da actividade consensual da Administração¹⁹⁶, o sentido do princípio da boa fé enquanto parâmetro da actuação administrativa tem sido abordado pela jurisprudência¹⁹⁷ e objecto de reflexão pela doutrina¹⁹⁸, e exprime, no que tange às relações entre a Administração e os particulares, a permeabilidade às exigências de um comportamento leal e correcto (ético¹⁹⁹), associando-as à tutela da confiança e à previsibilidade das actuações administrativas²⁰⁰.

Os princípios agora sob escrutínio poderão constituir também argumentos desfavoráveis à recusa de aplicação de regulamentos pela Administração, na medida em que fortalecem a autovinculação administrativa traduzida na força jurídica do regulamento²⁰¹. Efectivamente, e como referimos em momento anterior (cf., *supra*, Parte II, 2.1.), a natureza normativa do regulamento permite concebê-lo como um padrão de comportamento (não apenas para os particulares, mas também) para a Administração; enquanto norma jurídica, apresentando, como tal, uma pretensão de aplicação para todos os casos que se incluam dentro do respectivo âmbito. Não se estranhará, por isso, uma associação entre a emissão de normas jurídicas e a confiança numa determinada actuação administrativa (*i.e.*, uma actuação compatível com o conteúdo regulamentar) que a mesma inculca nos respectivos destinatários, aproximando-se, em certo sentido, a recusa de

¹⁹⁵ Sobre as origens jurídicas da boa fé, cf. Menezes CORDEIRO, «A Boa Fé...», cit., pp. 894 e ss., e, muito desenvolvidamente, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 53 e ss.. Sobre a transposição do princípio para o Direito Administrativo (enquanto princípio director das actividades consensual e autoritária) e dificuldades inerentes, v. MANGANARO, *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, pp. 44 e ss.; MERUSI, «Il Principio di Buona Fede nel Diritto Amministrativo», in: *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 218 e s..

¹⁹⁶ Cf. MANGANARO, *Principio...*, cit., pp. 151 e ss..

¹⁹⁷ Para uma síntese da jurisprudência administrativa nesta matéria, cf. o Acórdão do STA, de 09.07.2009, P. 203/09.

¹⁹⁸ Cf. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 133 e ss.; Maria da Glória GARCIA/António CORTÊS, «Artigo 266.º», cit., pp. 574 e ss., anotação IX; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., pp. 220 e ss.; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 108 e ss., anotações ao artigo 6.º-A; Pedro MACHETE, *O Princípio da Boa Fé*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, Janeiro 2010, in: <https://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyhqhdCKzMMU0NDhhZDctOTMyYS00Yjg5LWEzZmZAtZTkwN2FmMWM2Ey&hl=en>.

¹⁹⁹ Cf. PÜTTNER, «Vertrauensschutz...», cit., p. 201.

²⁰⁰ A doutrina privatística associa a tutela da confiança à autovinculação (autovinculação sem contrato – *Selbstbindung ohne Vertrag*) – cf. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 767 e ss. e, criticamente, pp. 775 e ss..

²⁰¹ Sobre a relação entre tutela da confiança e autovinculação administrativa, cf. BURMEISTER, «Selbstbindungen...», cit., pp. 509 e ss.: o Autor relaciona a protecção da confiança com o problema da restrição (em consequência da autovinculação) da correcção de anteriores decisões da Administração, salientando o carácter não absoluto do princípio. Para uma delimitação do raio de acção do princípio da protecção da confiança, cf. PÜTTNER, «Vertrauensschutz...», cit., pp. 211 e ss..

aplicação de um *venire contra factum proprium*. A conexão entre a ideia de previsibilidade e a força jurídica autovinculativa dos regulamentos constitui um motivo que aponta no sentido de rechaçar uma solução que passe pela recusa de aplicação de regulamentos. No fundo, a mobilização dos princípios da protecção da confiança e da boa fé como fundamentos contrários à rejeição de normas regulamentares (determinante da resolução do caso concreto pela mediação de normas inválidas²⁰²) destina-se a promover a estabilização das soluções, com o objectivo de tutelar as expectativas dos cidadãos em ver a sua situação jurídica valorada à luz de um regulamento formalmente em vigor no ordenamento, ainda que ferido de invalidez. Esta explanação deixa entrever o pendor subjectivizante da invocação destes princípios, cuja relevância assoma quando as normas regulamentares (inválidas) conferiam (ou constituíam pressuposto para a atribuição de) uma posição favorável aos respectivos destinatários²⁰³.

Todavia, à semelhança de outros princípios que temos vindo a considerar, também se não poderá afirmar que a boa fé e a tutela da confiança impedem, *em qualquer circunstância*, a desaplicação de regulamentos inválidos pela Administração, assumindo-se os mesmos como *topoi* para uma ponderação entre princípios e, por conseguinte, admitindo-se que, quando se verifiquem razões fundadas para tal, aqueles possam, *in concreto*, ceder²⁰⁴. Uma concepção diversa acabaria por transformar o princípio da protecção da confiança (e da boa fé) num “cavalo de Tróia do princípio do Estado de direito”²⁰⁵.

Desde logo, o próprio princípio da boa fé poderá, numa das suas dimensões, consubstanciar um fundamento para a decisão no sentido da recusa de aplicação: de acordo com o (sub)princípio da materialidade subjacente (ou da materialidade da regulação

²⁰² Esta conclusão não contraria a posição de M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS (*Direito...*, tomo I, cit., p. 224), quando defendem o carácter problemático da concepção do princípio da tutela da confiança como limite da actuação administrativa, o qual, só em casos extremos, obrigará à prática de um acto violador de um parâmetro da actividade administrativa. É que, no nosso horizonte problemático, não se trata simplesmente de constranger a Administração a adoptar o comportamento esperado, mas de a vincular a actuar de acordo com um regulamento administrativo formalmente em vigor no ordenamento jurídico e que, como tal, corresponderia a um dos parâmetros integradores do «bloco da juridicidade», ao qual os órgãos administrativos se encontram adstritos.

²⁰³ Perspectivando já esta dimensão do princípio da boa fé no Direito Administrativo (mas assinalando que não esgota o seu conteúdo), cf. MANGANARO, *Principio...*, cit., pp. 67 e ss..

²⁰⁴ Cf. BLANKE, *Vertrauensschutz...*, cit., pp. 104 (aludindo ao princípio da protecção da confiança como um *Abwägungstopos*) e 269, respectivamente.

²⁰⁵ OSSENBÜHL, *apud* BLANKE, *Vertrauensschutz...*, cit., p. 273.

jurídica)²⁰⁶, a boa fé recorda que o direito se destina à prossecução de valores materiais, não se conformando com condutas que, embora respeitadoras da exterioridade *formal* do direito, se revelam contrárias àqueles valores. Ora, uma das refrações deste princípio proíbe o aproveitamento de uma ilegalidade para prejudicar terceiros – o que aconteceria se a Administração se pudesse prevalecer da invalidade de um regulamento para, mobilizando-o no caso concreto, negar benefícios a um particular (destinatário), aos quais este tivesse direito por lei.

Além disso, a consideração da protecção da confiança como arrimo de pendor contrário à recusa de aplicação pressupõe que estejam verificados os respectivos pressupostos: a autovinculação baseada na tutela da confiança apenas se verifica e se mantém enquanto tal confiança for digna de protecção jurídica²⁰⁷. Assim, e louvando-nos, *mutatis mutandis*, na construção dogmática proposta por Menezes Cordeiro²⁰⁸ e tranposta para o Direito Administrativo por Freitas do Amaral²⁰⁹, importa que, no caso concreto se encontrem cumpridos, com maior ou menor intensidade, os seguintes pressupostos: (a) a criação de uma situação de confiança (*i.e.*, de elementos susceptíveis de gerar expectativas razoáveis no destinatário), concretizada na emissão de um regulamento enquanto acto normativo dotado de força jurídica (autovinculativa), que, enquanto integrado no «bloco da juridicidade», postula a sua observância pela actividade administrativa àquelas normas²¹⁰;

²⁰⁶ Sobre este princípio, cf. Menezes CORDEIRO, «A Boa Fé...», cit., p. 898, e *Da Boa Fé...*, cit., pp. 1252 e ss..

V. ainda M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., p. 222, embora os Autores entendam que o superior interesse prático deste princípio no Direito Administrativo reside na sua aplicação às condutas dos particulares; cf. também Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 138.

²⁰⁷ BURMEISTER, «Selbstbindungen...», cit., p. 510.

²⁰⁸ Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 1243 e ss., relativamente aos parâmetros da confiança e seu funcionamento como princípio.

²⁰⁹ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 137. Cf. também M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., pp. 222 e s..

²¹⁰ No direito privado, distingue-se entre a existência de declarações sobre factos ou promessas e as situações de confiança que repousam nos valores gerais da coerência e da consequência de comportamento, para concluir que a tutela da confiança (nomeadamente, através da responsabilidade pela confiança) flui naturalmente das primeiras, na medida em que estas se dirigem intencionalmente à criação de expectativas nos respectivos destinatários (cf. Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., 584 e ss., pp. 741 e s.). Idênticas reflexões merecem as hipóteses em que a Administração emitiu normas jurídicas – fruto de um procedimento dotado de exigências jurídico-públicas – destinadas a vincular o seu comportamento futuro e, sobretudo (como sucede nos regulamentos externos), as condutas dos particulares [vai ainda mais longe a jurisprudência italiana, quando entende que a mera emissão de um regulamento (*in casu*, uma circular ministerial) permite *presumir* a boa fé do particular – cf. MANGANARO, *Principio...*, cit., p. 180]. Também a propósito do regulamento poderemos afirmar (como o faz a doutrina alemã relativamente ao contrato e à promessa) que incorpora uma «protecção da confiança abstracta» (*abstrakter Vertrauensschutz*), na medida em que transporta a vinculatividade em si própria (v. KISKER, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 32, De Gruyter, Berlin/New York, 1974, p. 152; sem prejuízo da inadmissibilidade da identificação do contornos da protecção da confiança

(b) a existência de uma confiança justificada, na esfera subjectiva do destinatário do regulamento²¹¹; (c) o investimento da confiança, resultante dos comportamentos que os destinatários do regulamento adoptaram (ou não), induzidos pela pressuposição da futura valoração da sua esfera jurídica à luz daquele; (d) o nexo de causalidade entre as normas regulamentares e as condutas dos destinatários corporizadas no investimento da confiança²¹².

Como destacámos, se a ocorrência destes pressupostos é imprescindível para a consideração dos princípios da boa fé e da tutela da confiança no cenário de uma decisão de recusa de aplicação, da sua verificação não decorre necessariamente a resolução do caso concreto pela mediação da norma regulamentar inválida – tudo dependerá do resultado do confronto com os demais princípios em choque. Neste contexto, os princípios da confiança e da boa fé vêm-se confrontados com outros valores juridicamente relevantes, como acontece com a tutela da juridicidade da acção administrativa, aproximada com a

quanto a actos administrativos e quanto a normas – *Op. cit.*, pp. 192 e s.). Esta asserção merece dois esclarecimentos.

Por um lado, podem existir outros elementos associados ao regulamento (que não apenas o facto da respectiva emissão) que reforcem a confiança do sujeito. Assim, *v. g.*, a maior solenidade da forma ou as especiais exigências procedimentais podem ajudar a cimentar uma confiança nos destinatários: pense-se nos decretos regulamentares (sujeitos a promulgação presidencial) ou nos regulamentos submetidos a apreciação pública. No mesmo sentido milita a existência de uma prática consolidada de observância das soluções contempladas no regulamento, sem que, até ao momento, a Administração haja questionado a respectiva validade – nesta hipótese, poder-se-á afirmar, com KISKER («*Vertrauensschutz...*», *cit.*, p. 166), que quanto maior for a confiança gerada pelos poderes públicos nos cidadãos (cujo comportamento se orienta pelos actos daqueles), maior respeito deve merecer a disposição concitadora de tal confiança.

Por outro lado, a invalidade da norma não implica necessariamente a frustração deste requisito, ainda que se tenha em consideração a inexistência de prazo para a arguição jurisdicional da invalidade (decorrente de inconstitucionalidade ou de ilegalidade). Em primeiro lugar, a invalidade poderá não ser cognoscível para um destinatário normal, pelo que, no máximo, a tutela da confiança só não operará perante invalidades flagrantes ou evidentes – altura em que sucumbe a *ratio* do princípio da boa fé, que, na ausência de uma situação de confiança ou de elementos que a justifiquem, se torna neutro quanto ao problema da recusa de aplicação. Em segundo lugar, a confiança assenta não na invalidade da norma, mas justamente na vigência (formal) do regulamento e, por esse motivo, na respectiva obrigatoriedade.

²¹¹ Que não existirá, *v. g.*, se a invalidade do regulamento não for desconhecida do destinatário ou se este, apenas por manifesta negligência, não tinha conhecimento dela. Cf. um lugar paralelo no §48, n.º 2, alínea 3), da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (a propósito das excepções à indemnizabilidade da revogação de actos administrativos inválidos, que constituem condição necessária ou conferem o direito a prestações pecuniárias, de natureza continuada ou não, dispositivo igualmente aplicável, por força do n.º 3, às demais situações em que se reconhece uma pretensão em consequência da revogação de actos inválidos); sobre este preceito, *v. STELKENS/BONK/SACHS, Verwaltungsverfahrensgesetz, cit.*, pp. 1686 e s.. Relacionando também esta norma com a existência de uma confiança digna de protecção jurídica, em resultado da autovinculação administrativa através de *Vorschriften*, cf. BLANKE, *Vertrauensschutz...*, *cit.*, p. 267.

²¹² Sobre a causalidade exigida pela tutela da confiança, Carneiro da FRADA, *Teoria...*, *cit.*, pp. 618 e ss..

necessidade de «restabelecimento da soberania do direito “certo”» (*Wiederherstellung der Herrschaft des “richtigen” Rechts*)²¹³.

Tal não significa, porém, que, quando, legitimamente, se admita a recusa de aplicação, fiquem postergadas as exigências de sentido da tutela da confiança, que agora se cumprirão de outra forma; embora, nestes casos, a protecção da confiança e da boa fé não permitam sustentar uma pretensão do particular (*scilicet*, uma decisão em conformidade com o regulamento), dão lugar à reparação dos danos sofridos²¹⁴, através do instituto da indemnização do dano da confiança (ou «responsabilidade pela confiança»). Quer dizer, no domínio de que nos ocupamos, a aplicação do regulamento (inválido), em razão da confiança depositada pelos destinatários nas normas formalmente vigentes, representa a protecção *máxima* da boa fé e da confiança; contudo, o afastamento das normas não fere impreterivelmente estes princípios, desde que, estando verificados os (já assinalados) pressupostos da tutela, fique assegurada uma protecção *mínima*, correspondente à obrigação de indemnização do dano da confiança²¹⁵. Subjacente a esta possibilidade encontra-se, por exemplo, a situação de um particular que, abrangido pelo âmbito subjectivo de um regulamento, desenvolve uma série de investimentos para se colocar em condições de receber o subsídio aí previsto; perante uma decisão de recusa de aplicação pelo órgão competente para atribuição do subsídio, com fundamento na invalidade da norma regulamentar que o previa, não pode ficar o sujeito desprovido de tutela jurídica. E com esta asserção não pretendemos metamorfosear a protecção da confiança num direito a indemnização (a pressupor que a confiança dos cidadãos pudesse medir-se em termos monetários e que a sociedade se responsabilizasse por qualquer frustração das expectativas

²¹³ Cf. KISKER, «Vertrauensschutz...», cit., pp. 183 e ss., a propósito da revogação de actos públicos inválidos.

²¹⁴ Contrapondo os interesses pretensivos à indemnização, no âmbito da tutela da boa fé, cf. MERUSI, «Il Principio...», cit., pp. 220 e s..

²¹⁵ No sentido de que este constituirá o conteúdo mínimo do princípio da boa fé como princípio geral da actividade administrativa se tem pronunciado a doutrina, *nemine discrepante* – v. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., p. 224; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 115, comentário VI ao artigo 6.º-A; Maria da Glória GARCIA/António CORTÊS, «ARTIGO 266.º», cit., p. 576, anotação IX, aludindo a um «princípio fundamental da tutela da confiança». E com esta observação não pretendemos esgotar a tutela da confiança num direito ao ressarcimento de danos (reagindo contra esta concepção, cf. Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., pp. 41 e ss.), mas apenas sublinhar que constitui este o *conteúdo mínimo* dessa tutela. Sobre as consequências advenientes da protecção da confiança, cf. Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pp. 1249 e s.. No ordenamento jurídico alemão, a questão central do princípio da protecção confiança consiste precisamente em determinar se aquele se dirige à estabilização de uma determinada actuação jurídico-pública ou ao reconhecimento de uma pretensão indemnizatória – cf., problematizando, PÜTTNER, «Vertrauensschutz...», cit., pp. 217 e ss..

dos particulares)²¹⁶, mas tão-só a sublinhar que, quando haja confiança digna de protecção e, sobretudo, investimento da confiança, este último deve ser compensado.

Não são, todavia, espúrias as dificuldades pressupostas por esta construção, desde logo por a designada «responsabilidade pela confiança» ultrapassar a dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual²¹⁷ e não se compadecer com a convocação acrítica dos respectivos requisitos. Efectivamente, está agora em causa uma obrigação de indemnizar resultante da frustração de expectativas (*i.e.*, da “frustração da coordenação da actividade do sujeito por uma conduta alheia que suscitou uma convicção sua”), onde inexistem quer o incumprimento de uma obrigação, quer um ataque aos direitos subjectivos (ou interesses legalmente protegidos) do lesado. Trata-se, em suma, de uma “responsabilidade pela frustração de uma intencionada coordenação de condutas por parte do confiante”²¹⁸.

O reconhecimento da *singularidade* da «responsabilidade pela confiança» encerra reflexos determinantes em sede do regime da responsabilidade da Administração, o qual assenta justamente na dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual: não estando em causa a celebração de qualquer contrato, a indemnização do dano da confiança surgiria associada a uma responsabilidade conexa com a violação de deveres

²¹⁶ Cf. a crítica de BURMEISTER, «Selbstbindungen...», cit., p. 511. Aliás, e não só nas hipóteses que consideramos, mas especialmente nos casos de autovinculação por via decisória, a apreciação do preenchimento dos pressupostos desta «responsabilidade pela confiança» deve assumir uma feição especialmente rigorosa, porquanto a respectiva afirmação poderia acabar por se revelar contraproducente, tolhendo a Administração de alterar condutas anteriores (mesmo que anti-jurídicas), para não incorrer numa obrigação de indemnização. Na senda de BLANKE (*Vertrauensschutz...*, cit., p. 269), também entendemos que a protecção da confiança há-de contrabalançar-se com a necessária flexibilidade da acção administrativa.

²¹⁷ Cabalmente, Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., pp. 756 e ss.. Reflectindo, no âmbito do Direito Administrativo, sobre a eventual inadequação da aglutinação, no instituto da responsabilidade civil, das pretensões indemnizatórias decorrentes de actuações lícitas dos poderes públicos, cf. Rui MEDEIROS, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, pp. 51 e ss..

Por este motivo, a responsabilidade pela confiança não se confunde nem com a responsabilidade resultante da emissão de um regulamento inválido (que segue o regime da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito decorrente do exercício da função administrativa), nem com a eventual responsabilidade objectiva por danos causados no exercício do poder regulamentar (independentemente da validade do regulamento). Sobre esta última, mas ainda no quadro do Decreto-Lei n.º 48051, cf. Sérvulo CORREIA, «Da Sede do Regime de Responsabilidade Objectiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 61, Dezembro 2001, pp. 1313 e ss..

²¹⁸ Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., pp. 602 e ss..

O facto de se admitir o exercício da competência de recusa de aplicação a órgãos pertencentes a entidades diferentes das responsáveis pela emissão do regulamento pode dificultar a imputação da responsabilidade e do dever de indemnizar (Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., p. 604, exige uma *conexão de via dupla ao sujeito responsável*). Todavia, parece-nos que a especial configuração inter-subjectiva da Administração Pública, entremeada com fenómenos como a descentralização (e constitui este o campo problemático, por excelência), não poderá constituir arrimo para denegar o direito indemnizatório ao particular. Apesar da não absorção da «responsabilidade pela confiança» pela responsabilidade emergente da emissão de um regulamento inválido, entendemos que a entidade que responde pelo investimento da confiança há-de consistir naquela que emitiu o regulamento, visto ter sido a mesma que provocou a situação de confiança.

causadora de danos – ora, os pressupostos desta última revelam-se totalmente desadequados à situação em análise²¹⁹.

A primeira dificuldade resultaria logo do n.º 1 do artigo 9.º do RRCE, nos termos do qual “consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou *princípios constitucionais*, legais ou regulamentares ou infringjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”. De acordo com este preceito – e confrontado o mesmo com o homólogo do revogado Decreto-Lei n.º 48051, que, desenhando o pressuposto da ilicitude, aludia apenas à violação de normas legais e regulamentares e dos princípios gerais aplicáveis (cf. artigo 6.º), sugerindo a desnecessidade da existência de um desvalor da conduta quanto ao resultado²²⁰ –, o pressuposto da ilicitude apenas estaria cumprido através da conjugação entre ilicitude objectiva e subjectiva²²¹. Diversamente do que vem alvitando a jurisprudência do STA²²², não se pode afirmar aqui que a ilicitude resida na violação de um «dever de respeitar a confiança alheia» – correspondente, no nosso âmbito problemático, a um dever de *agere* em conformidade com a confiança depositada no regulamento pelos destinatários –, pois que tal hipótese excluiria um relevo autónomo à justificação da confiança: a responsabilidade resultaria da violação de um dever e não da defraudação das expectativas²²³. Se a responsabilidade delitual tem como fundamento a manutenção

²¹⁹ Acentuando já que as especificidades da responsabilidade pela defraudação das expectativas não se compadecem com a mobilização dos requisitos da responsabilidade aquiliana, designadamente a ilicitude e a culpa, cf. Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., p. 589.

²²⁰ Esta ideia parece ter sido acolhida no Acórdão do STA, de 05.12.2007, P. 653/07, onde o Tribunal, perante a revogação de um despacho no qual os particulares tinham depositado confiança, negou a verificação de um atentado aos direitos subjectivos dos particulares (inexistentes, em virtude de a ilegalidade do despacho os não poder fundamentar) e atribuiu apenas à lesão da confiança (acentuando a sua previsão normativa a nível constitucional e legal) o estatuto de facto ilícito, suficiente para gerar a responsabilidade civil, à luz do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051.

²²¹ V. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Responsabilidade...*, cit., p. 21; Carlos CADILHA, *Regime...*, cit., pp. 147 e ss., anotações 1 a 3 ao artigo 9.º.

²²² Em consonância com a posição defendida por Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1225. O que permitia a Barbosa de MELO («Responsabilidade Civil Extracontratual: Não Cobrança de Derrama pelo Estado», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, tomo IV, 1986, p. 40, n. 6) afirmar que, para efeitos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 48051, a expressão «responsabilidade civil extracontratual» haverá de valer num sentido amplo, por forma a abranger “toda a responsabilidade civil emergente da violação de deveres jurídicos não concretizados através dos *contratos administrativos*”.

²²³ Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., pp. 593 e s.. Como o Autor sublinha (*Op. cit.*, p. 590), a responsabilidade pela confiança não assenta verdadeiramente numa violação, pelo lesante, de deveres pré-existentes. Os pressupostos deste tipo de “responsabilidade” só surgem após o comportamento do lesante gerador das expectativas do lesado (*in casu*, a emissão do regulamento). Por sua vez, a frustração dessas expectativas (corporizada na recusa de aplicação do regulamento inválido) não implica, por si só, a prática de um acto ilícito; pelo contrário, como observámos, a responsabilidade pela confiança só existe quando o órgão decisor pode *validamente* exercer a competência de desaplicação. Na hipótese de se admitir que o órgão administrativo recuse a aplicação da norma regulamentar inválida, não está aquele a adoptar uma conduta contrária ao princípio da boa fé ou ao princípio da tutela da confiança (que não exige incondicionalmente a mobilização da norma inválida) e, por conseguinte, não está a infringir qualquer regra de *agere* imposta pela boa fé; aliás, como assinalámos, quando os órgãos emissor e decisor pertencem a entidades diversas, a responsabilidade pela confiança recai sobre a pessoa colectiva pública em que o primeiro (e não o segundo) se integra. Todavia, os destinatários do regulamento tinham expectativas de que a Administração adoptasse

da situação patrimonial e/ou pessoal dos sujeitos e a sua defesa perante ataques exteriores (designadamente da Administração), a indemnização do dano da confiança respeita à tutela das relações inter-subjectivas, da interacção entre os sujeitos, erigindo a perturbação da dinâmica da coordenação de condutas em fundamento da obrigação de indemnizar²²⁴.

Idênticas reflexões merece o pressuposto da culpa: quando se verifique existirem elementos que, para um destinatário normal, tornavam evidente a invalidez do regulamento e, como tal, a impossibilidade de fundar uma situação de confiança, não se negará a responsabilidade, por ausência do pressuposto da culpa. Diversamente, e embora o resultado final (negação do direito à indemnização) seja o mesmo, se o destinatário, por imprudência, tiver adoptado comportamentos, confiando da valoração administrativa da sua situação jurídica à luz do regulamento inválido, aquele não merecerá tutela (qualquer que ela seja²²⁵) por não se verificar o pressuposto da protecção²²⁶.

O outro ponto a considerar respeita aos danos indemnizáveis, relativamente aos quais urge clarificar que nos reportamos ao designado «dano da confiança» e não aos danos que decorrem da invalidez do regulamento administrativo: está, por isso, em causa o ressarcimento dos danos resultantes da frustração do *investimento da confiança*. Em termos similares à configuração da responsabilidade pelo dano (negativo) da confiança no âmbito do direito privado, a indemnização destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse justificadamente confiado na validade do regulamento administrativo²²⁷. Tal pressupõe que o sujeito tenha efectivamente desenvolvido alguma actividade com base na expectativa acalentada à luz da norma regulamentar inválida, porquanto não é indemnizável a simples convicção numa actuação futura da Administração, à qual não correspondeu qualquer investimento por parte do sujeito²²⁸. Por outro lado, a indemnização só se refere aos danos ocorridos enquanto se mantiver a confiança do particular: se, em virtude de qualquer circunstância (pense-se, v. g., na hipótese de o decisor já haver recusado, em vários casos concretos, a aplicação da norma em causa, facto cognoscível para o particular), cessar a confiança na aplicação do regulamento, também deixam de ser indemnizáveis quaisquer danos ocorridos posteriormente à extinção dessa confiança.

uma conduta consonante com o regulamentarmente disposto e é a tutela da frustração da confiança em que tal acontecesse que está agora em causa.

²²⁴ Assim, Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., p. 605.

²²⁵ Nesta hipótese, não só não existirá um direito à indemnização, como também não se poderá pretender que o princípio da boa fé consista num factor a considerar no quadro das ponderações tendentes à determinação de uma competência de recusa de aplicação.

²²⁶ Neste sentido, Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., pp. 594 e s..

²²⁷ Para uma descrição cuidada do raciocínio tendente à determinação dos danos indemnizáveis em virtude da ofensa do princípio da boa fé, cf. o citado Acórdão do STA, de 05.12.2007, P. 653/07.

²²⁸ Cf. Carneiro da FRADA, *Teoria...*, cit., pp. 596 e ss..

2.1.3. Eficiência

Em regra, o apelo à eficiência²²⁹ no mundo jurídico encontra-se associado à análise económica do direito²³⁰ e/ou a uma racionalidade finalística (*Zweckrationalität*, na terminologia cunhada por Max Weber)²³¹, constituindo um «tema da moda»²³². O seu tratamento autonomizado face ao princípio da juridicidade decorre, pois, de estarmos diante de um princípio instrumental da actividade administrativa, não necessariamente decorrente da vinculação da Administração ao direito, mas com esta impreterivelmente relacionado e articulável – sobretudo a partir do momento em que a intervenção da eficiência na actividade administrativa não apela, em exclusivo, a uma racionalidade técnica, mas pressupõe um sentido substantivo ou material²³³.

Sem prejuízo da multiplicidade de conteúdos imputados ao conceito de eficiência na Administração²³⁴, em todos eles está essencialmente em causa um pensamento orientado para as consequências e para os efeitos da acção e, sobretudo, para a obtenção de determinados resultados e objectivos; neste contexto, a eficiência, como programa normativo e parâmetro *exclusivo* de decisão²³⁵, corresponde à adequação dos meios aos fins postulados, no quadro de uma decisão (*rectius*, uma escolha) entre várias alternativas apresentadas²³⁶, adoptando uma perspectiva axiologicamente neutra (ainda que, em alguns casos, norteadas pela bússola do mercado), onde o que releva é *se* determinada finalidade foi alcançada e não *como* foi alcançada. Todavia, a intervenção da eficiência na Administração não se pode reconduzir a esta concepção: como, precursoramente, já

²²⁹ Sobre a eficiência no âmbito da Administração, cf., entre nós, desenvolvidamente, João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., pp. 123 e ss..

²³⁰ É esta a perspectiva fundamentalmente subjacente, v. g., à análise empreendida por EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

²³¹ V., entre nós, a este propósito, as considerações tecidas por Castanheira NEVES, *Metodologia...*, cit., pp. 37 e ss..

²³² Já em 1971, LEISNER (*Effizienz als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1971, pp. 5 e s.) aludia à eficiência como «palavra da moda» (*Modewort*), no âmbito das ciências sociais, em particular da micro-economia, transformando-se no objectivo desejado para o Governo e para a Administração.

²³³ V. RUTGERS/MEER, «The Origins and Restriction of Efficiency in Public Administration: Regaining Efficiency as the Core Value of Public Administration», in: *Administration & Society*, n.º 7, vol. 42, Novembro 2010, pp. 772 e s., confrontando um conceito técnico (ou económico) com um conceito substantivo de eficiência. Cf. também OSSENBUHL, «Verwaltungsverfahren...», cit., pp. 466 e s..

²³⁴ Cf., v. g., o elenco elaborado por RUTGERS/MEER, «The Origins...», cit., p. 758.

²³⁵ EIDENMÜLLER, *Effizienz...*, cit., pp. 169 e s.: o Autor alude, a este propósito, à eficiência como *normatives Programm* e a uma «pretensão de exclusividade» (*Ausschließlichkeitsanspruch*), que oblitera princípios jurídicos como a segurança jurídica, a justiça comutativa, a justiça distributiva, a protecção de bens jurídicos, a protecção da parte mais fraca.

²³⁶ Cf. PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1625 e 1626.

acentuava Rogério Soares²³⁷, a permeabilidade sentida pelos novos sectores da Administração às considerações económicas e de eficiência não pode suprimir os «ingredientes éticos» da actuação administrativa. Daí que a eficiência só deva ser considerada a título de princípio *jurídico*.

Importa, portanto, perceber qual o exacto alcance da compreensão da eficiência como princípio do Direito Administrativo, que o não reconduza apenas a uma lógica integralmente aniquiladora dos fundamentos. Acoplado-o com o princípio da desburocratização, o artigo 10.º do CPA erige o princípio da eficiência em princípio geral da actividade administrativa, determinando que “a Administração deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”. A subordinação administrativa a este princípio encontra já arrimos na Lei Fundamental quer, genericamente, na cláusula do Estado social²³⁸ (com específicas repercussões nos direitos a prestações²³⁹), quer, em termos específicos, no n.º 2 do artigo 267.º, quando apela para a eficácia da acção administrativa. Como resulta das citadas disposições, as referências constitucional e legislativa a esta temática associam-na, de alguma forma, a conceitos conexos, como a optimização, a efectividade, a racionalização (ou racionalidade), a economicidade, a produtividade ou a eficácia da actuação administrativa – todos eles constituindo indicadores da *funcionalidade* da Administração Pública²⁴⁰.

Sem prejuízo das dificuldades inerentes à compreensão da eficiência como princípio do Direito Administrativo (*hoc sensu*, enquanto princípio *jurídico* orientado para a realização, em qualquer caso, de resultados abstractamente pré-determinados e

²³⁷ Rogério SOARES, *Direito Público...*, cit., pp. 150 e s..

²³⁸ Cf. também João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., p. 133.

²³⁹ V., por exemplo, SCHMIDT-ASSMANN, «Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Perspektiven der Verwaltungsrechtlichen Systembildung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 255 e s.. Não é por acaso que se associa a eficiência a um «princípio de gestão de recursos» – cf. PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1627, referindo-se a um *Verwaltungsgrundsatz der Ressourcenschonung*.

²⁴⁰ Cf., v. g., LEISNER, *Effizienz...*, cit., p. 6; SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 312 (embora o Autor não deixe de acentuar a autonomização destes conceitos face à eficiência – *Op. cit.*, pp. 316 e s.); LAPERUTA, *Compendio di Scienza dell'Amministrazione*, 3.ª ed., Edizioni Simone, Napoli, 2005, p. 71; PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1630 e ss., 1645 (respectivamente, sobre a relação entre economicidade e eficiência, e sobre a articulação entre eficiência, economicidade e efectividade, aludindo a um «princípio de adequação aos objectivos» – *Gebot der Zieltauglichkeit*). Para uma densificação de alguns dos conceitos mencionados em texto, cf. LAPERUTA, *Compendio...*, cit., pp. 72 e ss.; João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., pp. 127 e ss..

imutáveis)²⁴¹, torna-se possível conceber a eficiência como um padrão da actividade administrativa, com o intuito de impor à Administração uma atitude desenvolvida na solução dos problemas que se lhe colocam²⁴², tendo em vista a melhor solução para os interesses públicos em presença, correspondendo ao que alguma doutrina designa como o «desafio do Direito Administrativo» (*Herausforderung an das Verwaltungsrecht*)²⁴³ – desafio este que assumindo já relevância no quadro das tarefas desenvolvidas pelo Estado social, se revela também pleno de sentido diante das responsabilidades actualmente cometidas à Administração que, de um momento des-regulador, atingiu uma complexa fase re-reguladora²⁴⁴. Partindo do carácter pluridimensional do princípio da eficiência²⁴⁵, pode afirmar-se que em causa está não apenas um imperativo típico da Administração de prestações ou até, mais genericamente, da relação entre recursos e a produção de bens e serviços (associando a eficiência a uma vertente organizacional e procedimental, relacionada com a idoneidade dos órgãos e respectivas funções e titulares, bem como à adequação e simplificação procedimental)²⁴⁶, mas também, numa perspectiva mais aberta (*i. e.*, compreensiva da actividade administrativa no seu todo), um apelo à celeridade e à diligência da acção dos órgãos administrativos na realização dos fins pré-determinados pelo legislador (a «eficiência como consecução dos fins pré-dados»), através dos meios mais adequados (optimização de meios), postulando, em regra²⁴⁷, um raciocínio ao nível da

²⁴¹ Cf. LEISNER, *Effizienz...*, cit., pp. 44 e ss.. A conjugação entre juridicidade e eficiência implica uma concepção desta última que não abstraia dos valores jurídico-públicos, em total consonância com um dos possíveis cenários da superação do *New Public Management*, reclamada pela crise económico-financeira – assim, v. LEVY, «New Public Management: End of an Era?», in: *Public Policy and Administration*, n.º 2, vol. 25, Abril 2010, p. 237.

Preocupando-se também com a compreensão da eficiência como *princípio jurídico*, cf., entre nós, Filipa CALVÃO, *Princípio da Eficiência*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, Janeiro de 2010, in: <https://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyohqCKzNDU3ZjMzMjctZGQxNC00OGQ4LWE3NGQtMzgZNDNiZmE5NTBk&hl=en> (Dezembro 2010), p. 2.

²⁴² Expressivamente, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM (*Código...*, cit., p. 132, anotação III ao artigo 10.º) afirmam que “não se lhe [à Administração] exige que seja temerosa (mas expedita) nem complexa (mas económica) nem «picuinhas» ou burocrática (mas eficiente)”.

²⁴³ Reportamo-nos ao título da obra colectiva organizada por HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

²⁴⁴ V. HOFFMANN-RIEM, «Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht: Einleitende Problemskizze», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Effizienz...*, cit., pp. 13 e s..

²⁴⁵ Cf., sobre as dimensões do princípio da eficiência, HOFFMANN-RIEM, «Effizienz...», cit., pp. 28 e ss..

²⁴⁶ Neste sentido, v. o conceito de eficiência técnica propugnado por LAPERUTA, *Compendio...*, cit., p. 73. Sobre as implicações procedimentais e organizatórias da eficiência, cf. PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1633 e ss..

²⁴⁷ Mas não necessariamente – como explica LEISNER (*Effizienz...*, cit., pp. 7 e s.), a eficiência pode reconduzir-se apenas à optimização do funcionamento de uma determinada organização, independentemente da fixação de objectivos a atingir: nesta acepção, um serviço seria tanto mais eficiente, quantas as alterações que, dentro do respectivo acervo de competências, introduzisse no Estado e na sociedade; ou, por outras

relação meios-fins (a «eficiência como relação óptima entre meio e fim»)²⁴⁸. Trata-se de uma concepção que possui impactos quer ao nível das soluções procedimentais (adoptadas pelo legislador e seguidas pelos órgãos administrativos ou, dentro do espaço permitido pela lei, normativamente previstas pela Administração), quer enquanto critério e parâmetro da decisão administrativa²⁴⁹. Tal implica, pois, que, quando referido ao âmbito da Administração, este princípio oriente toda a acção administrativa, nos momentos da emissão de regulamentos [os quais, como principiámos por afirmar, se caracterizam como «instrumentos de direcção»²⁵⁰] e da respectiva mobilização para a resolução do caso concreto²⁵¹. É relativamente a este último momento que assoma toda a relevância do imperativo no quadro do problema da recusa de aplicação de normas regulamentares.

Assim, e numa análise perfunctória, dir-se-ia que a eficiência da actuação administrativa, quando acoplada com a celeridade²⁵², exigiria que, sob qualquer circunstancialismo, o órgão decisor não se detivesse na apreciação da validade da norma regulamentar pré-disponibilizada pelo sistema jurídico para a resolução do caso, mas solucionasse, de imediato, a situação concreta pela sua mediação. Nesta ordem de ideias, a admissibilidade da recusa de aplicação introduziria uma nota de ineficiência ou de falta de funcionalidade no desenrolar da acção administrativa, entendendo-se que, estando em causa uma forma de fiscalização da actividade normativa da Administração, deveria a mesma ser deixada para os tribunais, sob pena de paralisação dos serviços, que, incumbidos de analisarem a validade dos regulamentos administrativos, atrasariam as suas decisões.

palavras, a organização atingiria a eficiência quando tivesse conseguido exercer ao máximo as suas competências.

²⁴⁸ LEISNER, *Effizienz...*, cit., p. 7, a quem se devem as formulações utilizadas no texto: *Effizienz als wirksame Erreichung vorgegebener Ziele (Zielerreichungseffizienz)* e *Effizienz als optimale Zweck-Mittel-Verhältnis*.

²⁴⁹ Sobre as várias acepções do conceito de eficiência seguidas no texto, cf. João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., pp. 131 e s. V. também HOFFMANN-RIEM, «Effizienz...», cit., p. 27, que caracteriza a eficiência como “expressão de uma óptima relação fim-meio”, bem como SCHMIDT-ASSMANN, «Effizienz...», cit., pp. 258 e ss., que adopta uma interessante perspectiva analítica sobre as várias repercussões do princípio da eficiência no âmbito do Direito Administrativo.

²⁵⁰ Aliando, no contexto de uma perspectivação *ex ante* do direito (enquanto *Rechtsetzung*), a ideia deste último como «instrumento de direcção» (*Steuerungsinstrument*) – *i. e.*, como instrumento para a realização de determinados objectivos políticos – à questão da previsão das consequências e da eficiência, v. EIDENMÜLLER, *Effizienz...*, cit., pp. 2 e s..

²⁵¹ A ambivalência característica deste princípio permite ainda que EIDENMÜLLER (*Effizienz...*, cit., pp. 77 e ss., e 169 e ss.) erija a eficiência enquanto «critério de decisão» (*Entscheidungskriterium*), aplicável ao legislador e ao decisor.

²⁵² Recorde-se a associação entre eficiência e aceleração procedimental, evidenciada por SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit. p. 311.

A posição em análise – que associa a eficiência à garantia da celeridade de uma decisão – torna-se apenas compreensível quando ligada às situações de urgência, as quais, *ex definitione*, exigem (como veremos, *infra*, 2.1.5.) uma actuação rápida dos órgãos administrativos de molde a constituir uma resposta ao perigo iminente para os interesses públicos. Exceptuando estas hipóteses, justificáveis em função do valor da urgência, a perspectiva atrás descrita afigura-se-nos, em geral, indefensável. Por um lado, privilegia uma concepção que ignora a relevância da realização administrativa do direito, *maxime* do seu carácter (também) constitutivo da ordem jurídica, retirando-lhe qualquer autonomia. Levada ao seu extremo, a citada perspectiva contraria o próprio dever de auto-controlo da juridicidade da actuação administrativa, que reconhecemos anteriormente. Desde que não fique afectado o direito à adopção da decisão administrativa num prazo razoável²⁵³ – objectivo alcançado quando o órgão pratica o acto dentro do prazo previsto para o *terminus* do procedimento – e, por conseguinte, fora das situações de urgência, a convocação do princípio da eficiência não constitui fundamento para obstar à recusa de aplicação de normas regulamentares, em virtude da sua invalidade.

Por outro lado, e mais do que afirmar que “a legalidade é o limite da eficiência”²⁵⁴, urge acentuar que “não existe um Estado [exclusivamente] de eficiência, enquanto imperar o Estado de direito”²⁵⁵, porquanto *a eficiência tem de servir a legitimidade da acção administrativa*, não existindo uma relação de antinómia entre juridicidade e eficiência, mas antes de cúmplice complementaridade. Recordando a lição de Rogério Soares, de clara inspiração italiana, a legitimidade encontra-se associada à conformidade da actuação administrativa (em especial, do acto administrativo) com as normas e princípios jurídicos que o disciplinam, tendo em vista a protecção de determinados interesses públicos²⁵⁶.

²⁵³ A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* consagra, no âmbito do «direito a uma boa administração» o direito das pessoas a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União num prazo razoável (artigo 41.º).

²⁵⁴ Nuno BRANDÃO, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 248, embora a propósito da eficiência como argumento a convocar para a resolução do problema da obediência a ordens ilegais dos superiores hierárquicos. Note-se que o Autor adopta uma posição totalmente contrária à mobilização de tal argumento para sustentar a obediência a ordens ilegítimas, concebendo que tal entendimento conduziria à conclusão de que “o bom funcionamento do aparelho estadual implica o sacrifício indevido de interesses juridicamente reconhecidos dos cidadãos, numa lógica de que os fins justificam os meios, incompatível com o Estado de direito material”, para além de se revelar avesso à ideia de promoção do interesse público e de criar uma dupla lógica na sociedade, que permitiria às entidades públicas (mas já não aos privados) a invocação da eficiência como forma de se furtarem à legalidade (cf. *Op. cit.*, pp. 247 e ss.).

²⁵⁵ LEISNER, *Effizienz...*, cit., p. 58.

²⁵⁶ Cf. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 260 e s.. *V.* também, sobre o conceito de legitimidade, Parte III, 3.1., em nota.

Trata-se, aliás, de uma posição plenamente consonante com a racionalidade própria do exercício da função administrativa, finalisticamente orientada para a realização de certos interesses heterónoma e previamente definidos pelo legislador, no quadro do direito. Por este motivo, a eficiência pode considerar-se como uma garantia de racionalidade do agir administrativo, quando concebida como valor comprometido com a juridicidade da actuação da Administração²⁵⁷.

Além disso, assumindo-se a legitimidade como um conceito onde confluem legalidade e interesse público, poder-se-á afirmar que a eficiência, enquanto princípio rector que determina a realização mais eficaz do interesse público prosseguido pelas normas disciplinadoras da actuação administrativa em causa²⁵⁸, não ignora a necessidade de ponderação das soluções do caso concreto, de forma a alcançar *a melhor solução*; ora, a satisfação do interesse público ficará melhor servida com a prática de um acto válido, ainda que emitido à custa da desaplicação de uma norma regulamentar, do que com a adopção de uma solução inválida [e, por conseguinte, não só instável da óptica do destinatário (de forma temporária ou permanente, consoante o acto praticado se encontre ferido de anulabilidade ou nulidade), como também vulneradora da ordem jurídica], para respeitar um regulamento (inválido). A eficiência determina que, *ex ante*, se efectue uma avaliação da juridicidade da acção administrativa, obviando à prática de actos inválidos e ao posterior surgimento de conflitos. Na verdade, e sob a estrita lupa da eficiência, tornar-se-ia muito mais ineficiente que o órgão administrativo, não obstante se haver apercebido da invalidade do regulamento, solucionasse o caso concreto pela sua mobilização, sabendo, de antemão, que o acto administrativo (inválido) seria, de seguida, impugnado e anulado (ou declarado nulo), devendo, em sede de execução da sentença, praticar o acto em conformidade com a ordem jurídica... precisamente nos termos e com conteúdo que poderia ter seguido logo desde o início, e ainda com a agravante de sujeitar a Administração ao eventual pagamento posterior de uma indemnização ao lesado, a título de responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos²⁵⁹.

²⁵⁷ V. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 312.

²⁵⁸ Cf. também João LOUREIRO, *O Procedimento...*, cit., p. 131.

²⁵⁹ É precisamente por esta razão que também não deve constituir *topos* da discussão sobre a admissibilidade da rejeição administrativa de normas regulamentares inválidas a possibilidade de impugnação judicial do acto administrativo de aplicação das mesmas, acompanhada da responsabilidade civil, no caso de a ilegalidade importar prejuízos para o particular. Eis-nos diante de um argumento totalmente inadequado da perspectiva da tutela dos interesses públicos administrativos, do interesse na boa administração da justiça e dos interesses dos particulares destinatários dos actos. Com efeito, a prática de um acto administrativo inválido implica que se não prossigam, no caso concreto, os interesses públicos que tal

O princípio da eficiência não conduz a uma negação da recusa de aplicação de regulamentos pela Administração, apenas demandando que o exercício dessa faculdade se encontre submetido a pressupostos rigorosos, que não desvirtuem a força autovinculativa da norma regulamentar, enquanto critério pré-disponibilizado no sistema jurídico para a resolução dos casos concretos; quer dizer, a eficiência exige que o reconhecimento do exercício da recusa de aplicação de regulamentos se encontre rodeado de requisitos que impeçam quer uma indagação exaustiva por parte do órgão decisor da validade das normas regulamentares aplicandas, quer um poder de rejeição, sob qualquer circunstancialismo, de todas as normas regulamentares inválidas – situações que, a sucederem, tolheriam uma actuação desenvolta e atempada da Administração Pública e, conseqüentemente, atalhariam uma resposta aos problemas suscitados pela *praxis*. A obtenção de resultados – que o princípio da eficiência, a final, intenciona – deve conviver com a validade da actuação administrativa²⁶⁰. Uma vez mais, o princípio da eficiência surge como um critério de ponderação que, sem impedir, restringe a possibilidade de recusa de aplicação às hipóteses em que o respectivo reconhecimento não contenda com a «funcionalidade» da acção administrativa.

2.1.4. Natureza e consequência jurídica do vício

A perspectivação da natureza e da consequência jurídica do vício como *um* dos critérios a ponderar na resolução do problema da recusa de aplicação de regulamentos inválidos implica o afastamento de qualquer argumentação que sedimente a recusa de aplicação, *v. g.*, no facto de as normas regulamentares violadoras de disposições

acto se destinaria *ex lege* a servir, permitindo inclusivamente que, quando não seja desfavorável para o destinatário, não afecte terceiros e não seja levado ao conhecimento do Ministério Público, tal acto perdue na ordem jurídica. Por outro lado, afastar a recusa de aplicação de regulamentos com fundamento no controlo jurisdicional *a posteriori* do acto de aplicação implica tão-só um adiamento do problema, determinando um incremento da litigiosidade judicial e ignorando que o princípio da tutela jurisdicional efectiva constitui a *última* garantia dos cidadãos contra os comportamentos anti-jurídicos da Administração – porque a primeira consiste na submissão da actividade administrativa ao direito. Finalmente, a indemnização outorgada ao particular, como forma de reparação dos danos sofridos, constitui sempre uma forma algo deficiente da reintegração da esfera jurídica do particular, cujos interesses ficariam mais satisfeitos com a prática do acto válido.

Sobre este problema, já debatido, embora com argumentos não inteiramente coincidentes, no horizonte da rejeição de leis inconstitucionais pela Administração, *cf.*, entre nós, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 206 e ss., e A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 225 e ss., que afastam também este raciocínio como forma de sustentar a inadmissibilidade daquele poder.

²⁶⁰ *V.* também CIMELLARO, «Il Principio...», cit., pp. 148 e s., sublinhando a interdependência entre resultado e legalidade: na perspectiva da Autora, se a presença do resultado não basta para justificar a violação de normas, também um acto formalmente conforme com a lei poder-se-á considerar ilegítimo se o resultado não é atingido.

constitucionais (*maxime*, relativas aos direitos, liberdades e garantias) padecerem de nulidade e, como tal, não produzirem quaisquer efeitos jurídicos, a permitir que os órgãos administrativos actuem como se as mesmas não existissem – justamente *quod erat demonstrandum*²⁶¹. O que está em causa na discussão do problema da rejeição de normas regulamentares consiste em determinar, mesmo admitindo uma competência de exame das mesmas, quais as circunstâncias em que os órgãos administrativos têm poder para retirar consequências práticas do juízo sobre a invalidez. Uma vez mais, alertamos para o facto de, por via de regra, o factor agora em análise não prescindir de um confronto com os demais, impondo-se, portanto, a respectiva conjugação em concreto.

A multiplicidade de vícios susceptíveis de afectar o regulamento implica que a atenção devida à natureza daqueles esteja ligada quer ao seu impacto sobre o conteúdo regulamentar, quer à sua recognoscibilidade para o decisor e para os destinatários. Compreende-se, pois, que as *summæ divisiones* a efectuar, neste horizonte, se reconduzam às distinções entre vícios formais e vícios materiais e entre vícios evidentes e não evidentes, admitindo-se, em princípio, a recusa de aplicação por *vícios materiais evidentes*. Esta conclusão impõe, contudo, algumas observações complementares.

Primo, urge atender à existência de vícios transversais àquelas duas qualificações: eis o que sucede, desde logo, com a violação de direitos fundamentais. Pode acontecer que, durante o procedimento tendente à aprovação do regulamento, haja sido vulnerado um direito fundamental de participação – como o direito de participação das associações sindicais na elaboração das normas jurídicas atinentes às relações laborais, que se encontra constitucionalmente consagrado na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 56.º da Constituição. Neste momento, assistimos a um entrecruzar do critério da natureza do vício (formal) com a maior qualificação assumida pelos casos de ofensa a direitos, liberdades e garantias. Nestas hipóteses, entendemos que a aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias e a vinculação da Administração por estes últimos sobreleva, em concreto, a natureza meramente formal (e, muitas das vezes, não evidente) do vício, constituindo um argumento no sentido da recusa de aplicação.

²⁶¹ Cf., porém, ainda que a propósito da cessação do dever de obediência, a argumentação expandida por Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 181, n. 313, acabando por concluir pela inexistência de qualquer conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da vinculação directa aos direitos, liberdades e garantias, por entender que as leis violadoras destes direitos são inexistentes, não produzindo quaisquer efeitos e, por conseguinte, não obrigando a Administração.

Secundo, existem situações em que a evidência se encontra associada a vícios formais. Pense-se, v. g., na hipótese de um decreto regulamentar ao qual falta a promulgação presidencial ou de um regulamento municipal que nunca foi aprovado pela assembleia municipal ou pela câmara municipal (consoante os casos). Era, aliás, para estas situações – onde se verificavam violações grosseiras e elementares no âmbito da criação de normas – que Ossenbühl manifestava uma maior abertura quanto à admissibilidade de recusa de aplicação²⁶².

Tertio, o critério da materialidade do vício ganha um pendor reforçado e absoluto se, por causa da invalidez que afecta o regulamento, a respectiva convocação para a decisão do caso concreto fizer incorrer o titular do órgão decisor na prática de um crime. Efectivamente, a natureza de *ultima ratio* própria do Direito Penal pressupõe que a criminalização ocorra apenas em relação a algumas condutas que contendem com bens jurídico-criminais²⁶³. Deste modo, mal se compreenderia a defesa de uma qualquer proposta que impusesse a um órgão com competência para desaplicar o regulamento (*hoc sensu*, relativamente ao qual estivessem verificadas as condições subjectivas da recusa de aplicação) o dever de, em observância dos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da protecção da confiança ou da boa fé, praticar um crime. Pelo contrário, quando o órgão decisor conclua que a aplicação do regulamento inválido o faria incorrer em responsabilidade criminal deverá rejeitá-lo. Trata-se de uma solução com respaldo constitucional: se, directamente, o n.º 3 do artigo 271.º da Constituição apenas se reporta à cessação do dever de obediência sempre que o incumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime²⁶⁴ (assumindo-se como norma de protecção do subalterno perante actuações do superior hierárquico), dele emerge um princípio mais geral, segundo o qual cessa a observância de qualquer actuação administrativa quando tal acarrete a responsabilidade criminal do titular do órgão, funcionário, agente ou

²⁶² Cf. OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 408 e s., aludindo, no quadro da desaplicação administrativa de leis inconstitucionais, à existência de uma «não-lei» (*Nicht-Gesetz*). V. também PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 396, enfatizando, porém, as dificuldades de recorte da noção de evidência para este efeito.

²⁶³ Enquanto “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”; aliás, os bens jurídicos com dignidade penal (bens jurídico-penais) constituem “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implícitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica” (Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 114 e 120, respectivamente).

²⁶⁴ Sobre este preceito, cf. as considerações que teceremos *infra*, 2.2.3..

trabalhador²⁶⁵. A excepcionalidade desta situação conduz a que, ao contrário do que ocorre, em geral, com o factor da natureza do vício, a criminalidade da conduta decorrente da decisão do caso concreto pela mediação do regulamento inválido obrigue, independentemente de qualquer ponderação, à recusa de aplicação²⁶⁶.

A consideração da materialidade e da evidência do vício não pode isolar-se da respectiva gravidade, medida pela consequência jurídica, que, por sua vez, se interliga também com o parâmetro de vinculação vulnerado pelo regulamento. A defesa de uma solução matizada em função da consequência jurídica associada ao vício de que padece o regulamento surge já em Afonso Queiró²⁶⁷. Estabelecendo uma dicotomia entre actos normativos juridicamente inexistentes (por incumprimento de requisitos essenciais, de competência, forma ou conteúdo) e actos normativos que enfermem de vícios conducentes à nulidade ou anulação (quando infrinjam normas ou princípios cuja violação apenas ponha em causa a legalidade), o Autor entende que, relativamente aos primeiros (mas já não quanto aos segundos), “não há que prosseguir com as operações de aplicação da norma respectiva ao caso concreto”, porquanto a norma não possui qualquer grau de força jurídica, nem se colocando o problema de saber se contempla o caso concreto e se se lhe aplica. Atente-se, v. g., nos vícios que resultam de um atentado à Constituição, em especial naqueles que, embora revestindo natureza formal (ainda que evidente), geram a inexistência do regulamento – eis o caso paradigmático da falta de promulgação e de referenda dos decretos regulamentares. Além disso, e efectuando uma ligação com as soluções encontradas a propósito das invalidades do regulamento (cf., *supra*, Parte III,

²⁶⁵ V. também PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 397.

No âmbito da questão paralela da desaplicação de leis inconstitucionais, a doutrina tem admitido pacificamente tal possibilidade: cf., v. g., Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 384, anotação III ao artigo 18.º, e Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 444; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 361 e ss..

²⁶⁶ Estas considerações não excluem que existam outros vícios materiais, cuja relevância aponte mais enfaticamente (embora não desta forma absoluta e exclusiva) no sentido da recusa de aplicação. Uma maior abertura justifica-se, por exemplo, nos casos em que a invalidade que afecta o regulamento implicar uma intromissão nos fins prosseguidos por outra pessoa colectiva pública. Pense-se, v. g., na hipótese de os regulamentos autárquicos invadirem as atribuições estaduais, dispondo sobre matéria com projecção ao nível do interesse nacional – neste último caso, e caso o Governador decida um caso concreto, afastando a aplicação desses regulamentos, em rigor, não está em causa o exercício do poder tutelar (o que, a verificar-se, remeteria o problema para a questão dos requisitos subjectivos), mas a defesa do interesse geral, e, por conseguinte, a defesa do exercício de uma competência própria, que se vê avassalada pelas entidades autárquicas. Sublinhando também a diferença entre o poder de tutela administrativa do Governo e a competência própria, quando estão em causa matérias atinentes aos interesses nacionais, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., pp. 808, 836 e s.. Trata-se, pois, de uma hipótese paralela à da incompetência absoluta, enquanto vício do acto administrativo, gerador da respectiva nulidade, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA.

²⁶⁷ Afonso QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pp. 511 e s..

3.4.3.), já equilibradas em função de padrões de gravidade, dever-se-á admitir mais facilmente a recusa de aplicação de regulamentos feridos de nulidade, negando-se, em regra, a desaplicação de regulamentos afectados por uma invalidez atípica fora dos casos enunciados.

A intimação da consequência jurídica do vício enquanto factor de ponderação para aferir da admissibilidade do exercício da competência de recusa representa o corolário das considerações tecidas a propósito da disciplina jurídica da invalidez. Já anteriormente concluímos (cf., *supra*, Parte III, 3.4., *maxime*, 3.4.3.) que o recorte dos regimes positivados da invalidez do regulamento permite uma diferenciação dos respectivos traços característicos – um dos quais consiste precisamente na admissibilidade da recusa de aplicação. Em suma, e para além dos casos de inexistência, quando as normas regulamentares padeçam de nulidade (e, em especial, quando esta anda associada à inconstitucionalidade), a opção deve pender para a admissibilidade de desaplicação; já perante invalidez atípicas (em princípio, menos graves) se impõe maior rigor, excluindo-se, em princípio, que o decisor se afaste, no caso concreto, da norma regulamentar.

2.1.5. Urgência e estado de necessidade

A íntima relação aqui postulada entre urgência e estado de necessidade não ignora que as sociedades actuais se configuram como *sociedades apressadas*, onde as actuações prioritárias se assumem como normais²⁶⁸; todavia, a convocação, neste contexto, da urgência e do estado de necessidade tem por referência o surgimento de circunstâncias especiais que se não compadecem com a adopção das medidas seguidas numa conjuntura de normalidade, ou, se quisermos, com aquelas que se encontram previstas no «Direito da Normalidade», por contraposição ao «Direito de Excepção»²⁶⁹. Importa, pois, neste

²⁶⁸ Sobre este fenómeno, v., entre nós, Isabel Celeste FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 121 e s., 125 e s.. Chamando, todavia, a atenção para o perigo de instituições de carácter excepcional, como a urgência, se converterem em figuras normais (não só em virtude do «abuso de poder administrativo» para mobilizar instituições que ampliam excepcionalmente os poderes da Administração e que implicam, por vezes, a diminuição das garantias normais dos cidadãos, como também para obviar ao cumprimento de procedimentos morosos e inadequados à realidade administrativa), cf. CLAVERO ARÉVALO, «Ensayo de una Teoría de la Urgencia en el Derecho Administrativo», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 10, ano IV, Janeiro/Abril 1953, pp. 26 e ss..

²⁶⁹ Cf. as considerações tecidas por Carlos Abreu AMORIM, *Estado de Necessidade e Urgência em Direito Administrativo*, polic., Coimbra, 2000, pp. 37 e ss., 43. Idêntica contraposição encontramos no direito francês, a propósito da *théorie des circonstances exceptionnelles*, a qual permite, no dizer de GAUDEMET (*Droit...*, cit., p. 113) a substituição de uma «legalidade normal» por uma “legalidade alargada, menos exigente, uma legalidade de circunstâncias excepcionais”. À substituição de um «direito normal» por um «direito excepcional» (em virtude da insuficiência do primeiro, em razão do tempo, para a satisfação dos fins

momento, averiguar em que medida eventuais situações excepcionais contendem com a actuação dos órgãos administrativos face a um caso concreto enquadrável no âmbito de uma norma regulamentar inválida.

Não se confundindo os institutos em causa, poder-se-á afirmar que ambos se encontram associados à emergência de uma situação susceptível de importar um perigo para o interesse público: por um lado, se a urgência postula a existência de um perigo iminente, o estado de necessidade reporta-se a um perigo grave e excepcional, em regra (mas não necessariamente) urgente, para interesses de grande relevo²⁷⁰, dando corpo aos adágios segundo os quais *necessitas non habet legem e quod non est licitum in lege necessitas facit licitum*; por outro lado, a urgência administrativa relaciona-se com as situações em que o legislador (ou o próprio regulamento) habilita(m) a Administração a agir, sem observância de determinadas normas de competência, forma ou procedimento, destrinçando-se do estado de necessidade que, por definição, se reporta à ocorrência de acontecimentos anormais e, enquanto tais, não previstos pela lei ou pelo regulamento²⁷¹; finalmente, a diferenciação entre urgência e estado de necessidade não impede a existência de uma zona de intersecção, em que, perante a mesma ocorrência, coincidem os

administrativos legalmente previstos) refere-se, a este propósito, CLAVERO ARÉVALO, «Ensayo...», cit., pp. 26 e 30 e ss., respectivamente. Cf. também, *infra*, em nota.

²⁷⁰ Cf. Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 159, que seguimos de perto na concretização dos conceitos; distinguindo urgência e estado de necessidade, v. também Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, ano 59.º, Abril 1999, p. 455; Carlos Abreu AMORIM, *Estado...*, cit., pp. 65, 67 e ss. (embora concebendo a urgência como uma categoria do estado de necessidade). Em consonância com o que sucede, v. g., no direito francês, que desrinça entre a «teoria das circunstâncias excepcionais» (*théorie des circonstances exceptionnelles*, segundo a qual as decisões administrativas que, em situações de normalidade, padeceriam de ilegalidade, podem ser consideradas lícitas em circunstâncias excepcionais, se necessárias para assegurar a ordem pública e o funcionamento dos serviços públicos) e a excepção de urgência – v. CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, cit., pp. 1086 e ss., 1089 e s., respectivamente; LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, cit., pp. 650 e ss.; GAUDEMET, *Droit...*, cit., pp. 111 e ss., 345 e s. (comparando com o *état d'urgence*). Também em Espanha há lugar para a autonomização da categoria da urgência, enquanto pano de fundo para várias instituições – cf. CLAVERO ARÉVALO, «Ensayo...», cit., *passim*, esp.^{te} pp. 30 e ss..

Exigindo a urgência como pressuposto do estado de necessidade (embora sem prejuízo da autonomização da figura da *urgência administrativa*), cf. Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., pp. 482 e ss.; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 338; Paulo OTERO, *Direito...*, cit., p. 378, e *O Poder...*, vol. II, cit., pp. 393 e 394, n. 45; Carla Amado GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do Seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 191.

Estabelecendo como que uma graduação entre as situações de estado de necessidade e urgência (as primeiras, caracterizadas por uma gravidade superior às segundas), cf. Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 148 e s.; seguindo a mesma perspectiva, cf. Isabel Celeste FONSECA, *Processo...*, cit., pp. 132 e s. (v. também n. 251).

²⁷¹ M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 96, comentário XIV ao artigo 3.º.

pressupostos de ambos (o que poderemos designar como situações de «urgente necessidade»²⁷²), a postular uma articulação entre os respectivos regimes jurídicos.

Urge, pois, indagar soluções autónomas para cada um dos institutos.

Quanto à urgência, o estreito relacionamento entre esta e a fundamentação das dispensas administrativas poderia induzir a percepção de que a primeira, enquanto admite a preterição de normas regulamentares, apenas releva nas hipóteses em que se encontre expressamente prevista; numa palavra, o contributo proporcionado pela urgência para o problema do afastamento das normas constantes dos regulamentos circunscrever-se-ia aos casos de dispensa. Sem prejuízo dos momentos de aproximação entre esta figura e a recusa de aplicação com fundamento em invalidez (cf. *supra* Parte II, 2.2.2.2.), entendemos que a urgência possui ainda um outro alcance, como critério a ponderar no quadro do problema em análise.

A ocorrência de uma situação que careça de uma decisão célere, por o órgão decisor se deparar com um perigo iminente para os interesses públicos em presença, deve eximi-lo da apreciação da validade das normas regulamentares aplicandas, com todas as consequências daí decorrentes, em especial, a possibilidade de desaplicação. Sem olvidarmos que as situações urgentes assumem um peso e uma graduação variáveis (dificultando a construção de uma teoria geral)²⁷³ e que a verificação em concreto dos respectivos pressupostos releva, em grande medida, da discricionariedade da Administração²⁷⁴, compreende-se, pois, que a urgência funcione também como um argumento contrário à recusa de aplicação: o imperativo da celeridade, aliado amiúde à inquietação e à conseqüente falta de serenidade²⁷⁵, na adopção das medidas em causa (celeridade essa legalmente reconhecida e justificadora, na perspectiva do próprio legislador, da adopção de um *ius singulare*) impede um sério e ponderado juízo sobre a validade das normas regulamentares²⁷⁶, imprescindível ao reconhecimento da possibilidade

²⁷² Utilizando esta expressão, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 226.

²⁷³ Assim, Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 148.

²⁷⁴ Neste sentido, cf. Carla Amado GOMES, *Contributo...*, cit., p. 183, defendendo que o estabelecimento dos pressupostos do conceito de urgência integram a margem de livre apreciação administrativa, numa operação de qualificação jurídica (essencialmente balizada pelo princípio da proporcionalidade), susceptível de revisão judicial.

²⁷⁵ Isabel Celeste FONSECA, *Processo...*, cit., p. 125.

²⁷⁶ Formulando um raciocínio similar, Vieira de ANDRADE (*O Dever...*, cit., pp. 149 e s.) concebe a urgência como um limite à obrigatoriedade de fundamentação dos actos administrativos, porquanto, em tais hipóteses, “a satisfação do interesse público exige medidas imediatas, incompatíveis com a investigação dos factos e as ponderações cuidadas que a fundamentação pressupõe, designadamente quando se enfrenta um perigo grave e iminente”.

de recusa de aplicação, que, em virtude da força jurídica vinculativa do regulamento, reveste carácter excepcional. Ainda quando não estejam em causa situações urgentíssimas (*i.e.*, em que a urgência surge com uma graduação máxima), nas hipóteses (menos graves) em que a imperiosidade da realização do interesse público demanda soluções prioritárias²⁷⁷, torna-se inviável que o órgão administrativo se encontre vinculado a apreciar a validade das normas regulamentares – para, com esse fundamento, as afastar da decisão do caso concreto –, sendo certo que o legislador já previu soluções especiais (que envolvem a eliminação de trâmites formais e procedimentais), destinadas a “poupar tempo” à Administração.

As diferenças dogmáticas e práticas que intercedem entre a urgência e o estado de necessidade justificam uma análise autónoma da solução a seguir quando os pressupostos deste último se verificam. Em termos gerais, encontramos uma alusão ao estado de necessidade administrativo no n.º 2 do artigo 3.º do CPA, que estabelece a convalidação dos actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das normas estabelecidas no Código, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo e garantida que fique a indemnização dos lesados. Já escalpelizado pela doutrina²⁷⁸, o sentido do preceito em causa consiste em permitir a legalização de actos (jurídicos e materiais) violadores de princípios e regras contemplados no próprio CPA²⁷⁹.

²⁷⁷ Usamos aqui a categorização seguida por Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 148 e s., embora não exactamente com o mesmo sentido.

²⁷⁸ V. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 92 e ss., comentários IX e ss. ao artigo 3.º; Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., pp. 481 e ss.; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 337 e s.; Sérvulo CORREIA, «Revisitando o Estado de Necessidade», in: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 719 e ss.. Trata-se de uma disposição moldada a partir da lição de Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., pp. 1305 e ss.. Também Rogério SOARES (*Direito...*, cit., pp. 26 e ss.) se referia já à existência de circunstâncias excepcionais que justificavam a preterição de regras de Direito Administrativo, com o objectivo de prosseguir tarefas essenciais e de natureza inadiável, quando abordava o problema da assunção de facto de funções públicas por particulares («funcionário de facto»).

Muito próximos destes andam os pressupostos da *théorie des circonstances exceptionnelles* recortada pelo direito francês, a qual, justificando a ofensa a normas de procedimento, forma, competência e fundo, envolve a tripla possibilidade de a Administração se substituir, em certos termos, ao legislador (*v. g.*, suspensão da aplicação de leis), de as autoridades administrativas atentarem contra as liberdades em condições, de outra forma, ilegais, e de os administrados se substituírem à Administração («funcionário de facto»). Cf., sobre esta matéria, as referências bibliográficas, *supra*, em nota.

²⁷⁹ Embora concordemos com Paulo OTERO (*Direito...*, cit., p. 378), quando sugere que nem todas as regras do procedimento podem ser preteridas, estabelecendo uma hierarquização das regras do CPA em função de um critério erigido a partir do n.º 5 do artigo 2.º do Código, e defendendo a inderrogabilidade das disposições que consagram “princípios gerais da actividade administrativa” e que concretizam preceitos constitucionais, sem prejuízo das excepções expressamente contempladas pelo legislador (adoptando uma posição não inteiramente coincidente, *v.* Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 999 e s.). Configurando já o estado de necessidade como uma excepção à procedimentalização da actividade administrativa, cf. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 53 (cf. ainda p. 104). Por maioria de razão, e

Todavia, por constituir o afloramento de um princípio geral de direito e possuir uma projecção mais ampla²⁸⁰, deste preceito decorre, num cenário de colisão de valores e interesses públicos²⁸¹, a possibilidade de convalidação²⁸² de actuações administrativas

com as repercussões que já consideraremos (cf. *infra*, em texto), também poderemos afirmar que, para além da hierarquização entre normas procedimentais, outros princípios e normas jurídicos existem que não podem ser preteridos, mesmo perante a invocação do estado de necessidade (Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., p. 483, chegam a aludir, neste domínio, à inconstitucionalidade de uma norma que viesse considerar juridicamente justificadas medidas que não cumprissem os limites éticos impostos pela ideia de Direito, abrindo uma clara ruptura do Estado de direito).

²⁸⁰ Atente-se, aliás, que a figura do estado de necessidade tem repercussões ao nível dos vários ramos jurídico-dogmáticos, assumindo uma natureza transversal. Do confronto entre as várias normas respeitantes ao instituto emerge a existência de um substrato comum, que erige a figura como modo de legalização de actuações que, praticadas sob outro circunstancialismo, seriam inválidas, em cenários de perigo iminente e/ou actual para interesses superiores aos sacrificados, perigo esse não imputável ao autor da lesão [é também por este motivo (exclusão da ilicitude de uma conduta que, em circunstancialismo normal, seria ilícita) que Paulo OTERO («Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 974) compreende o estado de necessidade no “exercício regular de uma permissão conferida pela ordem jurídica”, como causa de exclusão da ilicitude da responsabilidade por facto *ilícito*]. A proximidade entre os *estados de necessidade* não pode, contudo, eclipsar as diferenças que intercedem entre o regime do estado de necessidade próprio do direito público (estado de necessidade ou excepção constitucional e estado de necessidade administrativo, onde a figura se destina a garantir a ordem jurídico-constitucional ou a ordem administrativa) e o regime do estado de necessidade do direito civil ou do direito penal (especialmente dirigido à justificação – *lato sensu* – de um comportamento individual do sujeito) – cf. Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., p. 467.

Assim, decorre do artigo 339.º do Código Civil uma cláusula de exclusão da ilicitude, quando dispõe que “é lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro” (n.º 1), acrescentando ainda que “o autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade” (n.º 2). Sobre este preceito, cf., por todos, Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código...*, cit., p. 303, e Vaz SERRA, «Causas Justificativas do Facto Danoso», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959, pp. 13 e ss.. Diferente desta hipótese (e, por conseguinte, mais distante do sentido avançado do estado de necessidade administrativo) é a do estado de necessidade como vício da vontade negocial, que se pode subsumir no artigo 282.º do Código Civil – sobre esta matéria, cf. Mota PINTO, *Teoria...*, cit., pp. 534 e ss..

Também o artigo 34.º do Código Penal prevê, sob a epígrafe “direito de necessidade”, que não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, desde que não tenha sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo (salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro), haja sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado e seja razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado. Sobre o direito de necessidade como causa de justificação (e o seu confronto com o estado de necessidade desculpante do artigo 35.º do Código Penal que, enquanto tal, não afasta a ilicitude da conduta), cf., por todos, Figueiredo DIAS, *Direito...*, cit., pp. 441 e ss., sobre o estado de necessidade justificante, e pp. 611 e ss., sobre o estado de necessidade desculpante. Para um confronto entre o artigo 339.º do Código Civil e o artigo 34.º do Código Penal, v. Teresa Quintela de BRITO, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, Lex, Lisboa, 1994, pp. 73 e ss..

²⁸¹ Marcello CAETANO (*Manual...*, vol. II, cit., p. 1305) caracterizava precisamente o problema jurídico do estado de necessidade como um problema de colisão de interesses. Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA («O Estado...», cit., p. 486) chamam a atenção para o facto de os valores e os interesses em conflito serem imperiosos e, como tal, constitucionalmente protegidos, porquanto apenas estes, na factualidade concreta, se poderão mostrar superiores ao interesse que o princípio da legalidade visa tutelar.

(actuações materiais ou actos jurídicos, incluindo, no quadro destes últimos, também a emissão de regulamentos administrativos)²⁸³ vulneradoras de normas e princípios jurídicos (essencialmente, relativos à forma ou procedimento, mas não exclusivamente, podendo referir-se ao conteúdo das actuações em causa), desde que as referidas violações se tenham verificado por causa da situação fundamentadora do estado de necessidade e se dirijam, de alguma forma, ao restabelecimento da *normalidade administrativa*, posta em causa por um perigo agudo, iminente e actual²⁸⁴ não imputável ao agente²⁸⁵. Nesta medida, constituem pressupostos do estado de necessidade assim configurado a ocorrência actual (princípio da actualidade) de factos anormais e graves (princípio da excepcionalidade ou da anormalidade), não imputáveis à Administração (princípio da proibição do *venire contra factum proprium*), geradores de um perigo iminente e real (princípio da realidade) para um interesse público essencial, e relativamente aos quais se torna impossível fazer face com os meios normais da legalidade, justificando *apenas* as medidas adequadas, necessárias e proporcionais (em termos temporais e espaciais, mas também no plano substantivo) a tais circunstâncias excepcionais (princípio da proporcionalidade), e desde que fique salvaguardada a indemnização dos danos causados pelas mesmas aos particulares

²⁸² Admitindo já que a causa de exclusão da ilicitude constante do n.º 2 do artigo 3.º do CPA tenha um alcance mais amplo, v. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 93, comentário X ao artigo 3.º; Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., p. 481; Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 53; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 420.

²⁸³ O ordenamento jurídico contém previsões especiais relativas a determinadas actuações administrativas. Assim acontece, v. g., com a expropriação urgentíssima contemplada no artigo 16.º do Código das Expropriações (“quando a necessidade de expropriação decorra de calamidade pública ou de exigências de segurança interna ou de defesa nacional, o Estado ou as autoridades públicas por este designadas ou legalmente competentes podem tomar posse administrativa imediata dos bens destinados a prover à necessidade que determina a intervenção, sem qualquer formalidade prévia, seguindo-se, sem mais diligências, o estabelecido no presente Código sobre fixação de indemnização em processo litigioso”). Cf. F. Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 402 e ss., associando precisamente a expropriação urgentíssima ao estado de necessidade (distinguindo-se da expropriação urgente, prevista no artigo 15.º do Código das Expropriações – cf. *Op. cit.*, pp. 393 e ss.).

Quanto aos actos materiais, atente-se também na disposição especial constante do n.º 1 do artigo 151.º do CPA, da qual resulta que, em estado de necessidade, se legitima a actuação dos órgãos administrativos que pratiquem operações materiais (limitadoras de direitos ou interesses legalmente protegidos) sem a precedência do respectivo acto administrativo (encontrando-se a acção administrativa limitada pelos princípios que regem a coacção directa). Assim, Rui MACHETE, «Privilégio de execução prévia», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, s. n., Lisboa, 1994, p. 464, e «A Execução do Acto Administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 85.

²⁸⁴ Caracterizando nestes termos o perigo subjacente ao estado de necessidade administrativa, cf. Gomes CANOTILHO, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, polic., Coimbra, 1970-1971, p. 311.

²⁸⁵ Associando este pressuposto ao princípio da boa fé, cf. Sérvulo CORREIA, «Revisitando...», cit., p. 737.

(princípio da indemnizabilidade)²⁸⁶. A fixação legal de pressupostos e condições de emergência do estado de necessidade indica nitidamente que não estamos aqui no âmbito de uma zona fora do princípio da juridicidade, mas, pelo contrário, que a Administração se encontra subordinada ao direito e ao posterior controlo judicial.

Transpondo para o problema em análise, urge sublinhar que, ao invés dos argumentos até agora analisados, a invocação do estado de necessidade no quadro da resolução administrativa de casos concretos pela mediação de regulamentos actua em duas vertentes complementares. Por um lado, e verificado o condicionalismo pressuposto pela figura, a eventual preterição pelos órgãos administrativos dos regulamentos aplicáveis não gera a ilegalidade da actuação praticada, ainda quando tais regulamentos não padeçam de qualquer invalidade. É, aliás, como vimos, esta a consequência jurídica naturalmente associada ao estado de necessidade, que, mercê do perigo excepcional criado para interesses superiores, permite o surgimento de um «direito-sombra» ou de uma «legalidade alternativa», legitimando actuações contrárias às normas pré-disponibilizadas no sistema jurídico²⁸⁷ e evidenciando a «justiça da preterição das normas em geral aplicáveis»²⁸⁸.

²⁸⁶ A parte final do n.º 2 do artigo 3.º remete o direito a ser indemnizado para os “termos gerais da responsabilidade da Administração”. À luz da legislação anterior, esta hipótese encontrava-se expressamente contemplada no n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, de acordo com o qual “quando o Estado ou as demais pessoas colectivas públicas tenham, em estado de necessidade e por motivo imperioso de interesse público, de sacrificar especialmente, no todo ou em parte, coisa ou direito de terceiro, deverão indemnizá-lo” (v., sobre este preceito, Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., pp. 460 e ss., 484). V. também Gomes CANOTILHO, *O Problema...*, cit., pp. 307 e ss., pondo a tónica na definição cuidada dos pressupostos do estado de necessidade administrativa e na rigorosa determinação da respectiva verificação, pois que a sua inobservância permite transitar da responsabilidade por actos lícitos para a responsabilidade por actos ilícitos.

Do novo RRCEE está ausente uma disposição com teor similar. Todavia, considerando, como Marcello CAETANO (*Manual...*, vol. II, cit., p. 1308), que o principal problema do estado de necessidade reside em determinar se são indemnizáveis os danos causados pelas actuações administrativas praticadas com esse fundamento – constituindo este o segundo traço da «teoria do estado de necessidade administrativa», na perspectiva daquele Professor –, não poderão os lesados ficar sem direito a indemnização. Admitindo a ressarcibilidade dos sacrifícios impostos aos cidadãos, dentro da legalidade de excepção (embora reportando-se ao problema num cenário de estado de sítio ou estado de emergência), cf. Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, cit., vol. II, pp. 1249 e ss..

Apesar da ausência de referência literal ao estado de necessidade, devem os danos emergentes das actuações administrativas praticadas naquele circunstancialismo ser indemnizados à luz do artigo 16.º do RRCEE («indemnização pelo sacrifício»), preceito que exige o carácter anormal e especial dos danos sofridos. Associando esta disposição à indemnização dos danos em estado de necessidade, cf., numa perspectiva crítica, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Responsabilidade...*, cit., p. 42; v. também Carlos CADILHA, *Regime...*, cit., pp. 300 e s., anotações 1 e 2 ao artigo 16.º; Sérvulo CORREIA, «Revisitando...», cit., p. 726.

²⁸⁷ Estamos a louvar-nos em Paulo OTERO, *Lições...*, vol. I, tomo 2.º, cit., pp. 347 e ss., quando admite a existência de um «direito alternativo», um «direito oculto» ou um «direito situado na “outra” dimensão», sempre que se deparem circunstâncias extraordinárias, as quais, em virtude da “necessidade ou [da] urgência da salvaguarda de interesses proeminentes (...), justificam a substituição das normas que em circunstâncias normais seriam aplicáveis, fazendo surgir um Direito que até então vivia na «sombra» daquele,

Nesta óptica, a invocação do estado de necessidade constitui um argumento favorável à não aplicação de regulamentos (ainda que não se encontrem feridos de invalidez) perante circunstâncias extraordinárias, desde que tal se revele adequado, necessário e proporcional para restabelecer a normalidade – em total consonância com a ideia, acabada de sublinhar, de que o estado de necessidade constitui um mecanismo de resposta à excepcionalidade da situação concreta e à situação de perigo para interesses públicos prevaletentes daí emergente, opondo-se, por isso, à normalidade dos factos que justificariam ou a resolução do caso pela mediação do regulamento, ou a respectiva alteração²⁸⁹.

Por outro lado, e perante a ocorrência de uma situação susceptível de se reconduzir ao estado de necessidade, não se revelará exigível ao órgão administrativo um juízo sobre a validade das normas (desde logo, regulamentares) aplicáveis ao caso, nos mesmos termos em que tal se torna possível afirmar em *tempos de normalidade*²⁹⁰. Consequentemente, a afirmar-se a existência de um dever de recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas a cargo do decisor, tal não poderá ocorrer nas situações em que se encontram verificados os pressupostos do estado de necessidade; com efeito, afigura-se razoável que, perante circunstâncias extraordinárias de perigo para interesses públicos superiores, o órgão siga o critério normativo que, revelando uma maior proximidade com a situação, se encontra previamente disponibilizado pelo sistema jurídico e que permite salvar aqueles interesses²⁹¹. Daqui resulta, pois, que, nos casos de estado de necessidade, nem sequer se

legitimando ou justificando comportamentos que normalmente se teriam como contrários ao direito” (*Op. cit.*, p. 347). Cf. também Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., p. 393, e, sobretudo, *Legalidade...*, cit., pp. 235 e ss., 996 e ss., onde o Autor alude à «dimensionalidade oculta do sistema», corporizada numa «legalidade excepcional ou alternativa», não deixando de acrescentar que a cláusula do estado de necessidade constante do n.º 2 do artigo 3.º do CPA constitui uma «válvula de segurança» do sistema, que abre a porta à incorporação do «direito alternativo» na legalidade jurídico-positiva. Referindo-se já a uma «legalidade excepcional» (e não a uma excepção ao princípio da legalidade), v. A. Gonçalves PEREIRA, *Erro...*, cit., p. 75, seguido por Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 283 e 768 (em sede de formulação de conclusões) e «Revisitando...», cit., p. 723.

²⁸⁸ Sérvulo CORREIA, «Revisitando...», cit., p. 731.

²⁸⁹ Cf. Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., p. 455, que apontam para a necessidade de analisar em termos paralelos os factos geradores de uma situação de estado de necessidade e aqueles que justificam a alteração de uma norma em vigor, numa oposição entre excepcionalidade/normalidade.

²⁹⁰ Contrapondo já, a propósito da figura do «funcionário de facto», os tempos de normalidade às circunstâncias excepcionais do estado de necessidade, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 452.

²⁹¹ Repare-se que, embora, neste último cenário, o argumento proveniente da teoria do estado de necessidade aponte no mesmo sentido do que é fornecido pela urgência, a fundamentação não reveste contornos coincidentes (a reforçar a autonomia dogmática – com repercussões práticas – entre ambos): o não reconhecimento da recusa de aplicação nos casos de urgência decorre de se exigir aos órgãos administrativos a adopção de medidas imediatas, que se não compadece com a demora e ponderação demandadas pela realização de um juízo sobre a validade das normas jurídicas aplicandas; diversamente, nos casos de estado de necessidade, a aplicação das normas regulamentares em causa (embora inválidas) resulta do facto de

torna necessária a recusa de aplicação do regulamento inválido (e a conseqüente adopção da solução conforme ao ordenamento jurídico) para salvar a legalidade das actuações administrativas praticadas em conformidade com o mesmo, *maxime* quando a iminência do perigo para a tutela dos interesses públicos apenas se revelar evitável pela prática da actuação compatível com o regulamento inválido, numa lógica – cara à teoria do estado de necessidade – de que (pelo menos tendencialmente) os fins (a salvaguarda do interesse público prevalecente) justificam os meios (adopção de medidas ilegais) ou, se preferirmos, os fins justificam os meios que se revelarem necessários à sua realização²⁹². Está, por isso, em causa, uma espécie de «*juridicização dos factos*», suportada, em primeira linha, pelos fins alcançados pela actuação administrativa²⁹³.

Em face desta conclusão, poder-se-á afirmar que, em estado de necessidade, o órgão administrativo encontra-se para além do dilema de mobilizar ou rejeitar uma norma regulamentar com fundamento na sua invalidade: quando perigam interesses públicos relevantes, o que importa é adoptar as medidas necessárias para os salvaguardar, independentemente de as mesmas se revelarem (ou não) compatíveis com um regulamento inválido, porquanto a respectiva legalidade se encontrará salvaguardada, desde que tais medidas se assumam como adequadas, necessárias e proporcionais ao cumprimento daquele desiderato. Nesta ordem de ideias, o estado de necessidade desempenha uma posição de neutralidade, no horizonte do problema da recusa de aplicação de regulamentos inválidos.

As observações precedentes não prescindem de três precisões complementares.

Primo, a ambivalência das soluções consentidas pela invocação do estado de necessidade decorre da respectiva configuração jurídica. Como sublinhava já Marcello Caetano²⁹⁴, a especificidade do estado de necessidade face a institutos próximos (como a força maior) resulta do facto de aquele pressupor uma liberdade de resolução do órgão,

constituir esta a medida adequada e necessária para a salvaguarda dos interesses públicos superiores que se encontram em perigo.

²⁹² Trata-se de uma paráfrase a NIZARD (*Les Circonstances Exceptionnelles dans la Jurisprudence Administrative*, Paris, 1962, p. 277, *apud* Carla Amado GOMES, *Contributo...*, cit., p. 192), para quem “o fim não justifica todos os meios, mas tão somente aqueles que se revelarem necessários à sua realização”.

²⁹³ Maria da Glória GARCIA, «As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões sobre o Lugar do Direito no Estado», in: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Studia Iuridica 60, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 351.

²⁹⁴ Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1306.

que, além de lhe cometer um poder discricionário de avaliação dos respectivos pressupostos²⁹⁵, lhe permite, não só avaliar qual o interesse público prevalecente, como ainda escolher a medida adequada e necessária para o salvaguardar – medida essa que, dependendo do circunstancialismo da situação em causa, se pode reconduzir, tal-qualmente assinalámos, à resolução do caso concreto pela mediação de um regulamento inválido ou à recusa de aplicação de normas regulamentares.

Secundo, impõe-se sublinhar que, como também sugerimos, atentados existem ao ordenamento jurídico, cuja legalidade nem a invocação do estado de necessidade poderá salvar: pense-se, v. g., nas hipóteses em que o órgão administrativo afastou normas regulamentares que constituem decorrências de princípios jurídico-constitucionais ou aplicou normas vulneradoras do princípio da justiça. Com efeito, apesar de o ordenamento “legalizar” as actuações administrativas praticadas com ofensa de normas jurídicas (afigurando-se, nessa acepção, como uma excepção ao princípio da legalidade administrativa²⁹⁶), não permite que as mesmas se encontrem totalmente desvinculadas do direito (que, como tal, ainda se encontram submetidas ao princípio da juridicidade)²⁹⁷, assumindo-se o estado de necessidade como um «*contra-princípio*»²⁹⁸, que, sem perder a sua natureza *jurídica*, permite o afastamento, *in casu*, de outros princípios jurídicos materiais. Para além desta limitação negativa, é ainda a perspectiva de subordinação da actuação administrativa ao direito que, por último, fundamenta positivamente a sujeição das actuações praticadas em estado de necessidade aos princípios jurídicos já enunciados

²⁹⁵ Cf. também Carlos Abreu AMORIM, *Estado...*, cit., p. 45, aludindo a uma “relatividade reflexa no conteúdo essencial da necessidade”.

²⁹⁶ Expressamente, Freitas do AMARAL, «Legalidade...», cit., pp. 85 e s., e *Curso...*, vol. II, cit., pp. 52 e s.; Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., p. 480.

²⁹⁷ Neste sentido, Freitas do AMARAL/Maria da Glória GARCIA, «O Estado...», cit., p. 462, sublinhando, a propósito da indemnizabilidade dos danos emergentes dos actos praticados em estado de necessidade, que, quando actua sob este circunstancialismo, a Administração fica sujeita à obediência do Direito ou à ideia de Direito que emana do ordenamento jurídico no seu todo.

Parece ser esta também a ideia subjacente às observações críticas de M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS (*Direito...*, tomo I, cit., pp. 175 e s.), quando afirmam que, ao contrário da concepção tradicional que concebia o estado de necessidade como uma excepção ao princípio da legalidade, aquele instituto deve ser tratado nos quadros de uma «legalidade excepcional», ou à posição de Carla Amado GOMES (*Contributo...*, cit., p. 188), segundo a qual estamos diante de «zonas especiais» de legalidade, onde, em homenagem a certos valores e realidades, há uma «derrogação provisória do Direito estrito». Particularmente expressiva, a este propósito, se nos afigura a visão de Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 989), quando defende que, nas hipóteses que pressupõem a adopção de soluções que, em circunstâncias normais, padeceriam de invalidez, aquelas só na sua aparência imediata se poderão apelidar de *contra legem*, já que, tendo em conta a unidade do sistema jurídico (que contempla tal possibilidade, perante a ocorrência de circunstâncias excepcionais), estamos diante de actuações sempre enquadradas no contexto do ordenamento jurídico vigente.

²⁹⁸ Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 43. Concebendo o estado de necessidade como princípio de Direito Administrativo, cf. Sérvulo CORREIA, «Revisitando...», cit., pp. 723 e ss..

(com especial destaque para o princípio da proporcionalidade), viabilizando o respectivo controlo judicial. Aliás, para a conclusão da vinculação administrativa, neste contexto, ao princípio da juridicidade concorre a ideia segundo a qual a preterição das normas jurídicas fundada no estado de necessidade se destina ainda a tutelar um interesse público (legalmente configurado como) prevalecente face aos demais, o que permite conectar a subversão da ordem jurídica causada pelo estado de necessidade com a obtenção de um *resultado* que também não seria, em circunstâncias normais, antijurídico²⁹⁹, numa clara articulação entre o princípio da juridicidade e o princípio da prossecução do interesse público³⁰⁰.

Tertio, as conclusões retiradas em sede de estado de necessidade administrativa podem transpor-se, por maioria de razão, para o estado de excepção ou estado de necessidade constitucional³⁰¹, *i. e.*, para os casos em que houve declaração de estado de sítio ou estado de emergência, nos termos do artigo 19.º da Constituição e da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (Regime do estado de sítio e do estado de emergência)³⁰². Efectivamente, a excepcionalidade constitucional tem subjacentes situações de grave crise, em cenários de conflito armado (agressão efectiva ou iminente do território nacional por forças estrangeiras), de calamidade pública ou, em geral, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática (cf. artigo 19.º, n.º 2, da CRP, e 1.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86)³⁰³. Sem pretendermos efectuar, neste momento, uma teorização do estado de excepção constitucional, facilmente se perceberá que a especificidade e, sobretudo, a gravidade das circunstâncias que fundamentam a declaração de estado de sítio e de estado

²⁹⁹ Exactamente nestes termos, Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 149.

³⁰⁰ Cf. Carla Amado GOMES, *Contributo...*, cit., p. 192.

³⁰¹ Bacelar GOUVEIA (*O Estado...*, vol. II, cit., pp. 946 e s.) entende que a declaração do estado de excepção constitucional importa a verificação do estado de necessidade administrativo, sem prejuízo da aplicabilidade deste último instituto a outras situações.

³⁰² Sobre o estado de necessidade constitucional, *v.*, por exemplo, Blanco de MORAIS, *O Estado de Excepção*, Cognition, Lisboa, 1984, *passim*; Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, cit., *passim*, e *Manual...*, vol. II, cit., pp. 1143 e ss.; Jorge MIRANDA, «Estado de Sítio e Estado de Emergência», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, s. n., Lisboa, 1991, pp. 257 e ss., e *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 386 e ss. (relativamente à suspensão de direitos); Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1083 e ss.; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 992 e ss.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., pp. 399 e ss., anotações ao artigo 19.º; Jorge MIRANDA, «Artigo 19.º», cit., pp. 407 e ss.; Fernando SUORDEM, «Os Estados de Excepção Constitucional – Problemática e Regime Jurídico», in: *Scientia Iuridica*, n.ºs 256-258, vol. XLIV, Julho/Dezembro 1995, pp. 245 e ss.; Alexandre CAPUCHA, «Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração no Ordenamento Jurídico Português e o Estado de Necessidade: Poderes e Limites de Actuação da Administração», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, n.º 2, 2001, pp. 1339 e ss..

³⁰³ Relativamente à diferenciação entre estado de sítio e estado de emergência, cf., por todos, Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, vol. I, cit., pp. 681 e ss..

de emergência (e cujas ameaças para a existência do Estado e a organização e segurança da comunidade não logram ser eliminadas pelos meios normais previstos na Constituição, apenas adequados às situações de «normalidade constitucional»³⁰⁴) justificam, também no domínio em que nos movemos, a adopção de soluções diversas (*rectius*, contrárias) das (às) seguidas em situações de normalidade (e que, nessa altura, padeceriam de invalidez³⁰⁵), permitindo, também aqui, a criação de uma «legalidade alternativa»³⁰⁶. Nesta medida, o n.º 8 do artigo 19.º confere a quaisquer autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional, consentindo que, quando imprescindível para esse efeito, os órgãos administrativos³⁰⁷ apliquem regulamentos ilegais ou recusem a aplicação de normas regulamentares, ainda que tal implique uma actuação contrária aos direitos fundamentais³⁰⁸. Claro está que, também neste contexto, a actuação administrativa se encontra sempre limitada pelo direito: assim, e para além do *minimum* que constitui o respeito pelos direitos, liberdades e garantias mencionados no n.º 6 (direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei penal, o direito e defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e

³⁰⁴ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 399, anotação II ao artigo 19.º. Com esta observação não pretendemos negar que o estado de necessidade constitucional, justamente porque releva directamente da Constituição, se destina a salvaguardar esta última, não se afigurando legítima a distinção entre “Constituição para o estado de normalidade” e “Constituição para os estados de necessidade ou de excepção” – Maria da Glória GARCIA, «Constituição *Ex Machina*», in: *Direito e Justiça*, tomo I, vol. XIII, 1999, pp. 192 e ss..

³⁰⁵ A semelhança do que vimos suceder quanto ao estado de necessidade administrativo, o estado de excepção constitucional funciona também como causa de exclusão da ilicitude (constitucional) das medidas excepcionais (adequadas, necessárias e proporcionais) adoptadas pelas autoridades públicas para repor a normalidade constitucional. Cf., v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1086.

³⁰⁶ Adoptando também, para este efeito, a terminologia cunhada por Paulo Otero, cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., p. 388, n. 3.

³⁰⁷ Entendendo que as autoridades administrativas, agora dotadas de «poder administrativo extraordinário» são aquelas a quem se dirige precipuamente o n.º 8 do artigo 19.º, aspecto que sedimenta a conclusão segundo a qual “o estado de excepção em Portugal se assume como essencialmente administrativo”, cf. Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, vol. II, cit., pp. 941 e s.; como também enfatiza o Autor, as autoridades administrativas funcionam neste cenário como “o braço prático dos poderes constitucionais decisores do estado de excepção – os órgãos de soberania democraticamente eleitos” (*Op. cit.*, vol. II, p. 949), encontrando-se atribuída ao Governo a direcção da execução (administrativa) do estado de excepção (*Op. cit.*, vol. II, pp. 1136 e ss.).

³⁰⁸ Repare-se, porém, que, como sublinha Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., p. 317, n. 7), da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência não decorre uma verdadeira «suspensão» geral dos direitos fundamentais (ao contrário do que poderia parecer da epígrafe do artigo 19.º da Constituição), ficando aqueles apenas «enfraquecidos» perante as autoridades administrativas (v. g., militares) que podem adoptar medidas *concretas* que os comprimam ou restrinjam, na medida do necessário e em termos proporcionais. Cf., porém, Bacelar GOUVEIA, *O Estado...*, vol. II, pp. 836 e s..

de religião)³⁰⁹, a acção dos órgãos administrativos encontra-se igualmente vinculada não apenas ao conteúdo da declaração de estado de sítio e de estado de emergência³¹⁰, mas também aos princípios normativos.

2.1.6. Proposta de solução: proporcionalidade e concordância prática

A consideração dos vários princípios e critérios de ponderação permitiu constatar a diversidade de sentidos para que apontam, bem como a impossibilidade de, *em abstracto*, se fazer prevalecer um deles, em termos de negar ou admitir, *em qualquer hipótese*, a recusa de aplicação de normas regulamentares pelos órgãos administrativos, sobretudo quando se tem em atenção a força ambivalente de alguns deles. Como se antevê, a solução

³⁰⁹ Expressamente neste sentido, Jorge MIRANDA/Jorge Pereira da SILVA («Artigo 18.º», cit., p. 329, anotação XV) advogam que os órgãos e agentes administrativos não podem aplicar normas que infrinjam os direitos previstos no n.º 6 do artigo 19.º. Sobre a questão de saber se existem outros direitos, para além dos expressamente mencionados neste preceito, que não podem ser afectados pela declaração de estado de sítio ou de emergência, cf. Alexandre CAPUCHA, «Da Responsabilidade...», cit., pp. 1381 e s..

³¹⁰ Pode questionar-se se o mesmo regime será de manter se, verificando-se as circunstâncias pressupostas para a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, não foi possível emitir a declaração formal. O problema do reconhecimento de um «estado de excepção constitucional informal» já se encontra equacionado por Paulo OTERO (*Lições...*, vol. I, tomo 2.º, cit., pp. 370 e ss., e *Legalidade...*, cit., pp. 994 e ss.), que responde afirmativamente a tal possibilidade, defendendo que, verificando-se, em concreto, uma situação enquadrável nas hipóteses fundamentadoras da declaração de estado de sítio e estado de emergência e manifestando-se uma impossibilidade de obtenção da mesma declaração (em virtude, *v. g.*, da ocupação do território por forças estrangeiras com captura do Presidente da República), as autoridades administrativas poderão comportar-se como se esta última existisse.

Diversamente, Jorge MIRANDA (*Manual...*, tomo IV, cit., p. 394) entende que o regime da suspensão dos direitos carece, por razões de segurança e certeza jurídica, de declaração na forma constitucionalmente prevista, não bastando a simples ocorrência dos factos. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 405, anotação XIII ao artigo 19.º) advogam que a declaração de estado de sítio e de estado de emergência configura uma obrigação constitucional (cuja ausência determina o surgimento de uma omissão inconstitucional), quando se torne imprescindível para assegurar o funcionamento das instituições constitucionais.

Sem prejuízo de reconhecermos a relevância da ameaça a ordem constitucional incarnada na verificação factual do circunstancialismo pressuposto da declaração de estado de sítio e de estado de emergência, a verdade é que a gravidade das consequências associadas ao regime jurídico dos estados de excepção constitucional (*maxime*, a suspensão do exercício de direitos fundamentais) exige a ponderação e a segurança asseguradas por uma declaração presidencial (num regime claramente diverso do presente noutros sistemas jurídicos – cf., *v. g.*, a propósito do direito norte-americano, Freitas do AMARAL, «Reflexão sobre Alguns Aspectos Jurídicos do 11 de Setembro e suas Sequelas», in: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 775, observando que os ataques de 11 de Setembro como que colocaram – automática e implicitamente – os Estados Unidos em estado de sítio, legitimando a adopção de medidas pelo executivo, sem base legal ou contra normas escritas de direito interno). Tal não significa, porém, que as autoridades administrativas se encontrem impedidas da adopção das medidas necessárias para restabelecer a ordem constitucional (desde logo, ao abrigo do instituto do estado de necessidade), mas apenas que lhes está vedado o recurso a actuações mais extremas que impliquem a suspensão de direitos fundamentais. Assim, e quanto aos subsídios a retirar para o problema da recusa de aplicação de regulamentos, entendemos que, em geral, a declaração de estado de sítio e de estado de emergência não constitui pressuposto imprescindível para a possibilidade de as autoridades administrativas deixarem de aplicar normas regulamentares ou aplicarem-nas, apesar da respectiva invalidez, desde que tal não implique, na prática, uma autêntica suspensão do exercício de direitos fundamentais.

a dar ao problema implica um juízo de ponderação a efectuar pelo decisor, face ao concreto caso decidendo que se lhe depara, na procura da harmonização possível entre os diversos valores potencialmente conflitantes. Daí que já Ossenbühl³¹¹ chamasse a atenção para o facto de, por si só, qualquer argumento retirado da primazia normativa de determinadas normas sobre outras não conduz a qualquer solução definitiva, nem permite uma resposta à questão da recusa de aplicação. Ou, numa perspectiva mais ampla, e se quisermos dizê-lo com Fernando José Bronze³¹², “nenhum valor se pode sustentar em termos *ab-solutos*, atenta, precisamente, a sua radicação na prática: no horizonte de uma *praxis* histórico-concretamente singular, *cada* exigência de sentido que nela se afirma é sempre constituída pela dialéctica que a enreda com as *demais*”.

Não se estranhará, por isso, a necessidade de convocação, neste horizonte, dos dois princípios que se prestam à ponderação de valores jurídicos: o princípio da proporcionalidade e o princípio da concordância prática.

As únicas hipóteses – as que escapam à necessidade de ponderação entre os critérios a efectuar nos termos dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática – prendem-se, como vimos, quer com as normas violadoras do princípio da justiça, quer com as situações de urgência e de estado de necessidade. De qualquer modo, a excepcionalidade que pauta estas duas situações opera de forma diferente e fundamenta-se em razões diversas. Nos casos de urgência e necessidade, o órgão decisor encontra-se eximido da aferição da validade do regulamento, não se lhe exigindo, por consequência, um juízo sobre a eventual recusa de aplicação: se a necessidade de adoptar uma decisão urgente não se compadece com a demora emergente da reflexão sobre a validade, o estado de necessidade dita que o órgão pratique o acto que constitua a melhor resposta à excepcionalidade da situação, independentemente de averiguar se corresponde à aplicação do regulamento ou se este último padece de alguma causa de invalidez. Diversamente, quando em jogo está o princípio da justiça, o órgão decisor já aferiu da validade da norma regulamentar, havendo concluído que a mesma ofendia aquele princípio; alcançada esta conclusão, não se impõe a ponderação de outros critérios, exigindo-se, sem mais, uma recusa de aplicação da norma regulamentar em causa, em virtude da essencialidade que as

³¹¹ OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften...*, cit., p. 298, debruçando-se sobre o problema da rejeição de leis inconstitucionais pela Administração.

³¹² Fernando José BRONZE, *Lições...*, cit., p. 549.

exigências axiológicas pressupostas pelo princípio da justiça revestem para um sistema que se pretende *de direito*.

Nos demais casos, e como principiámos por enfatizar, eis-nos, pois, diante de terreno fértil para a actuação dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, os quais, em razão da flexibilidade e ductilidade que pressupõem e da harmonização entre valores e interesses contrapostos que propiciam³¹³, se revelam especialmente aptos para responder às exigências de ponderação resultantes da confluência entre os vários factores analisados nos pontos precedentes. A compreensão do funcionamento daqueles princípios surge facilitada quando polarizamos o equilíbrio a atingir nos valores da *juridicidade da concreta actuação administrativa* e da *igualdade, segurança jurídica, boa fé e protecção da confiança*, ou, se preferirmos, entre as dimensões materiais e as dimensões formais do princípio da juridicidade; trata-se de uma bifurcação tendencial (como vimos, a igualdade, segurança jurídica, a protecção da confiança e da boa fé, enquanto princípios de direito, encontram-se ínsitas no princípio da juridicidade), composta por valores que, no caso concreto, podem assumir intensidades variáveis (pense-se, *v. g.*, nas hipóteses em que a salvaguarda da juridicidade da concreta actuação administrativa está associada à garantia de direitos, liberdades e garantias).

Atente-se, porém, que a actuação dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática assume uma feição coordenada, a pressupor que os mesmos funcionem e se compreendam numa relação de cúmplice complementaridade: o princípio da proporcionalidade determina o *an* ou o *quando* do exercício da competência de recusa de aplicação, ficando para o princípio da concordância prática a definição do *quomodo* desse exercício e dos respectivos efeitos. Se o princípio da proporcionalidade nos dá o resultado (a recusa de aplicação), não nos fornece exactamente a medida desse resultado, para cuja determinação nos socorremos do princípio da concordância prática. Em qualquer das hipóteses – reforçamos –, os juízos de ponderação (com sentido e propósito diversos) subjacentes a estes princípios não podem constituir objecto de formulação em abstracto, pelo que as propostas a seguir apresentadas não dispensam uma consideração das particulares circunstâncias do caso concreto³¹⁴.

³¹³ Cf., a propósito do princípio da proporcionalidade, SANDULLI, *La Proporzionalità dell’Azione Amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998, p. 362.

³¹⁴ Acentuando, a propósito da tarefa de concordância prática, que a mesma se não pode furtar a uma ponderação concreta dos bens em conflito, sob pena de se volver numa abstracta comparação de bens, cf. Gomes CANOTILHO, *Constituição...*, cit., p. 200.

I. Sem prejuízo da ancoragem directa na ideia de Estado de direito (e, como tal, da sua concepção como princípio geral de limitação do poder público³¹⁵), a vinculação administrativa ao princípio da proporcionalidade *lato sensu* (*Verhältnismäßigkeit*)³¹⁶ está contemplada no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição (e, relativamente às medidas de polícia, no n.º 2 do artigo 272.º), encontrando-se (parcialmente) recuperada, no n.º 2 do artigo 5.º do CPA, a propósito das decisões da Administração que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. Considerando a amplitude do âmbito deste princípio no quadro da função administrativa (a qual ultrapassa, em muito, a concretização contida no CPA e permite a introdução de considerações de justiça material no seio da actividade administrativa³¹⁷), não se estranhará a relevância que aquele assume também no nosso horizonte problemático. A relação meio/fim pressuposta pelo funcionamento do princípio da proporcionalidade reconduz-se à relação entre a recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez e a salvaguarda da juridicidade da acção administrativa concreta. A partir deste princípio, e no que tange à determinação das hipóteses de admissibilidade da recusa de aplicação, pode

³¹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 200/2001, de 9 de Maio, in: *Diário da República*, II Série, n.º 147, 27.06.2001, p. 10615.

³¹⁶ Também designado quer (atentos os respectivos funcionamento e teleologia) como «teste fim-meio» (*Zweck-Mittel-Prüfung*; assim, v. g., W. SCHMIDT, *Staats- und Verwaltungsrecht*, cit., pp. 16 e ss.; cf., porém, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, pp. 43 e ss.), quer como princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*): a extensão do princípio a todas as áreas da acção administrativa e a conotação negativa que a referência à «proibição do excesso» encerra levaram-nos a optar pela designação «princípio da proporcionalidade». Recorde-se que a tradição aponta para a operatividade do princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso no âmbito do controlo judicial sobre as medidas (coactivas, em regra) do executivo, com impacto nos direitos fundamentais dos cidadãos (daí a referência constante do n.º 2 do artigo 18.º). A par da ideia de proibição do excesso surge ainda uma outra, relacionada com a proibição por defeito ou por insuficiência de protecção (*Untermaßverbot*), que actua quando as medidas adoptadas se revelam insuficientes para garantir a tutela dos direitos fundamentais. Sobre a relação entre *Übermaß-* e *Untermaßverbot*, cf., v. g., PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., pp. 1623.

Sobre o princípio da proporcionalidade, cf., entre nós, v. g., Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 266 e ss. (268); Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 75 e ss. (a propósito do *bilan coûts-avantages*, cunhado pela jurisprudência do *Conseil d'Etat*, no âmbito do controlo da discricionariedade administrativa); F. ALVES CORREIA, *O Plano...*, cit., pp. 441 e ss.; Jorge Reis NOVAIS, *As Restrições...*, cit., pp. 731 e s., e *Os Princípios...*, cit., pp. 161 e ss. (preferindo a expressão «princípio da proibição do excesso»); Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., pp. 184 e ss. (considerando também mais correcta a designação «princípio da proibição do excesso», e com a especificidade de incluir o princípio no âmbito da segurança, enquanto elemento material do Estado de direito); Bacelar GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, cit., pp. 839 e ss.; David DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., pp. 319 e ss.; Vitalino CANAS, «Proporcionalidade (Princípio da)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, s. n., Lisboa, 1994, pp. 591 e ss.; M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 103 e ss., comentários V e ss. ao artigo 5.º; Dulce LOPES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário: Uma Perspectiva de Controlo*, polic., Coimbra, 2003, pp. 8 e ss..

³¹⁷ Assim, SANDULLI, *La Proporzionalità...*, cit., p. 407.

construir-se uma «norma de proporcionalidade»³¹⁸, em termos de apenas admitir o exercício daquela competência quando a mesma se revele *adequada, necessária e proporcional/equilibrada* para a obtenção da referida finalidade (cuja bondade nos escusamos de apreciar³¹⁹). Analisemos, detidamente, cada uma destas dimensões, perspectivando o sentido e o impacto das respectivas exigências no nosso problema, sem, todavia, olvidarmos que o *iter* progressivo propiciado por cada um destes testes assume um indelével pendor jurídico-dogmático e que a respectiva realização, pela dinâmica que reveste, se pode revelar, em certos casos, praticamente incindível³²⁰.

O teste da adequação, postulando um juízo *ex ante* de prognose causal³²¹, exige que a recusa de aplicação se revele um mecanismo idóneo para a garantia da juridicidade da actuação concreta dos órgãos administrativos, demandando que entre meio e fim interceda uma relação de congruência. Se não suscita grandes dúvidas a mais-valia que a recusa de aplicação consubstancia para o alcance daquele desiderato, a verdade é que a mesma só se revela como tal nos casos em que, na perspectiva do órgão decisor, a norma aplicanda padeça indubitavelmente de invalidez: só então a adopção da medida serve para realizar os objectivos pela mesma pressupostos³²²; ou, concretizando, apenas na hipótese de invalidez, a rejeição da norma no caso concreto impedirá o aprofundamento da lesão na ordem jurídica que a emissão de um regulamento inválido já produziu. Com efeito, somente nestes casos – mas nunca perante normas válidas –, a recusa de aplicação

³¹⁸ Sobre o conceito de «norma de proporcionalidade», cf. David DUARTE, *A Norma...*, cit., pp. 631 e ss..

³¹⁹ Esta ressalva decorre do facto de a realização do «teste fim-meio» postular, como questão prévia, uma discussão sobre a bondade ou a legitimidade dos objectivos a atingir com o meio (cf., v. g., W. SCHMIDT, *Staats- und Verwaltungsrecht*, cit., p. 17; Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 167 e s.; diversamente, no direito britânico, a legitimidade do fim constitui um pressuposto do funcionamento do princípio da proporcionalidade e, como tal, algo que lhe é exterior – cf. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 627); a circunstância de a juridicidade da actuação administrativa constituir uma decorrência do próprio princípio do Estado de direito e de o princípio da legalidade da Administração consubstanciar um princípio transpositivo permite-nos dar por verificado este pressuposto, sem necessidade de quaisquer desenvolvimentos. Podemos, inclusivamente, observar que a finalidade última a atingir com a recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento em invalidez – a juridicidade da acção administrativa – constitui um objectivo constitucionalmente pré-fixado.

³²⁰ Vitalino CANAS («Proporcionalidade...», cit., p. 629) alude, a este propósito, à solidariedade interna dos vários elementos do princípio da proporcionalidade. Por seu lado, e reflectindo sob outro ângulo, SANDULLI (*La Proporzionalità...*, cit., p. 366) repudia o carácter estático e rígido dos vários elementos do princípio da proporcionalidade (v. também *Op. cit.*, pp. 386 e s.). Cf. também Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 176 e 185, referindo-se à necessidade de uma aplicação combinada e integrada da comparação/ponderação de alternativas (e, por conseguinte, dos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito) na maioria dos *casos difíceis*.

³²¹ HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, cit., p. 51.

³²² Cf. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, cit., pp. 52 e s. V. também Vitalino CANAS, «Proporcionalidade...», cit., p. 622.

contribui para a garantia da juridicidade da acção administrativa concreta, em consonância com a ideia de que tal competência não constitui (nem poderia constituir) um fim em si mesma, mas representa um meio funcionalizado para assegurar aquele valor.

Assim sendo, e desde logo, deverá entender-se que não passam o teste da idoneidade ou adequação os casos em que a invalidez do regulamento se afigura duvidosa. Tal significa, desde logo, que se consente a recusa de aplicação tão-só quando não é possível, da perspectiva do decisor, salvar a coerência normativa da norma regulamentar: uma das premissas do problema reconduz-se precisamente a que, no exercício da sua tarefa interpretativa, deve o órgão decisor privilegiar os sentidos da norma que mantenham a coerência entre esta e os respectivos parâmetros de vinculação, reservando-se a cominação de uma invalidez para os casos em que exista uma autêntica contradição entre aquela e estes (cf., *supra*, 1.4.). Por outro lado, deverá o decisor socorrer-se dos expedientes que entenda como necessários e possíveis (sob o ponto de vista procedimental ou dos recursos) para lhe permitirem um grau de convicção forte sobre a invalidez das normas. Pense-se, v. g., na hipótese de, em caso de dúvida, o prazo procedimental ainda consentir que a Administração solicite a terceiros reflexões mais aturadas sobre o problema em causa.

Na ausência de um grau de convicção argumentativamente fundado (e não subjectivamente aleatório) sobre a invalidez do regulamento administrativo, a recusa de aplicação afigurar-se-ia sempre como um meio inadequado (não apenas indiferente, mas, por vezes, até contrário) à manutenção da juridicidade administrativa, em virtude da maior probabilidade de erro na aferição da invalidez do regulamento. A excepcionalidade da recusa de aplicação surge aqui aliada quer à invalidez como solução reservada para os casos em que a norma manifesta um confronto aberto com os respectivos parâmetros de vinculação, quer ao facto de, por princípio, a decisão sobre a invalidez de um regulamento (e a sua desaplicação no caso concreto) caber aos tribunais, e não à Administração. Se o órgão decisor não estiver certo do juízo sobre a invalidez (v. g., por não se tratar de um vício evidente ou por existirem divergências, designadamente jurisprudenciais, sobre a invalidez do regulamento), deverá solucionar o caso pela mediação do regulamento.

Um outro vector de análise do princípio da adequação diz respeito aos casos em que o vício que afecta o regulamento não determinar necessariamente a invalidez substancial do acto administrativo que o aplicar – o que impede o pressuposto aprofundamento da

invalidez. Constataremos mais adiante (cf., *infra*, 4.2., I) que nem sempre o acto de aplicação de um regulamento inválido se apresenta necessariamente viciado – tal apenas sucederá se estiverem reunidas duas condições: (1) o regulamento constitui o fundamento e a *ratio essendi* da existência, do sentido ou do conteúdo do respectivo acto de aplicação; (2) a existência, o sentido e o conteúdo do acto revelam-se contrários aos parâmetros a que este se encontrava vinculado – o que acontecerá (paradigmática, mas não exclusivamente) quando o regulamento se encontrar vulnerado apenas por invalidez formais.

A referência à vertente da necessidade (ou indispensabilidade³²³) permite acentuar que a recusa de aplicação constitui um instrumento de *ultima ratio*, consequência directa da força jurídica (auto)vinculativa do regulamento: está agora em causa o controlo do uso «quantitativo»³²⁴ do poder administrativo (*in casu*, de desaplicação de normas regulamentares inválidas). O princípio da necessidade impõe que o órgão aprecie se a recusa de aplicação constitui a medida menos onerosa (ou agressiva) para a salvaguarda da juridicidade da actuação administrativa concreta, tendo em conta os efeitos (negativos) que a mesma pode importar, nomeadamente sobre os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da protecção da confiança e da boa fé, e respectivas repercussões na esfera jurídica dos cidadãos. Tal significa que o decisor é agora confrontado com um juízo de comparação, impondo-se-lhe que aprecie se não existirão alternativas à recusa de aplicação da norma regulamentar, que se revelem igualmente aptas à satisfação da juridicidade administrativa: se o juízo de adequação assumia um pendor bilateral (confrontando directamente a recusa de aplicação com o fim da juridicidade da acção administrativa), o teste da necessidade reveste uma feição plurilateral (cotejando, a par da recusa de aplicação, outros meios igualmente aptos para a satisfação daquela finalidade, num autêntico confronto de várias relações meio-fim e meio-meio).

Em especial, trata-se de verificar se, atendendo às circunstâncias do caso concreto, se revela uma alternativa viável a *suspensão do procedimento* (e o conseqüente adiamento da prática do acto), com o objectivo de desencadear a respectiva declaração administrativa

³²³ Aludindo ao princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, cf. Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 171 e ss.. V. também PHILIPPE, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Françaises*, Economica, Paris, 1990, p. 188.

³²⁴ Utilizando este conceito, a propósito do controlo jurisdicional de medidas administrativas (na sua relação com os sacrifícios impostos aos interesses privados), efectuado pela *Supreme Court* norte-americana, no caso *State Farm* («Motor Vehicle Manufacturers Association of United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.», de 1983), cf. SANDULLI, *La Proporzionalità...*, cit., p. 288, n. 1; v. também, no âmbito do teste da proporcionalidade, p. 371.

de ilegalidade (que pode ser ou não da competência do decisor), configurando, desta forma, uma questão prejudicial. Efectivamente, quer a recusa de aplicação da norma regulamentar, quer a suspensão do procedimento destinada a promover a declaração administrativa de ilegalidade da mesma terão de constituir, *in concreto*, meios aptos a salvaguardar a juridicidade da concreta actuação administrativa³²⁵. Todavia, constituindo a suspensão uma medida menos intrusiva deverá a mesma ser a escolhida, quando as circunstâncias do caso assim o permitirem³²⁶. Esta alternativa procura, pois, alcançar uma sintonia entre a tutela da legalidade administrativa (que viabiliza um controlo administrativo da norma) e a segurança jurídica (que permite, em simultâneo, uma análise reflectida da validade da norma, bem como, quando se conclua pela respectiva invalidez, a erradicação da mesma do ordenamento jurídico), sem descuidar os interesses públicos em presença e os direitos dos cidadãos.

Poder-se-á aqui mobilizar, como arrimo, o regime constante do artigo 31.º do CPA, embora com algumas adaptações: por um lado, importa interpretar de forma ampla a noção de questão prejudicial, compreendendo no conceito também aquelas questões que, embora da competência do decisor, são objecto de procedimento próprio ou específico (ficando aqui incluídas as hipóteses em que existe uma coincidência entre a competência para a declaração de ilegalidade e a competência decisória); por outro lado, o juízo sobre a existência (ou não) de graves prejuízos decorrentes da não resolução imediata do assunto, ressalvados pela parte final do n.º 1, vai implicar, nos termos apontados, uma atenção aos interesses públicos e aos direitos dos particulares em jogo³²⁷; finalmente, e caso o órgão conclua pela impossibilidade de suspender o procedimento, a consequência não consiste no conhecimento da questão prejudicial (no sentido da abertura da possibilidade para o

³²⁵ Tal significa que a suspensão do procedimento haverá igualmente de se submeter ao teste da adequação e, só depois de se concluir pela observância do princípio da idoneidade, poderá ser confrontada com a recusa de aplicação. Trata-se de uma consideração não despicienda, visto que o caso concreto pode não se compadecer com uma suspensão do procedimento: pense-se, v. g., na hipótese em que a norma padece de invalidez por ofender direitos, liberdades e garantias; não se pode excluir que o exercício, em tempo útil, dos direitos afectados se revele incompatível com uma suspensão do procedimento que, nessa situação, não se revelará um meio apto a promover o princípio da juridicidade da acção administrativa, antes obstaculizando a respectiva satisfação *in concreto*, embora realize as exigências da segurança jurídica.

³²⁶ Para a compreensão do raciocínio típico do princípio da necessidade, cf. a plasticamente interessante explanação de ALEXY, *A Theory...*, cit., p. 68, que se refere a este teste como propiciando uma optimização entre princípios, à luz do que se revele empiricamente (ou factualmente) possível (por contraposição ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, destinado a optimizar princípios, à luz do que se revele juridicamente possível) – cf. *Op. cit.*, p. 401.

³²⁷ Daí que, como assevera Vitalino CANAS («Proporcionalidade...», cit., p. 626), o surgimento do juízo de ponderação de interesses não se revela exclusivo do teste da proporcionalidade em sentido estrito, podendo irromper também nesta fase,

decisor declarar a ilegalidade do regulamento), mas na recusa de aplicação da norma inválida.

O juízo da proporcionalidade em sentido estrito constitui o momento azado para a ponderação custos-benefícios (a *Abwägung* do direito alemão³²⁸, o *bilan coût-avantages* decantado pela jurisprudência francesa³²⁹ ou a *cost-benefit analysis* pressuposta pela jurisprudência norte-americana³³⁰) e aponta no sentido do equilíbrio, da racionalidade³³¹ e da razoabilidade³³² (*reasonableness*, *ragionevolezza*, *Zumutbarkeit*) da medida proposta, atentas as consequências que produz. A circunstância de nos encontrarmos no seio de um juízo jurídico permite compreender que a ponderação levada a cabo nestes termos assume uma natureza axiológico-normativa e não economicista, pelo que o teste da proporcionalidade em sentido estrito se destina a avaliar o uso «qualitativo» do poder administrativo³³³. Por conseguinte, a recusa de aplicação há-de consistir numa medida que (equitativamente) equilibre, no caso concreto, juridicidade material e juridicidade formal, e que, enquanto resultado de uma acção administrativa, se deve assumir como razoável, sob o ângulo dos efeitos que acarreta para a dinâmica (para o «balanceamento qualitativo») dos vários valores em presença³³⁴, tendo em conta o grau de satisfação da juridicidade da

³²⁸ Cf., v. g., HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, cit., pp. 77 e ss., 83 e ss. (cotejando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da ponderação de bens ou interesses), 101 e ss..

³²⁹ Sobre a *théorie du bilan*, cf., v. g., CHAPUS, *Droit...*, cit., pp. 1074 e s.; PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., pp. 179 e ss.. Recorde-se que a primeira formulação desta doutrina – que surge como um «controlo da ausência de desproporção» – remonta ao *Arrêt* do *Conseil d'Etat* «Ville Nouvelle Est», de 28.05.1971 (in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1971, pp. 420 e s.), onde, a propósito de um empreendimento urbanístico cuja realização pressupunha a expropriação e a demolição de cerca de uma centena de casas de habitação, o Tribunal declarou que “uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública senão quando os atentados à propriedade privada, o custo financeiro e, eventualmente, os inconvenientes de ordem social que ela comporta não sejam excessivos relativamente ao interesse que apresenta” (cf. p. 421; em consonância com as conclusões do *Commissaire du Gouvernement* Guy Braibant, que defendeu que a utilidade pública deverá ser apreciada tendo em conta o resultado – positivo ou negativo – do balanço das vantagens e inconvenientes da operação). V. também LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 657 e ss..

³³⁰ Cf., v. g., SCHWARTZ/CORRADA, *Administrative Law*, cit., pp. 263 e ss..

³³¹ Sem prejuízo das diferenças que intercedem entre racionalidade e proporcionalidade (*i.e.*, entre um meio escolhido em função de critérios objectivos, não arbitrários, e um meio proporcional), como já acentua Dulce LOPES, *O Princípio...*, cit., pp. 14 e ss..

³³² Associando já proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade, cf. PITSCHAS, «Maßstäbe...», cit., p. 1623. Para um outro sentido do princípio da razoabilidade, como dimensão autónoma do princípio da proibição do excesso, v. Jorge Reis NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., pp. 187 e ss..

³³³ É esta vertente qualitativa que supomos levar alguma doutrina a associar o princípio da proporcionalidade à promoção da «boa administração» – cf. PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., pp. 412 e s..

³³⁴ Trata-se, pois, de um apelo à ideia de *ragionevolezza*, tal-qualmente a mesma surge elaborada pela doutrina italiana dos anos 80 do século XX e pela jurisprudência administrativa, onde o conceito de razoabilidade aparece associado ao próprio sentido do exercício da função administrativa – cf. SANDULLI, *La Proporzionalità...*, cit., pp. 305 e s., 314 e s.. Tal não importa, porém, o acolhimento das várias capilarizações da doutrina da *ragionevolezza*, na medida em que as mesmas reconduzam o controlo

actuação administrativa e a intensidade da interferência ou da afectação da segurança jurídica³³⁵. Tal implica, no contexto em que nos movemos, que os benefícios que a recusa de aplicação importa para a juridicidade da actuação administrativa não se revelem inferiores aos sacrifícios que a mesma impõe aos princípios igualdade, da segurança jurídica, da protecção da confiança e da boa fé.

Neste momento, exige-se que o órgão efectue dois tipos de ponderações complementares: por um lado, urge sopesar as vantagens e os inconvenientes que resultam, no caso concreto, da aplicação ou da recusa de aplicação do regulamento, da perspectiva dos valores em confronto³³⁶; por outro lado, importa ajuizar comparativamente os prejuízos emergentes de uma recusa de aplicação ilegal e aqueles que adviriam de uma aplicação ilegal (por erro quanto à avaliação da validade do regulamento)³³⁷. A primeira ponderação parte do pressuposto de que o regulamento padece de invalidez (*rectius*, parte do pressuposto de que o juízo de invalidez efectuado pelo órgão é correcto), impondo-se ao decisor que avalie quais as vantagens e inconvenientes que a recusa de aplicação acarreta (quer para o destinatário, quer para os diversos interesses públicos e privados em presença), apontando no sentido da admissibilidade do exercício desta competência tão-só nas hipóteses em que aquelas superem estes (*i.e.*, em que os benefícios de uma actuação administrativa válida sejam superiores aos prejuízos que tal implica para a igualdade, a segurança jurídica, a protecção da confiança e a boa fé). Trata-se de um juízo de prognose de riscos, que só admite a recusa de aplicação quando houver uma indicação da

jurisdicional a uma operação de pura lógica (em articulação com o *iter* lógico subjacente ao juízo de razoabilidade), susceptíveis de desvalorizar a natureza axiológico-normativa que atribuímos ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Atente-se, porém, que o Autor distingue entre *proporzionalità* e *raggionevolezza*, v. também *Op. cit.*, pp. 315 e ss., esp.¹⁶ pp. 322 e s.; v. também pp. 359 e s.. Alertando também para a pluralidade de manifestações da *raggionevolezza* e da *proporzionalità*, cf. CIMMELARO, «Il Principio...», cit., p. 158. De qualquer modo, e como decorre do texto, também não pretendemos identificar proporcionalidade (*stricto sensu*) e razoabilidade, mas apenas acentuar o contributo que esta última presta para a realização do juízo de ponderação custos/benefícios exigido pela primeira.

³³⁵ Cf. ALEXY, *A Theory...*, cit., pp. 401 e ss. (sobre os três estádios que compõem a Lei do Balanceamento, à luz da qual o Autor perspectiva o princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

³³⁶ Eis-nos diante de uma posição próxima da defendida por Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., pp. 203 e s.), no que se refere à questão da desaplicação pelos órgãos administrativos de leis ofensivas de direitos, liberdades e garantias, colocando a tónica na ponderação dos valores em jogo – *in casu*, tutela dos direitos fundamentais e separação de poderes.

³³⁷ Trata-se de um juízo equivalente ao defendido por A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., pp. 375 e s.), a propósito do problema da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração. Ao contrário do que advoga este Autor, julgamos que esta posição não se revela incompatível com a (simultânea) ponderação entre vantagens e prejuízos decorrentes da aplicação ou recusa de aplicação da norma regulamentar inválida, à luz dos princípios em causa, mas assume uma relação de complementariedade – aliás, os argumentos mobilizados pelo Autor apenas se compreendem (independentemente de concordarmos – ou não – com as respectivas conclusões) no contexto do problema que analisa (o da recusa de aplicação de leis), não se podendo transpor acriticamente para a solução da nossa questão.

superioridade dessa solução, *i.e.*, se, da perspectiva do decisor, as consequências negativas da recusa de aplicação de um regulamento inválido se revelarem inferiores às respectivas consequências positivas.

Já a segunda ponderação refere-se às situações patológicas (de aplicação ou recusa de aplicação ilegais de regulamentos) e apela à regra de acordo com a qual, em situações de incerteza, deve o decisor escolher a alternativa cuja *pior consequência* seja superior às *piores consequências* das restantes³³⁸: nestes termos, o reconhecimento da possibilidade de recusa de aplicação depende de os prejuízos resultantes de uma eventual recusa de aplicação ilegal serem inferiores aos que decorreriam da ilegítima mobilização do regulamento para a resolução do caso concreto, admitindo-se a recusa de aplicação quando se conclua que, se o órgão errar quanto à invalidade da norma, as desvantagens advenientes da recusa de aplicação (*in casu*, da recusa de aplicação de norma *válida*) são menores que as desvantagens emergentes da aplicação de uma norma *inválida*.

II. A convocação do princípio da concordância prática ou da harmonização costuma ocorrer ao nível da interpretação constitucional, possuindo um campo de eleição privilegiado no horizonte dos direitos fundamentais³³⁹, mobilizável para a resolução de conflitos entre dois valores jurídicos com idêntica dignidade constitucional³⁴⁰. Deste princípio decorre que, em caso de conflito ou colisão entre bens (ou princípios) jurídicos, não se deve optar por uma solução que envolva o sacrifício total de um deles, mas privilegiar aquela que permita a sobrevivência de ambos, ainda que sujeitos a limitações recíprocas. Dada esta configuração, dir-se-ia que a relevância deste cânone no âmbito em que nos movemos possui poucas virtualidades, uma vez que, a admitir-se a recusa de aplicação, se renunciaria já ao princípio da segurança jurídica, e que, rejeitando-se tal competência, se descarta (pelo menos, em parte) o princípio da subordinação administrativa ao direito – o que impediria uma conjugação das exigências de sentido pelos mesmos polarizadas. Trata-se, porém, de uma conclusão inexacta: não só o reconhecimento da

³³⁸ Sobre esta regra, cf., v. g., RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Editorial Presença, Lisboa, 1993, pp. 132 e ss., a propósito da «regra *maximin*» (no sentido de *maximum minimorum*), que determina “[a ordenação d]as alternativas em função das piores de entre as respectivas consequências possíveis: devemos adoptar a alternativa cuja pior consequência seja superior a cada uma das piores consequências das outras” (*Op. cit.*, p. 132).

³³⁹ Cf. HESSE, *Elementos...*, cit., pp. 66 e s.. Entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 1225; Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 303 e ss.; Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 115.

³⁴⁰ Cf. a Declaração de Voto do Conselheiro Cardoso da COSTA, ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 19 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., 1984, pp. 49 e s..

recusa de aplicação de normas regulamentares não implica uma imolação do princípio da segurança jurídica (pois que o respectivo regime jurídico se encontra rodeado de cautelas suficientes para prevenir tal resultado), como também a respectiva inadmissibilidade não determina uma total preterição do princípio da juridicidade (pelo menos, enquanto vincula os órgãos à observância do disposto nos regulamentos administrativos, que consubstanciam indubitavelmente normas jurídicas, às quais a actividade da Administração se encontra subordinada). Além disso, o funcionamento do princípio da concordância não exige uma realização óptima (em termos matemáticos) dos valores em confronto, mas, diversamente, a respectiva combinação ou harmonização normativa, impondo um balanceamento ou uma ponderação dos valores em jogo³⁴¹.

Embora surja associado a uma ponderação, o princípio da concordância prática não se confunde com o princípio da proporcionalidade: enquanto este se destina a auxiliar na decisão sobre a opção de uma determinada medida jurídica (sem perder de vista os bens ou valores por tal medida postos em causa) tendo em vista uma finalidade dada, o primeiro dirige-se a efectuar uma optimização dos bens e valores em confronto (com idêntica carga axiológica), de molde a preservar o máximo possível dos respectivos âmbitos de relevância³⁴². Daí que a concreta medida do exercício da competência de recusa de

³⁴¹ Assim, Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 304.

³⁴² A este propósito, HESSE (*Elementos...*, cit., p. 67), embora aluda à “proporcionalidade” inerente ao juízo de concordância prática, distingue entre a proporcionalidade que exprime uma relação de duas grandezas variáveis e aquela que identifica uma relação entre uma finalidade constante e um ou vários meios variáveis.

Entre nós, e advogando também uma distinção entre os princípios da proporcionalidade e da concordância prática, cf. Vitalino CANAS, «Proporcionalidade...», cit., pp. 607 e ss.; distanciamos-nos, contudo, deste Autor, quando entende que, ao contrário do princípio da concordância prática (que pressupõe a ponderação entre bens com o mesmo peso), o princípio da proporcionalidade parte de uma diferenciação entre valores, estando apenas em causa determinar se o respectivo sacrifício é compensado pela satisfação de outros bens ou valores – posição que impede a conciliação, no mesmo raciocínio, da proporcionalidade e da concordância prática (como, aliás, é reconhecido pelo próprio Autor, afirmando explicitamente que “o universo em que age o princípio da proporcionalidade é diferente do universo da concordância prática”). Tal qualmente decorre das considerações já tecidas, e contemplando a distinção sob a óptica do problema que temos em mãos, o que está em causa, no princípio da proporcionalidade, consiste não em determinar se o sacrifício da segurança jurídica é proporcional à obtenção da juridicidade da concreta acção administrativa, mas aquilatar em que medida a recusa de aplicação constitui um meio proporcional (*lato sensu*) para a satisfação daquela finalidade, sem perder de vista os demais bens e valores em confronto (em especial, a segurança jurídica). Nem tão pouco as ponderações inerentes ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito infirmam a perspectiva que adoptamos: nessa altura, não se estão a equilibrar valores em conflito (sacrificando-os), mas a apreciar as vantagens e os benefícios que a concreta medida lhes confere.

Já Vieira de ANDRADE (*Os Direitos...*, cit., p. 305) defende que o princípio da concordância prática se executa através de um critério de proporcionalidade (em consonância com um juízo de ponderação) na distribuição dos custos de conflito, exigindo-se que o sacrifício de um dos valores seja adequado e necessário à salvaguarda do outro e que a preferência concreta de um dos valores se faça de modo a comprimir o menos possível cada um deles, segundo o seu peso na situação. Acolhendo posição similar, cf. Dulce LOPES (*O Princípio...*, cit., pp. 31 e s.), embora sublinhando um esbatimento das diferenças entre o princípio da

aplicação implique uma apreciação da própria intensidade que os pólos da juridicidade da acção administrativa e da segurança jurídica revestem no caso, pressupondo uma consideração articulada e integral dos diversos critérios de ponderação que, *in concreto*, podem fazer balançar a extensão do poder de recusa de aplicação (*maxime*, dos respectivos efeitos).

A operatividade, neste domínio, do princípio da concordância prática reside, pois, em fornecer ao órgão decisor critérios que o orientem sobre o comportamento a adoptar quando conclua que a norma regulamentar mobilizada para solucionar o caso concreto se encontra ferida de invalidez. Só que não está agora em causa o *an* ou o *quando* do exercício da competência de recusa de aplicação, mas o contributo para a delineação do *quomodo* desse exercício, que não pode envolver o sacrifício total de qualquer dos valores em confronto. Daí que este princípio possua uma especial relação com o regime jurídico da recusa de aplicação.

Os desenvolvimentos ulteriores sobre a disciplina da recusa de aplicação permitem-nos, agora, considerações de índole remissiva. A primeira projecção – *formal* – do princípio da concordância prática consiste em rodear a desaplicação de normas regulamentares de um conjunto de exigências (formais e procedimentais), que minorem os impactos negativos que as mesmas produzem sobre a igualdade, a segurança jurídica, a protecção da confiança e a boa fé (cf., *infra*, 3.2., I); trata-se, pois, do âmbito mínimo do princípio da concordância prática no horizonte da recusa de aplicação com fundamento em invalidez³⁴³. Atente-se, porém, que esta dimensão não atinge o alcance *substantivo* ou

proporcionalidade e o princípio da concordância prática, quando se atende ao teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Na jurisprudência constitucional, tem-se verificado uma assimilação entre concordância prática e ponderação de bens – cf., v. g., associando claramente a concordância prática à proporcionalidade, na medida em que o sacrifício de um dos direitos ou valores em conflito deve ser proporcional, adequado e necessário à salvaguarda do outro, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 19 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., 1984, pp. 41 e s.; na linha deste último, v. também Acórdão n.º 85/85, de 29 de Maio, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, p. 225. Cf. ainda Acórdão n.º 288/98, de 17 de Abril, in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 91, 18.04.1998, pp. 1714-(20) e s., a propósito do conflito entre a protecção da vida humana intra-uterina e os direitos da mãe; recuperando estas conclusões, no mesmo sentido se orientou posteriormente o Acórdão n.º 617/2006, de 15 de Novembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 223, 20.11.2006, pp. 7970-(12) e s.

³⁴³ Assim, e não obstante o imperativo de coordenação entre valores pressuposta pelo princípio em análise, nas hipóteses em que somente se possa assegurar a vertente formal-procedimental do princípio da concordância, verifica-se (materialmente) a prevalência da juridicidade da concreta actuação administrativa sobre a segurança jurídica. Como decorre do texto, tal não significa, porém, uma irrelevância total da segurança ou a sua desconsideração no âmbito das ponderações efectuadas à luz do princípio da concordância prática, porquanto o regime formal-procedimental da recusa de aplicação ainda se destina a assegurar-lá (no mínimo, visa uma segurança *a posteriori*, a viabilizar uma perspetivação do problema da

material do princípio em análise, cujo cerne reside no não sacrifício (total) dos valores em confronto, o que, *in concreto*, implica a manutenção (ainda que parcial) da operatividade quer da juridicidade da actuação administrativa, quer da segurança jurídica. Nesta matéria, o vector substantivo do princípio da concordância prática apenas se revelará alcançável nas hipóteses em que se admita ainda uma *limitação dos efeitos* da recusa de aplicação: sem prejuízo de considerações que teceremos *infra* (cf. 3.2., II), estará aqui em causa a possibilidade de salvaguardar determinados efeitos já produzidos, no caso concreto, pela norma inválida, apesar de, no essencial, o decisor a afastar na sua decisão.

III. A explanação do sentido e alcance da subordinação do juízo sobre a possibilidade de recusa de aplicação aos princípios da proporcionalidade e da concordância prática traz ínsita a ideia de não permitir que a Administração deixe resvalar a decisão para a zona da oportunidade e do mérito político-administrativo³⁴⁴. Com consequências a que nos reportaremos mais adiante (cf., *infra*, 4.2. e 5.2.), a intervenção de um poder de «escolha» entre mobilizar a norma regulamentar para a decisão do caso concreto e a respectiva rejeição com fundamento em invalidez não implica que a opção pela recusa de aplicação (com todas as valorações e ponderações normativas que lhe são inerentes, em virtude do funcionamento dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática) se encontre orientada pelo imperativo da solução mais conveniente para o interesse público, como sucede com as actuações discricionárias. Diversamente, a decisão agora em causa pressupõe uma avaliação do cumprimento das exigências de sentido pressupostas

recusa de aplicação, no contexto mais vasto do ordenamento jurídico, para além do momento da decisão de rejeição – eis o que sucede, *v. g.*, quando se impõe a notificação da decisão de recusa de aplicação ao órgão que emitiu o regulamento, para permitir que este declare a respectiva ilegalidade, ou ao Ministério Público, para que este possa desencadear uma acção administrativa especial de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral).

Sobre o sentido do princípio da concordância prática nos casos em que a preferência de um valor equivale, na prática, ao sacrifício total do direito preterido, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., pp. 305 e s. (*v. também* n. 100 da p. 305). *V.* ainda a posição propugnada no Acórdão n.º 288/98, de 17 de Abril, cit., p. 1714-(21), onde se afirma que “a harmonização, a concordância prática, se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado”, procurando retirar as consequências de uma possível relevância do valor preterido em sede de regime jurídico; entendeu-se, nesta hipótese, que a fixação de prazos e de circunstâncias determinantes da despenalização do aborto se revelaria suficiente para assegurar a relevância do bem jurídico vida intra-uterina.

³⁴⁴ Atente-se que a formulação do *problema* do carácter vinculado incide sobre o juízo de *recusa de aplicação*, mas já não sobre o juízo de validade. Para além de a invalidez constituir uma premissa da própria tematização da recusa de aplicação (como acentuámos *supra*, 1.4.), nunca persistiriam quaisquer dúvidas relacionadas com a evidente exclusão de poderes discricionários na aferição da validade da norma.

pelos aludidos princípios, apenas se revelando admissível nas hipóteses em que as mesmas se verifiquem no caso concreto.

Com esta conclusão não pretendemos vergar-nos perante as perimidadas compreensões da discricionariedade administrativa como um domínio imune ao direito (não jurídico), em preito absoluto ao imperativo da conveniência, que a interferência de princípios normativos transformaria numa zona vinculada (e, por conseguinte, jurídica). Não é pelo facto de a decisão de recusa de aplicação estar orientada pelos princípios da proporcionalidade e da concordância prática que a qualificamos como uma decisão vinculada³⁴⁵; a exclusão da discricionariedade resulta antes da circunstância de, após a verificação do cumprimento dos requisitos impostos por aqueles princípios (e efectuadas as ponderações por eles exigidas), não se abrir espaço para outras valorações, incluindo as orientadas por critérios de oportunidade. Na verdade, nem todos os espaços de indeterminação normativa implicam a concessão de poderes discricionários (*stricto sensu*); ou, noutra formulação, se as ponderações se encontram associadas à indeterminação, não significa que as mesmas conduzam sempre à discricionariedade. A decisão pela recusa de aplicação, no quadro dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, não representa, pois, uma «escolha administrativa». A concepção de que a competência de recusa de aplicação não corresponde ao exercício de um poder discricionário revela-se congruente com a ideia de que a discricionariedade administrativa se compreende na relação tridimensional legislador-administrador-juiz, com acentuação, neste horizonte, para os pólos Administração-tribunais. Ao contrário do que sucede com as decisões discricionárias – em que o julgador se deve conformar com a solução escolhida pelo órgão, não lhe competindo aquilatar da respectiva bondade material –, as ponderações inerentes à decisão sobre a rejeição de normas regulamentares inválidas reconduzem-se a juízos determináveis judicialmente, na medida em que a respectiva consecução não releva de factores cuja concretização se encontre associada a valorações típicas e exclusivas da função administrativa. Trata-se, aliás, de uma posição consonante com a excepcionalidade do reconhecimento da competência de recusa de aplicação de normas regulamentares com

³⁴⁵ Até porque as zonas de discricionariedade administrativa não são absolutas e se encontram limitadas por princípios jurídicos (v., lapidarmente, e entre muitos outros, Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 84). A este propósito, atente-se, v. g., que o princípio da proporcionalidade e o controlo a ele inerente são concebidos, no ordenamento britânico, como limitações aos *discretionary powers* das *public authorities* – cf., por todos, CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 628 e ss..

fundamento em invalidez e na (tendencial) conexão entre o poder de recusa de aplicação de normas e o exercício da função jurisdicional.

Em suma, o juízo sobre a recusa de aplicação de regulamentos constitui um juízo integralmente jurídico e vinculado, no sentido de que não existe espaço para o reconhecimento de uma liberdade *administrativa* na decisão de recusar ou não recusar a norma – o que, como acabaremos por concluir adiante, acarreta consequências no plano da caracterização do poder(-dever) de recusa de aplicação, bem como ao nível do controlo jurisdicional.

2.2. Condições subjectivas: organização administrativa, tipologia e competência do órgão decisor

A organização administrativa e a localização do órgão decisor no seu seio, a envolver uma atenção especial aos poderes pelo mesmo detidos, constituem factores determinantes para avaliar a competência de recusa de aplicação de regulamentos inválidos. Está agora em causa determinar, uma vez ponderados todos os factores analisados no número anterior à luz dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, quais os órgãos que podem recusar a aplicação de determinada norma regulamentar com fundamento na respectiva invalidez.

Sem prejuízo das considerações que teceremos no ponto seguinte, a relativa facilidade com que conferimos ao autor do regulamento a possibilidade do exercício da competência de recusa de aplicação não esgota a análise das condições subjectivas: não obstante o carácter excepcional do instituto que vimos estudando, qualquer tentativa de circunscrever o poder de recusa de aplicação única e exclusivamente ao autor da norma regulamentar inválida tornaria a figura pouco significativa. Por outro lado, o problema da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez não se confina, nem se identifica com a questão de controlo da actuação de determinados órgãos administrativos por outros, como, aliás, decorre das considerações expendidas logo na Parte II. Tal-qualmente então defendemos, a recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas insere-se no âmbito mais vasto da realização administrativa do direito, configurando-se como uma resposta à inadequação prático-normativa de tais normas para assimilar o caso concreto.

Mas tal também não significa que possamos pender para a perspectiva oposta e defender qualquer concepção que parta da ideia de que pode desaplicar o regulamento o

órgão competente para o aplicar³⁴⁶. A excepcionalidade – que vimos reforçando – do reconhecimento aos órgãos administrativos de um poder de recusa de aplicação há-de manifestar-se não apenas ao nível das condições objectivas, mas também no plano da identificação das situações em que os órgãos são (subjectivamente) competentes para afastar normas regulamentares da decisão dos casos concretos, com fundamento na respectiva invalidez. Aliás, a admissibilidade da recusa de aplicação por um órgão administrativo de normas regulamentares emitidas por outro acaba por contender com o esquema de distribuição de competências entre ambos ou, inclusive, de distribuição de atribuições, quando estejam em causa órgãos integrados em pessoas colectivas públicas diferentes – questão tanto mais complexa quando se percebe que a distribuição de competências no interior da Administração não constitui um «fim em si mesmo» (*Selbstzweck*), destinando-se antes a proporcionar a satisfação dos interesses públicos pelos órgãos mais adequados à respectiva prossecução (em virtude, *v. g.*, da respectiva composição ou localização na organização administrativa)³⁴⁷.

A complexificação da estrutura organizatória da Administração Pública hodierna determina que o problema da fiscalização administrativa da validade dos regulamentos imponha a análise do reconhecimento de uma competência de rejeição de normas regulamentares inválidas, no caso concreto, a órgãos administrativos, em função da respectiva tipologia, *i.e.*, considerando a sua localização no âmbito das relações inter- e intra-administrativas e as respectivas competências típicas. A delimitação das condições subjectivas da recusa de aplicação não se compadece, pois, com uma resposta genérica, exigindo uma consideração quer da competência do órgão decisor relativamente à norma regulamentar em causa, quer da respectiva morfologia. Assim se compreende que os *topoi* de análise a seguir enunciados não revistam uma natureza homogénea, uns deles envolvendo o confronto entre pessoas colectivas públicas diversas – e, por conseguinte, atinentes às relações intersubjectivas (tal é o caso dos pontos relativos à superintendência e tutela, à autonomia e, em parte, à independência) –, outros implicando uma compreensão da específica localização e competência do órgão no seio da entidade pública (como sucede com os tópicos relativos à autoria e competência para a declaração de ilegalidade, à hierarquia, ao exercício de competências parajurisdicionais e, também parcialmente, à

³⁴⁶ Assim, *v. g.*, quanto à desaplicação de leis inconstitucionais pelos órgãos administrativos, A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 412.

³⁴⁷ Sublinhando já este aspecto, *v. PIETZCKER*, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 391, e «Inzidentverwerfung...», cit., p. 808.

independência), outros ainda postulando uma consideração da prossecução de tarefas públicas por entidades privadas. Eis a razão por que os diversos vectores de estudo não se podem percepcionar de forma isolada, pressupondo, na resolução do caso concreto, a sua intervenção coordenada: pense-se, paradigmaticamente, na necessidade de conjugação entre a hierarquia e a autonomia, ou entre esta e o exercício de competências parajurisdicionais, a fim de aferir, *in concreto*, se certo órgão de um ente determinado pode recusar a aplicação de um regulamento inválido perante um caso decidendo.

2.2.1. Autoria e competência para a declaração de ilegalidade

Principiemos por nos deter nos casos que, à partida, menos dúvidas suscitam. Não persistirão muitas dificuldades em admitir que o órgão emissor tenha competência para afastar a norma regulamentar se, no momento da resolução do caso, entender que a mesma está ferida de um vício invalidante³⁴⁸. A estas hipóteses assimilam-se aquelas em que o decisor, embora não haja emanado o regulamento, tem competência para declarar a respectiva ilegalidade, por exercer sobre o órgão emissor um poder de controlo (de legalidade)³⁴⁹.

Analisar a temática da competência para a recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento em invalidez, na perspectiva da coincidência entre a competência para a declaração administrativa da ilegalidade do regulamento e a competência para a decisão do caso concreto implica lançá-la para a arena do problema do *controlo administrativo do exercício do poder regulamentar*. Neste cenário, trata-se de avaliar se, quando o órgão decisor seja competente para declarar a ilegalidade do regulamento, pode também desaplicar este último no âmbito da decisão de um caso concreto; ou, por outras palavras, se o controlo administrativo dos regulamentos envolve o poder de recusa de aplicação no caso concreto. Em princípio, a resposta a esta questão deverá assumir um pendor positivo, afigurando-se-nos legítimo afirmar que, possuindo o órgão decisor competência para declarar a ilegalidade do regulamento em causa, a recusa de aplicação representa, da estrita óptica competencial³⁵⁰, um *minus* face àquela

³⁴⁸ Admitindo, sem dificuldades, esta possibilidade, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 195; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 692. Cf. também PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 398.

³⁴⁹ Cf. SANDULLI, *L'Attività...*, cit., pp. 113 e s.. Neste sentido se inclina também a jurisprudência – cf. Acórdão do STA, de 02.04.2008, P. 1418/03.

³⁵⁰ Na verdade, com esta observação não pretendemos escamotear as diferenças que intercedem entre a declaração administrativa de ilegalidade e a recusa de aplicação, *maxime*, sob a óptica dos princípios da segurança jurídica e da igualdade; contudo, neste ponto, estamos apenas a examinar as condições

possibilidade, equivalendo, na prática, a uma substituição, no caso concreto, da norma (inválida) constante do regulamento³⁵¹.

A inclusão da competência de recusa de aplicação na competência de controlo administrativo do exercício do poder regulamentar carece de três disquisições elucidatórias, em virtude da complexidade induzida por outros tantos aspectos: por um lado, a existência de vícios mais graves, geradores da nulidade das normas regulamentares; por outro lado, a ausência de disposições legais específicas sobre a competência para a declaração de ilegalidade de regulamentos; finalmente, o problema da eventual alternativa entre declaração de ilegalidade e recusa de aplicação.

No que tange ao primeiro problema, e recuperando as conclusões atingidas no final da Parte III, apenas perante vícios mais graves se deverá considerar que a invalidez do regulamento se encontra submetida ao regime da nulidade radical, a envolver todos os efeitos associados, por via de regra, a esta última. O *punctum crucis* reside agora em determinar se, quanto aos regulamentos, valerá também a ideia de que a nulidade pode ser declarada *por qualquer órgão administrativo*, tal como se prevê, no n.º 2 do artigo 134.º do CPA, para os actos administrativos – o que, a corroborar-se, transformaria todos os órgãos administrativos em «agentes de controlo» da nulidade dos regulamentos emitidos por qualquer outro órgão. Por um lado, e logo na teoria do acto, está hoje em crise a ideia de que qualquer tribunal e qualquer órgão administrativo possam declarar a nulidade de actos administrativos; em vez disso, a doutrina pugna por uma interpretação restritiva do citado preceito, que admite apenas a competência de qualquer tribunal e qualquer órgão para *conhecimento* da nulidade (e conseqüente “desaplicação” do acto nulo), reservando o poder de declaração para os órgãos competentes para a decisão e para os tribunais administrativos³⁵². Por outro lado, a circunstância de estarem em causa normas jurídicas

subjectivas da admissibilidade da recusa de aplicação, dando por assente que, à luz dos critérios de ponderação, estão verificadas as condições objectivas.

³⁵¹ PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 390, assinalando a distância entre o poder de emissão de regulamentos (*Normsetzung*) e o poder de rejeição incidental (*Inzidentverwerfung*). Daí que o Autor, embora negue, em geral, a possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos pelos órgãos administrativos, manifeste alguma abertura quanto a esta hipótese, porquanto a mesma não implica uma «revogação» das regras de distribuição da competência normativa no interior da Administração.

³⁵² Cf. Vieira de ANDRADE, «A “Revisão”...», cit., p. 188 (defendendo que, em certas hipóteses, se deveria recusar ou limitar a competência administrativa para a declaração de nulidade); v. também Vieira de ANDRADE, «A Nulidade...», cit., p. 345; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 203 (defendendo que constitui esta uma interpretação conforme à Constituição). Advogando também uma interpretação restritiva do preceito, de molde a circunscrever o respectivo âmbito de aplicação ao interior de uma concreta relação intra- ou interadministrativa e atribuir a competência para a declaração de

sempre ditaria uma solução diversa, apenas com a excepção corporizada no respeito pelo princípio da justiça. A eficácia irradiante dos regulamentos (decorrente do seu carácter geral e abstracto) impede, sob pena de incerteza, o reconhecimento do poder de declaração de nulidade (e, como tal, da erradicação formal) de quaisquer regulamentos a *todos* os órgãos administrativos³⁵³.

No que concerne à segunda questão, e embora não disponhamos de prescrições legislativas especiais a propósito da competência para a declaração de ilegalidade de regulamentos administrativos, podemos prevalecer-nos, *mutatis mutandis*, das regras relacionadas com a competência para a revogação (anulatória) de actos administrativos – não porque entre ambas as questões exista uma identidade (susceptível de ditar soluções iguais), mas em virtude de as normas relativas à revogação de actos exprimirem o sentido das relações inter-orgânicas ou inter-subjectivas, quanto à existência e à amplitude dos poderes de controlo. Todavia, a apreciação, em especial, da competência de recusa de aplicação, (também) ao abrigo do mimetismo com a competência de declaração de ilegalidade das normas regulamentares, será deixada para os pontos subsequentes, onde teremos oportunidade de apreciar, considerando as várias relações inter-orgânicas e inter-subjectivas ocorrentes no seio da Administração, as diversas hipóteses.

Por último, o reconhecimento de que os órgãos dotados de competência para a declaração de ilegalidade possuem também o poder de recusa de aplicação de regulamentos revela-se permeável a que se questione se tais órgãos passam a ficar perante a alternativa entre declarar a ilegalidade de uma norma regulamentar inválida ou recusar a sua aplicação no caso concreto, em termos de poderem optar, indiferentemente, por cada uma das hipóteses³⁵⁴. Eis-nos, porém, diante de uma questão apenas configurável à luz da possibilidade da suspensão do procedimento decisório até à declaração de ilegalidade das

nulidade ao órgão que, no seio dessa relação, exerce poderes de controlo, cf. André FOLQUE, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 373.

³⁵³ Questão distinta (e que analisámos *supra*, 2.1.4.) consiste em saber se, no caso de vícios mais graves (geradores de nulidade), podem os órgãos administrativos recusar a aplicação da norma: repare-se, porém, que, nesta hipótese, não se está a associar recusa de aplicação e poderes de controlo, mas a estabelecer quais os condicionalismos a reunir para que o *órgão com competência de recusa de aplicação* possa desaplicar o regulamento com fundamento em invalidez.

³⁵⁴ No horizonte da temática da fiscalização administrativa da constitucionalidade, a susceptibilidade de, por via geral e abstracta, o órgão decisor poder extirpar do ordenamento jurídico a norma jurídica inválida constitui (embora com outros contornos) um argumento no sentido da desnecessidade do reconhecimento da competência de desaplicação. Analisando este aspecto, mas adoptando (certeiramente) uma posição crítica, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 218 e ss..

normas regulamentares, perspectivada à luz do artigo 31.º do CPA, nos termos apontados no ponto anterior (cf., *supra*, 2.1.6., I) – o que implica, pois, a abertura, por parte do órgão administrativo, de um procedimento tendente à declaração de ilegalidade da norma em causa³⁵⁵. Esta possibilidade oferece-nos, porém, dois óbices: *primo*, não constitui um exclusivo das situações de coincidência entre competência para a declarar a ilegalidade (do regulamento) e competência decisória (do caso concreto), pois que a noção de «questão prejudicial» constante do artigo 31.º do CPA envolve, de forma directa, as questões da competência de outros órgãos, admitindo-se que qualquer órgão decisor suspenda o procedimento para permitir ao órgão competente a declaração de ilegalidade do regulamento; *secundo*, e em estreita ligação com a observação precedente, esta alternativa encontra-se relacionada com as condições objectivas (e não com as condições subjectivas) da recusa de aplicação, exigindo do órgão decisor uma ponderação no sentido de perceber se se torna (juridicamente) viável sustar na decisão do caso concreto até ao final do procedimento de declaração de ilegalidade³⁵⁶.

³⁵⁵ Repare-se que apenas nos reportamos à declaração de ilegalidade das normas regulamentares e não também à sua substituição por outras, susceptíveis de mobilização para a decisão do caso. É que esta última hipótese já criaria problemas relativos à aplicação retroactiva de normas jurídicas.

³⁵⁶ Problema diverso (já formulado, entre nós, por Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 195) consiste em saber se se deve admitir apenas a derogabilidade singular ou exigir, para além disso, que o órgão que rejeitou a norma com fundamento em invalidez a declare inválida, *logo em seguida*, obviando a novas recusas de aplicação e, por conseguinte, ao agravamento de potenciais compressões aos princípios da igualdade e da segurança jurídica. Propendemos para esta última solução. Com efeito, deverá entender-se que impende sobre a Administração um dever de eliminação das antijuridicidades (cf., *supra*, Parte II, 2.1.1.1., II), a postular que, constantemente, aquela vigie a validade da sua conduta. Ora, nos casos em que o órgão deixe de mobilizar um regulamento inválido para a resolução do caso concreto, efectuou já um juízo ponderado e especialmente exigente sobre a questão da respectiva validade (visto que, revestindo a recusa de aplicação um carácter excepcional, carece de uma fundamentação rigorosa); daí que, por razões de segurança jurídica, o regulamento deva ser extirpado do ordenamento jurídico e, quando possível (mas agora para evitar eventuais vazios normativos e, sobretudo, a inexecutabilidade de disposições legislativas), substituído por outro que se revele compatível com o parâmetro de vinculação anteriormente aviltado.

Não se trata, porém, de perspectivar esta solução como o último reduto do sentido do princípio da inderrogabilidade singular (como parece sugerir Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 692, ao basear neste princípio a exigência de que a desaplicação do regulamento seja acompanhada da sua revogação ou substituição embora circunscrevendo a sua análise às situações em que o órgão decisor, que recusa a aplicação da norma no caso concreto, é o autor do regulamento), mas da necessidade de respeito, antes de mais, pelo princípio da juridicidade da actuação administrativa (a demandar a expurgação dos actos inválidos do sistema jurídico). Estamos diante de uma consequência do dever de auto-controlo da juridicidade pela Administração, acompanhada das exigências de sentido pressupostas pelos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da protecção da confiança (imanescentes ao fundamento do princípio da inderrogabilidade singular), as quais, como principiámos por acentuar, determinam que a cognição (qualificada) de uma invalidez normativa pelo órgão com competência para declarar a ilegalidade do regulamento conduza à abertura do procedimento tendente à declaração administrativa da ilegalidade.

2.2.2. Competência decisória suprema

Outro aspecto que se nos afigura mais ou menos pacífico reside na reserva da competência de recusa de aplicação para os órgãos que detêm o que designamos como *competência decisória suprema*, *i.e.*, para os órgãos aos quais se encontra conferida a uma competência própria originária (não delegada) para decidir, em última instância administrativa, o caso concreto. Esta observação permite, desde logo, excluir o poder de desaplicação de regulamentos por parte de órgãos subalternos e de órgãos que actuam ao abrigo de delegação de competências. Tal não significa, porém, que estejamos a subtrair estes órgãos à observância do dever de autocontrolo da juridicidade: negar a competência de recusa de aplicação não implica descartar o dever de exame da validade das normas regulamentares aplicandas.

A restrição do reconhecimento da recusa de aplicação radica, de imediato, no carácter excepcional da mesma. A força jurídica própria dos regulamentos administrativos, acompanhada da ideia segundo a qual a fiscalização de normas jurídicas constitui uma tarefa jurisdicional, permite sedimentar uma circunscrição (também subjectiva) da desaplicação de normas regulamentares inválidas. Por outro lado, a decisão de recusa de aplicação, apesar de assumir uma natureza jurídica, gera repercussões organizacionais relevantes, com nítido impacto na “separação de poderes” no interior da Administração Pública³⁵⁷, e compromete claramente a entidade em que o órgão se insere – aspecto que se articula com a necessidade de uma responsabilização acrescida do órgão não apenas quanto ao exercício da sua competência própria, mas também na posição que ocupa na pessoa colectiva pública cuja vontade manifesta.

Além destas *rationes* gerais, torna-se possível mobilizar outros argumentos atinentes às situações específicas dos subordinados e dos delegados. Relativamente aos primeiros, para aquela conclusão concorre ainda o facto de o juízo material inerente à decisão de recusa de aplicação (que postula delicadas apreciações, que tocam o funcionamento dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, nos termos apontados) assumir uma nítida exigência, e, por conseguinte, pressupor que os titulares dos órgãos tenham adequada preparação e habilitação técnico-jurídicas – o que sucederá

³⁵⁷ PIETZCKER («Zur Inzidentverwerfung...»), cit., pp. 389 e ss.) elege justamente a separação de competências no interior da Administração como o ponto decisivo do problema da recusa de aplicação.

precipualemente nos superiores hierárquicos, mas não nos órgãos subalternos³⁵⁸. A única excepção que vislumbramos à restrição do poder de desaplicação aos superiores hierárquicos no seio de cada pessoa colectiva pública consiste nos casos em que o subalterno detém uma competência própria exclusiva, visto que, neste horizonte, passam a entrar em linha de conta considerações decorrentes do princípio (constitucional) da desconcentração administrativa: conferindo o legislador o exercício de competências decisórias, a título exclusivo e como última instância administrativa, a um órgão subordinado, está-lhe concomitantemente a reconhecer especiais aptidões na matéria em causa³⁵⁹.

Nesta linha, compreende-se com facilidade o não reconhecimento da competência de recusa de aplicação aos órgãos delegados, que, *ex definitione*, actuam no exercício de uma competência alheia. A transferência desta última pelo acto de delegação não envolve poderes extraordinários como o são o poder para, na decisão do caso concreto, afastar, por si só, uma norma regulamentar que repute de inválida³⁶⁰. Não incluindo a delegação o exercício da competência de desaplicação, a mesma só poderá ser exercida pelo seu titular originário: o delegante³⁶¹.

³⁵⁸ No quadro da fiscalização administrativa da constitucionalidade de normas legislativas, são também significativas as posições doutrinárias que apontam no sentido da reserva ao «cume da Administração» (*Verwaltungsspitze*) da decisão sobre a não aplicação da lei com fundamento em inconstitucionalidade (embora com uma argumentação diversa). Cf., entre nós, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 244 (sem prejuízo das especificidades que suscitam as leis inexistentes – *Op. cit.*, pp. 245 e s.). V. também BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., p. 44; PIETZCKER, «Inzidentverwerfung...», cit., pp. 807 e s.; SCHMIDT, «Inzidente Normprüfung...», cit., p. 5; IPSEN, «Vorwirkungen...», cit., p. 2571. Atente-se, porém, que parte da doutrina tende a associar o não reconhecimento da competência de recusa de aplicação do subalterno à necessidade de este exercer o seu direito de representação perante o superior e/ou ao problema do dever de obediência aos comandos deste último – solução da qual não compartilhamos, em geral, como decorrerá do texto.

³⁵⁹ Não está, neste momento, apreciado o específico problema da recusa de aplicação por um subalterno de um regulamento emitido pelo superior hierárquico (mas apenas dos regulamentos emanados por órgãos de outras entidades ou, eventualmente, por outros órgãos da mesma pessoa colectiva pública que não se encontrem numa relação hierárquica com o decisor, *v. g.*, órgãos independentes). Aquela questão constituirá objecto de reflexão no ponto seguinte.

³⁶⁰ Consideramos mesmo que a recusa de aplicação integra as competências indelegáveis por natureza. Aludindo a esta categoria, cf. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 845.

³⁶¹ O problema da eventual desaplicação pelo delegado de regulamentos emanados pelo delegante não possui autonomia, susceptível de suscitar soluções específicas, face às diversas situações que analisaremos, uma vez que a delegação não contende com o tipo de relação interorgânica (nem obviamente afecta as relações intersubjectivas). Por outras palavras, o exercício pelo delegado de uma competência decisória pertencente ao delegante não interfere, quanto aos aspectos que extravasam a delegação, no relacionamento entre ambos: se entre delegante e delegado existe uma relação de hierarquia, e este último exercer, ao abrigo de uma delegação, uma competência decisória do primeiro, encontra-se, quanto à aplicação dos regulamentos emanados pelo superior, na mesma situação que qualquer outro subordinado; o mesmo sucede, *mutatis mutandis*, se entre delegante e delegado interceder uma relação de independência (como a existente entre a câmara municipal e o presidente da câmara).

A defesa da regra da competência suprema como condição subjectiva da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez obriga a dilucidar qual a conduta que devem adoptar um subalterno ou um delegado sempre que a decisão do caso concreto convoque, *prima facie*, um regulamento inválido. Nestas hipóteses, devem aqueles órgãos promover a intervenção decisória do respectivo superior ou delegante, consoante as situações. Admitindo que este último dá por verificadas as condições objectivas da recusa de aplicação, afigura-se-nos legítimo que siga, em alternativa, um de dois comportamentos: por um lado, pode avocar o processo e decidir, ele próprio, o caso concreto, afastando a norma regulamentar inválida; por outro lado, pode limitar-se a concordar com a desaplicação do regulamento, remetendo a decisão do caso para o subalterno ou para o delegado³⁶².

2.2.3. Hierarquia e dever de obediência

O confronto entre o órgão emissor do regulamento e o órgão decisor, sempre que os mesmos não são coincidentes, cruza-se com a hierarquia quando entre tais órgãos intercede uma relação deste tipo, originando dois tipos de hipóteses diferenciadas: por um lado, as situações em que coube ao subalterno emitir o regulamento, estando agora o caso concreto a ser decidido pelo superior; por outro lado, os casos – que se entrecem com o dever de obediência – em que o órgão decisor é subordinado do órgão que emitiu o regulamento.

A primeira hipótese considerada afigura-se-nos de resolução mais simples: assim, deverá entender-se que, tal como o superior hierárquico tem competência para declarar a ilegalidade dos regulamentos emitidos pelo subalterno, também possui a competência para

³⁶² Esta última hipótese corresponde à figura do *acto composto*, enquanto acto que congrega duas pronúncias (objectivamente heterogéneas, mas) dirigidas à mesma finalidade e, como tal, dotadas de interdependência funcional. Sobre o acto composto, cf. Rogério SOARES, *Direito...*, cit., pp. 163 e ss.; SANDULLI, *Il Procedimento...*, cit., pp. 230 e ss. (sobre o acto composto em sentido estrito), e *Manuale...*, vol. 1, cit., pp. 659 e ss.; GIANNINI, *Diritto...*, vol. II, cit., p. 546 (sublinhando a existência de uma pronúncia *principal* – que corresponderia, no nosso horizonte, à decisão do caso concreto – e uma pronúncia *servente* – aqui coincidente com a decisão de afastamento da norma regulamentar em virtude da invalidez que a afecta); CARINGELLA/DELPINO/GIUDICE, *Diritto...*, cit., p. 403.

Esta concepção apresenta repercussões determinantes quando se atenta na relação entre superior e subalterno: afirmar que, nas hipóteses que analisamos (*scilicet*, em que o subalterno considera que a norma regulamentar aplicanda padece de invalidez e deve, por esse motivo, recusar a respectiva aplicação), a decisão do caso concreto implica a prática de um acto composto (pressupondo a conjugação de duas pronúncias) significa ultrapassar (solucionando) o problema da obediência do subordinado a comandos de aplicação ou desaplicação indevidas (reflectindo sobre este problema no quadro da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 440 e ss.). Efectivamente, a decisão de aplicação ou de recusa de aplicação consubstancia uma pronúncia própria do superior, que se assume como decisão prejudicial, da qual depende a posterior resolução do caso concreto, que corresponde já ao exercício de uma competência do subalterno.

recusar a respectiva aplicação no caso concreto. Com efeito, e se mobilizando aqui a *ratio* subjacente ao lugar paralelo da teoria do acto administrativo (a revogação anulatória – artigo 142.º do CPA), torna-se legítimo afirmar que, em ambos os casos, ainda se trata do exercício do poder de supervisão³⁶³ pelo superior hierárquico. Trata-se, pois, de uma aplicação particular das situações consideradas, em geral, no ponto anterior.

Maior complexidade reveste a segunda situação, na medida em que mergulha mais fundo na compreensão da relação da hierarquia e do sentido e alcance do dever de obediência. Esgrimida como argumento contrário ao afastamento de normas regulamentares no seio da Administração³⁶⁴, a invocação do dever de obediência encontra-se ligada à configuração dos regulamentos como uma forma de exercício do poder de direcção (as instruções gerais), a que os inferiores hierárquicos se encontram, por força daquele dever, constitucional e legalmente subordinados, cerceando-lhes a autonomia interpretativa das normas jurídicas³⁶⁵. A mobilização do dever de obediência neste domínio destina-se essencialmente a estreitar as hipóteses de recusa de aplicação de regulamentos, importando apreciar se do facto de o órgão decisor ser inferior hierárquico do órgão emissor do regulamento decorre para aquele um dever *especial* de obediência, ainda quando estejam em causa normas regulamentares externas, cuja força jurídica obriga já não só a Administração, como terceiros exteriores à adopção e ao procedimento de formação das mesmas. Ao contrário, porém, do que surge defendido pelas perspectivas que encaram o dever de obediência como um argumento a ponderar no cenário da questão da admissibilidade (objectiva) da recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas, a finalidade aqui assumida como subjacente à convocação do dever de obediência destina-se apenas a aferir da competência dos subordinados, afastando, por isso, qualquer concepção que o erija como o critério da possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos ilegais pelos subalternos.

³⁶³ Sobre o poder de supervisão (enquanto “faculdade de o superior revogar ou suspender os actos administrativos praticados pelo subalterno”), v. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., pp. 817 e s.. Defendendo também que a competência de «anulação» de regulamentos cabe aos órgãos hierarquicamente superiores, cf. Afonso QUEIRÓ, «Teoria...», cit., p. 255.

³⁶⁴ Para tematizações da questão, cf. OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 400 e ss. (embora perspectivando o problema sob a óptica da desaplicação administrativa de leis inconstitucionais); PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., pp. 385 e ss., e «Inzidentverwerfung...», cit., pp. 807 e s..

³⁶⁵ Em consonância com a consideração (de âmbito mais alargado) segundo a qual, nas áreas de incidência do poder de direcção, os subalternos deixam de ter qualquer liberdade de escolha – exactamente nestes termos, Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 208, de cuja concepção decorre que a autonomia pública do subalterno se encontra circunscrita, a montante, pelo poder de direcção e, a jusante, pelo poder de supervisão, daí decorrendo a disponibilidade da respectiva vontade decisória (*Op. cit.*, p. 213).

A consagração positiva deste dever encontra-se presente, desde logo, no n.º 2 do artigo 271.º da Constituição, quando alude ao cumprimento de “ordens e instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço”, a propósito da responsabilidade dos funcionários e agentes. Todavia, a respectiva concretização encontra-se antes no artigo 3.º do *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas* (ED)³⁶⁶, que prevê o dever de obediência como um dos deveres gerais dos trabalhadores [n.º 2, alínea *f*)], estatuidando que aquele consiste em acatar e cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal (n.º 8)³⁶⁷. O estudo da temática em causa pressupõe, pois, uma consideração do cerne da relação de hierarquia. Alicerçado na ideia de regularidade e permanente continuidade dos serviços públicos e na presunção da conformidade com a lei dos actos do superior hierárquico³⁶⁸, o dever de obediência, enquanto “contraponto do poder de direcção”³⁶⁹, consubstancia-se na obrigação, imposta aos subalternos, de cumprir as ordens e instruções emanadas pelo superior hierárquico.

A possível mobilização do dever de obediência como argumento a ponderar no quadro da discussão do problema da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez exige, em primeira linha, que nos debrucemos sobre uma possível identificação ou analogia das normas regulamentares com os actos típicos do exercício do poder de direcção, pois que aquelas extravasam o conceito de instruções, às quais, por força do dever de obediência, o subalterno se encontra vinculado (I). Além disso, urge determinar se pode o subordinado lícitamente não acatar aos comandos emanados pelo superior hierárquico e, em caso afirmativo, se se revela possível transpor a *ratio* subjacente a tais hipóteses para a temática da recusa de aplicação de regulamentos *com fundamento em invalidez* (II).

I. Importa começar por indagar o alcance das relações entre a emanação de regulamentos administrativos e o exercício do poder de direcção, ou entre a observância

³⁶⁶ Aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.

³⁶⁷ Existem ainda concretizações legislativas sectoriais do dever de obediência, submetidas a disposições especiais. Assim, *v. g.*, a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 11.º do *Regulamento de Disciplina Militar* (aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de Julho) estabelece o dever de obediência como dever especial do militar, encontrando-se o respectivo conteúdo delineado no artigo 12.º.

³⁶⁸ Cf. Magalhães COLLAÇO, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos e a sua Responsabilidade Criminal», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, n.ºs 22 e 23, vol. III, Novembro/Dezembro 1916, p. 70.

³⁶⁹ Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 154.

das normas regulamentares pelos órgãos administrativos e o dever de obediência. Assim, impõe-se fundamentar o motivo pelo qual a aplicação de regulamentos administrativos emanados pelo superior hierárquico se revela assimilável à obediência devida pelos subalternos às ordens e instruções.

A questão tem emergido a propósito da questão da desaplicação administrativa de leis inconstitucionais, divergindo a doutrina quanto à possibilidade de aplicação analógica do sistema de respeitosa representação, sempre que o subalterno se depare com uma lei inconstitucional. Contra a mobilização analógica daquele sistema ressalta o facto de se encontrar hoje superada a concepção segundo a qual a lei conteria uma ordem dirigida à Administração; por outro lado, revestindo carácter intra-administrativo o fundamento subjacente à *remonstratio*, a recusa de aplicação da lei não põe em causa a autoridade do superior hierárquico, porquanto não foi este o responsável pela respectiva emissão³⁷⁰ – é, aliás, neste último sentido, que Ossenbühl³⁷¹ qualifica o recurso ao dever de obediência como arrimo para a resolução do problema da recusa de aplicação de leis inconstitucionais pela Administração como um «atavismo ultrapassado» (*unzeitgemäßer Atavismus*), por relevar de um conflito interno entre órgãos administrativos, como tal, apresentando-se imprestável para solucionar a questão de saber se, na função administrativa, está compreendido o poder de recusa de leis inconstitucionais. A favor, pode argumentar-se com o facto de que a não aplicação analógica do sistema de respeitosa representação redundaria na atribuição ao subordinado de um dever de recusa de aplicação de lei inconstitucional – solução tanto mais desproporcionada quanto se percebe que tal implicaria uma menor vinculação à lei que a devida aos comandos do superior hierárquico, que as *rationes* subjacentes ao dever de obediência às ordens e instruções superiores ilegítimas (relacionadas com a preservação da harmonia da actuação administrativa e com o respeito pelo princípio democrático) se verificam também relativamente ao cumprimento de leis inconstitucionais, sendo certo que tais ordens ou instruções podem, com frequência, assumir uma natureza meramente declarativa, por se limitarem a reproduzir uma norma legal³⁷².

³⁷⁰ Cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 404 e ss..

³⁷¹ OSSENBÜHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 400 e s..

³⁷² Cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 239 e ss., recusando uma aplicação directa do disposto no n.º 2 do artigo 271.º da Constituição ao problema do cumprimento de normas legais (inconstitucionais), mas admitindo a aplicação analógica (pp. 242 e ss.).

O facto de constituir objecto das nossas preocupações a recusa de aplicação de *regulamentos* inválidos (e não de *leis* inconstitucionais) conforta uma solução que admita a mobilização do argumento extraído do dever de obediência, sempre que as normas em causa provenham do superior hierárquico e se revelem necessárias à decisão de um caso concreto pelo subalterno. Contra esta posição não se pode esgrimir já a ideia de que as normas não provêm do superior – uma vez que esta constitui uma premissa do problema –, valendo aqui, por maioria de razão face à aplicação analógica do sistema de representação à questão das leis inconstitucionais, todas as considerações relacionadas com a unidade da actuação administrativa, que apontam para uma *prevalência relativa* do dever de obediência sobre o princípio da juridicidade da actividade da Administração, prevalência essa apenas consentida por se encontrar fundamentada no juízo constitucional resultante do n.º 2 do artigo 271.º.

Além disso, como considerámos na Parte I (5.3., III, β), a emissão de normas regulamentares internas, enquanto regras jurídicas de carácter organizatório, dirigidas a conduzir os órgãos no exercício das suas competências, corresponderá, em muitos casos, à produção de instruções (gerais e abstractas), em plena consonância com um dos fundamentos dos regulamentos internos: o poder de direcção do superior hierárquico. Note-se, porém, que nem todas as instruções configuram regulamentos administrativos internos – assim sucederá quando as mesmas se limitem a repetir a lei (assumindo natureza meramente declarativa) ou consubstanciem «circulares pedagógicas», na medida em que lhes falece a índole inovatória característica da normatividade jurídica, enquanto nota integrante do conceito de regulamento³⁷³. Todavia, quando constituam regulamentos, não persistirão dúvidas em aproximar as questões relacionadas com o poder de direcção (e correspondente dever de obediência) e com a recusa de aplicação de normas regulamentares internas.

Os problemas avolumam-se quando nos interrogamos sobre a assimilação entre instruções e regulamentos *externos*, apenas para efeitos de mobilização do dever de obediência como factor a ponderar no reconhecimento da competência de recusa da sua aplicação nos casos em que padeçam de invalidez. Por conseguinte, cumpre equacionar se

³⁷³ Mas já não quando se trate de normas interpretativas – cf., *supra*, Parte I, 3.2.; defendendo que o poder de interpretação constitui uma forma de exercício do poder de instrução/direcção, ao qual os subalternos devem obediência hierárquica, v. COMBEAU, «Réflexions...», cit., pp. 1074 e s..

Sobre as diversas concretizações do poder de direcção, cf. Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., pp. 112 e s. (relativamente às circulares pedagógicas, n. 22), cuja classificação adoptamos.

se poderá ainda conceber a observância dos regulamentos externos como uma consequência do poder de direcção. Ou, perguntando de outra forma, o afastamento, no caso concreto, de regulamentos externos poderá ser perspectivado *também* à luz de uma potencial vulneração do dever de obediência?

A resposta deverá orientar-se em sentido positivo, sem prejuízo das diferenças que intercedem entre as duas questões. Se a nota característica dos regulamentos externos consiste na produção de efeitos jurídicos para terceiros, tal não significa que daqueles não decorram efeitos para o interior da Administração. Como resulta das considerações tecidas a propósito da força jurídica dos regulamentos administrativos, a vinculação deles emergente assume a dupla face de heterovinculação (típica dos regulamentos externos) e autovinculação (que pressupõe precisamente a imposição da respectiva observância no interior da própria Administração), motivo por que se pode afirmar criarem os regulamentos externos não só deveres para a generalidade das pessoas, como também um dever de execução (*lato sensu*) para os órgãos que os aplicam. Nas hipóteses em que o órgão emissor goza de poder de direcção sobre o órgão decisor (ou, se preferirmos, quando o órgão decisor se encontra subordinado ao dever de obediência relativamente ao órgão emissor), não parece de excluir que a autovinculação (própria da normatividade jurídica do regulamento) surja aqui reforçada pela componente organizatória: sem se assimilarem os regulamentos externos às instruções (de natureza interna) e sem se confundirem os pressupostos subjacentes ao dever de obediência e à autovinculação característica da força jurídica de regulamento³⁷⁴, a circunstância de estarem em causa normas jurídicas emanadas pelo titular do poder de direcção imporá o respectivo cumprimento pelo obrigado ao dever de obediência.

E, adoptando esta posição, julgamos não promover a confusão entre o âmbito interno e o âmbito externo das relações administrativas, mas tão-só impedir que as normas com eficácia externa, emanadas pelo superior hierárquico, não possuam para os subalternos uma vinculação jurídica menor que aquela conferida às ordens e instruções.

³⁷⁴ A este propósito, recordem-se as considerações tecidas por Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 712), efectuando uma aproximável comparação das duas questões, a propósito da vinculação administrativa a uma normatividade inválida: por um lado, se, no caso da obediência a ordens e instruções ilegais, o problema respeita a actos internos, tal não sucede quando em causa estão normas (externas), com a consequência de se encontrarem as segundas sujeitas a controlo judicial, mas já não as primeiras; por outro lado, enquanto a vinculação operada pelo dever de obediência advém de uma norma impositiva expressa, o afastamento da desaplicação como regra decorre da ausência de uma norma que, em termos similares ao que sucede com os tribunais, confira aos órgãos administrativos uma competência de rejeição de normas jurídicas inválidas.

Quer dizer, concebendo-se os regulamentos externos como um *plus* relativamente às instruções, estranho seria que estas últimas possuíssem, nas relações interorgânicas, uma força jurídica maior que as primeiras, sobretudo quando se atenta no facto de que os regulamentos externos emanados pelo superior ainda levam ínsita uma instrução dirigida aos subalternos³⁷⁵.

II. Uma vez admitida a relação entre a observância das normas constantes dos regulamentos administrativos e o cumprimento do dever de obediência, urge determinar em que termos este último influi na possibilidade de recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento em invalidez, sempre que o órgão emissor seja superior do órgão decisor. Atente-se, porém, que nem todos os elementos em que se desdobra o estudo dogmático do dever de obediência no quadro da relação hierárquica assumem relevância para o problema que analisamos – daí que, após a respectiva explanação, versemos com maior atenção os pontos que importam para a temática da recusa de aplicação.

α) Em geral, a afirmação do dever de obediência depende do cumprimento de pressupostos de índole *formal e material*³⁷⁶. Quanto aos primeiros (também designados como requisitos de «legalidade extrínseca»³⁷⁷), e tal-qualmente decorre do n.º 2 do artigo 271.º da Constituição e do artigo 3.º do ED, poderemos destrinchá-los entre pressupostos de natureza *subjectiva* e *objectiva*, a saber: por um lado, a existência de uma relação de hierarquia entre dois órgãos; por outro lado, a emanação, sob a forma legalmente prevista, de uma ordem ou instrução incidente sobre matéria de serviço³⁷⁸. Afirmar que, nas

³⁷⁵ Admitindo a convocação do dever de obediência no âmbito da rejeição de normas infra-legais, com base neste argumento, cf. PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., pp. 386 e s.. Questão diversa, como o Autor adverte, é a de saber como deve o subalterno actuar na hipótese de contradição entre um regulamento externo e uma instrução, *maxime*, quando esta impõe a desaplicação daquele regulamento. Em geral, PIETZCKER (*Op. cit.*, p. 387) defende que, em caso de conflito entre uma *Verordnung* e uma *Weisung*, prevalece a segunda, com fundamento no critério da especialidade.

³⁷⁶ Subentendendo já a destriça entre pressupostos de legitimidade formal e material das ordens e instruções, cf. Rui MEDEIROS/Tiago MACIEIRINHA, «Artigo 271.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 644, anotação VII. a).

³⁷⁷ Freitas do AMARAL, *Curso...*, cit., vol. II, p. 824.

³⁷⁸ Para além do requisito subjectivo, Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., pp. 169 e ss., autonomiza, no interior do que designámos como pressuposto objectivo, um requisito *objectivo* (o comando deve incidir sobre matérias de serviço) e um requisito *formal* (o comando deve respeitar a forma legalmente prevista). Embora não tenhamos adoptado, em texto, uma perspectiva tão analítica, a concepção do Autor tem a virtualidade de acentuar que, em rigor, a exigência de que o comando incida sobre matéria de serviço não constitui verdadeiramente um requisito de forma, pois que atende ao conteúdo daquele.

hipóteses em que falhem os pressupostos formais, inexistente um dever de obediência implica cometer ao subordinado o poder de verificar, perante cada comando, se provém do respectivo superior, se incide sobre matéria de serviço e se reveste a forma legalmente prevista. Se, no horizonte da tematização do dever de obediência a ordens e instruções, a apreciação dos pressupostos formais citados se reveste de importância primordial – excluindo a existência do dever de obediência, no caso de falta de qualquer deles –, torna-se difícil transpor raciocínio análogo para o problema da recusa de aplicação de normas regulamentares: no máximo, os pressupostos formais constituem a premissa do problema da avaliação da emergência de um dever especial de obediência dos subalternos aos regulamentos emanados pelo superior, na medida em que subentendem a existência de uma relação de hierarquia entre os órgãos (emissor e decisor), precisamente o aspecto de que partimos no presente ponto.

Contudo, a emergência da obrigação de o subalterno acatar o comando hierárquico encontra-se ainda dependente de aquele se revelar *materialmente* válido, de forma a não implicar que, em seu cumprimento, o subalterno pratique um acto ilegal – está em causa a designada «legalidade intrínseca»³⁷⁹ da ordem ou instrução. Em consonância com a superação da perspectiva, perfilhada pelo Código Administrativo, que estreitava as causas de ilegalidade das ordens para efeitos do seu cumprimento pelo subalterno³⁸⁰, concebemos a validade do comando como uma condição da *emergência* ou da *existência* do dever de obediência e não como um mero motivo para permitir ao subordinado que deixe de obedecer ao comando³⁸¹. Aliás, esta última compreensão (que rejeitamos) parece ignorar que o dever de obediência só existe *qua tale*, quando tenha de ser cumprido; parece-nos talvez algo artificial autonomizar as hipóteses em que o dever não existe (por não se referir a uma ordem ou instrução emanada de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço) daquelas em que o dever existe... mas não tem de ser cumprido (como acontece nitidamente quando estão em causa comandos ilegais que conduzem à prática de crimes) –

³⁷⁹ Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 824.

³⁸⁰ O artigo 503.º do Código Administrativo apenas considerava ordens ilegais aquelas que emanassem de autoridade incompetente, bem como as *manifestamente* contrárias à letra da lei.

³⁸¹ Assim, v. g., Ana Fernanda NEVES (*O Direito Disciplinar da Função Pública*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, vol. II, polic., Lisboa, 2007, p. 227), quando afirma que “é plausível distinguir entre os requisitos da existência do dever de obediência, que, portanto, relevam para além da (ou antecedentemente à) validade da ordem, que assim legitimam, desde logo, a desobediência e os requisitos em que, ainda que a ordem reúna aqueles, o funcionário pode desobedecer”.

a determinar que, neste último caso, o dever não vincula e, por conseguinte, também não se assume como tal.

Não se encontrando cumpridos tais pressupostos (formais e materiais), deparamo-nos com uma situação de *obediência indevida* – categoria legalmente acolhida, desde logo, pela alínea *e*) do artigo 22.º do ED, quando qualifica como uma circunstância atenuante especial da infracção disciplinar o acatamento, bem-intencionado, de ordem ou instrução de superior hierárquico, nos casos em que *não fosse devida obediência*. Admitir a existência de casos de obediência indevida e, por conseguinte, de não emergência do dever de obediência, não exige, porém, que se atribua aos subalternos uma competência *autónoma* de fiscalização do conteúdo dos comandos hierárquicos – mais que um dever de apreciação da juridicidade destes últimos, ao órgão encontra-se cometido o dever de controlar a juridicidade da sua actuação, ainda que a mesma seja efectuada com base em ordens ou instruções superiores³⁸². Com efeito, o conteúdo funcional das tarefas cometidas aos órgãos administrativos (ainda que subalternos) postula que estes actuem em conformidade com as normas jurídicas aplicáveis, sobre estes impendendo um dever de actuação de acordo com a juridicidade, assimilável, *v. g.*, pelo dever de zelo, previsto no artigo 3.º do ED³⁸³. Não está apenas em causa a defesa de uma fiscalização dos comandos, de natureza individual ou normativa, emanados pelo superior hierárquico ou, no mínimo, a repulsa de uma atitude totalmente acrítica (por princípio) perante os mesmos, mas também um auto-controlo da juridicidade da actuação própria e, aspectos que ainda se enquadram no conteúdo funcional da actividade do subalterno.

Esta percepção afigura-se determinante relativamente a dois aspectos correlacionados: por um lado, a inclusão do dever de aferição da legalidade da própria

³⁸² E com esta afirmação, não pretendemos negar a “competência geral de examinar a validade de todo o Direito que serve de fundamento à actuação administrativa”, que Paulo OTERO (*Legalidade...*, cit., p. 704) assimila precisamente à faculdade, reconhecida ao subalterno, de examinar a legalidade das ordens e instruções, com o objectivo de saber quando existe (ou não) dever de obediência. Entendemos, porém, que se não torna necessário erigir, na esfera funcional do subordinado, uma competência (em sentido próprio) para esse efeito, porquanto tal se encontra coberto pelo dever de diligência.

³⁸³ Nos termos do n.º 7 do artigo 3.º do ED, “o dever de zelo consiste em conhecer e aplicar as normas legais e regulamentares e as ordens e instruções dos superiores hierárquicos, bem como exercer as funções de acordo com os objectivos que tenham sido fixados e utilizando as competências que tenham sido consideradas adequadas”. Concretizando este dever, Ana Fernanda NEVES [«O Direito da Função Pública», in: Paulo OTERO/Pedro GONÇALVES (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 520] explicita que aquele exige um “exercício funcional informado, tecnicamente preparado, empenhado, diligente, do trabalhador”. Cf. também Paulo Veiga e MOURA, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 49, anotação 15 ao artigo 3.º.

conduta em função da validade dos regulamentos administrativos aplicáveis depende do concreto conteúdo da função cometida ao subalterno e dos correspondentes deveres funcionais, bem como do grau de autonomia que se lhe encontra conferido quanto à interpretação das normas jurídicas aplicáveis, aspectos que variam em razão das qualificações e capacidades (também variáveis) exigidas a cada titular do órgão para o exercício das concretas tarefas que lhe estão atribuídas; por outro lado, a inclusão deste dever no conteúdo funcional das tarefas dos titulares dos órgãos possui uma relevância no plano das consequências jurídicas sofridas pelo subordinado quando pratique um acto ilícito, em obediência a um comando hierárquico ilegal (*lato sensu*), consequências essas que compreendem, consoante os casos, a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

β) Atenta a disparidade de hipóteses incluídas no conceito de obediência indevida, as respectivas consequências variam também em função da gravidade e da evidência dos pressupostos não cumpridos. Daí que o sistema jurídico oscile entre a possibilidade de o subalterno desrespeitar, de imediato, o comando hierárquico ou exercer a *remonstratio* perante o superior – consequências que, no contexto em que nos movemos, se reconduzem ao afastamento imediato e definitivo da norma regulamentar na resolução do caso concreto ou à suspensão da sua aplicação, respectivamente.

O facto de quer a Constituição (no artigo 271.º, n.º 2), quer a lei (no artigo 3.º, n.º 8, do ED) associarem constitutivamente a observância dos assinalados pressupostos formais ao dever de obediência leva a que se considere que o respectivo incumprimento permite uma imediata “desobediência” e, por conseguinte, admite que o subalterno não decida o caso concreto pela mediação das normas em causa. Com efeito, da concepção constitucional e legal resulta, com nitidez, que o incumprimento dos pressupostos formais determina o não surgimento, na esfera do subalterno, do dever de obediência, que, como tal não se encontra vinculado pelos comandos assim viciados.

Idêntica solução é seguida sempre que o cumprimento do comando emitido pelo superior hierárquico conduz à prática de um *ilícito-típico penal*³⁸⁴: eis o que decorre, *expressis verbis*, do n.º 3 do artigo 271.º da Constituição, prescrição repetida pelo n.º 2 do

³⁸⁴ Assim, Nuno BRANDÃO, *Justificação...*, cit., pp. 251 e s. (na linha de Figueiredo DIAS, *Direito...*, cit., p. 646). Como sublinha o Autor, a expressão não se revela despicienda, visto que só assim fica cumprida a *ratio* inerente aos preceitos constitucional e legal em causa: evitar que uma ordem possa determinar a exclusão da ilicitude da conduta do funcionário que comete um facto típico em sua execução, a qual é considerada como penalmente ilícita.

artigo 36.º do Código Penal e pelo n.º 5 do artigo 5.º do ED. Assim, *mutatis mutandis*, sempre que o(s) vício(s) do regulamento determine(m) que a respectiva observância origine a prática de um crime, não persistirão dúvidas sobre o reconhecimento da competência do órgão para postergar, *de imediato*, a respectiva aplicação à situação concreta. Pense-se, *v. g.*, num regulamento emanado por um presidente da câmara, que, para além do vício competencial, ainda admitisse o licenciamento da construção de edifícios de habitação em terrenos integrados na faixa terrestre de protecção costeira (incluídos em área de reserva ecológica nacional), contra o disposto no Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto (aprova o regime jurídico da reserva ecológica nacional³⁸⁵); a aplicação de tal regulamento (mediante o deferimento de uma licença de construção) faria incorrer o subalterno (“consciente da desconformidade da sua conduta com normas urbanísticas”) na prática do crime previsto no artigo 382.º-A do Código Penal – o que legitimaria a desaplicação do regulamento no caso concreto³⁸⁶.

A consideração deste dispositivo permite sedimentar uma primeira conclusão: no mínimo, o subordinado encontra-se vinculado a avaliar se a aplicação de um determinado regulamento origina ou não a prática de um ilícito-típico e, caso a resposta assuma um pendor positivo, deve afastá-lo da solução do caso concreto. Uma vez mais recordamos, porém, que a realização de tal avaliação deve estar ainda ao alcance do titular (médio) do órgão em causa: daí que o artigo 37.º do Código Penal reconheça, sob a epígrafe «obediência indevida desculpante», que “age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas”; este preceito prevê, pois, uma causa de

³⁸⁵ Rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 63-B/2008, de 21 de Outubro.

³⁸⁶ Repare-se que, na ausência de recusa de aplicação, o acto administrativo praticado em cumprimento do regulamento padeceria de invalidez, nos termos da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA, que determina a nulidade dos actos administrativos cujo objecto constitua um crime. Na senda de Vieira de ANDRADE («Validade», cit., p. 588), cabe fazer duas observações a este propósito: por um lado, o termo «objecto» está aqui presente nos seus dois sentidos (objecto imediato, que “corresponde aos efeitos jurídicos do acto”, e objecto mediato, *i. e.*, o “ente que sofreu tais efeitos”); por outro lado, continua a ser considerado nulo o acto que pressuponha a prática de um crime, ainda que, em si mesmo, não configure um facto criminoso (cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 645, anotação X ao artigo 133.º). Para efeitos de declaração de nulidade de um acto administrativo que pressuponha a prática de um crime, não é necessária uma prévia sentença de um tribunal que o qualifique como tal: o acto será considerado nulo sempre que a sua prática se funde num acto ilícito qualificado como crime pela lei; isto acontece desta forma, até porque pode não ser possível obter uma sentença condenatória pela comissão de determinado facto criminoso (*v. g.*, se o arguido é inimputável ou morre antes da sentença condenatória), não devendo tais situações tolher as consequências jurídico-administrativas referentes ao acto praticado nas referidas circunstâncias (assim, já GARCÍA DE ENTERRIA/RAMÓN FERNANDEZ, *Curso...*, cit., pp. 634 e s., a propósito de prescrição análoga do direito espanhol).

exclusão da culpa para as hipóteses em que o subalterno cumpre o comando, precisamente por desconhecer que tal cumprimento o fará incorrer na prática de um crime³⁸⁷.

Resta saber se, relativamente à possibilidade de afastamento imediato da observância do comando hierárquico, se poderá ir mais longe e assimilar à prática de crime todos os casos em que o acatamento dos regulamentos do superior conduza à prática de actos nulos ou atentatórios de direitos, liberdades e garantias. Sem prejuízo da complexidade que a questão suscita no quadro da obediência a ordens do superior hierárquico, os obstáculos avolumam-se na arena em que nos movemos, em resultado quer da dificuldade de delimitação do regime jurídico das invalidades das normas regulamentares, quer da circunstância de, tradicionalmente, se caracterizar tal invalidade como nulidade – última hipótese esta que, em abstracto, transformaria o argumento emergente do dever de obediência num arrimo para fundamentar um dever de recusa de aplicação, pelos subalternos, de todos os regulamentos inválidos emanados pelo superior hierárquico.

Quanto a este problema, alguma doutrina aponta para a assimilação à excepção constitucionalmente prevista das situações de execução de comando que implique a violação ostensiva e dificilmente reparável do núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias, ou origine, com probabilidade e evidência, um caso de nulidade³⁸⁸, bem como quando as ordens e instruções padeçam de inconstitucionalidade³⁸⁹. No máximo, poderá admitir-se, neste horizonte, uma solução idêntica à contemplada no n.º 2 do §63 da *Bundesbeamtengesetz* de 2009 (embora presente em diplomas anteriores), onde se prevê a inexistência de dever de obediência se a conduta adoptada em seu cumprimento se revelar

³⁸⁷ Sobre este preceito, respectivos fundamentos e questões dogmáticas subjacentes, cf., desenvolvidamente, Nuno BRANDÃO, *Justificação...*, cit., pp. 284 e ss., esp.^{te} pp. 299 e ss., adoptando, porém, uma perspectiva diversa da de Figueiredo DIAS, *Direito...*, cit., pp. 645 e ss. (v. p. 651).

³⁸⁸ Cf. Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., pp. 179 e ss., e *O Poder...*, vol. II, cit., p. 436; relativamente apenas à cessação do dever de obediência por força da nulidade do acto a que conduzirá o respectivo cumprimento, v. Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 736; M. Rebelo de SOUSA, *O Valor...*, cit., p. 226 (a propósito do regime típico da nulidade do acto administrativo). V. também Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 828, excluindo o dever de obediência quando as ordens ou instruções resultarem de um acto nulo, hipótese que assimila às situações em que aquelas implicam a prática de um crime. Numa posição ponderada, Vieira de ANDRADE («A Nulidade...»), cit., p. 348) admite a possibilidade de o subalterno não executar um acto administrativo, em situações evidentes de nulidade-inexistência, que ponham em causa o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, exigindo, porém, a prudência do agente ou titular, que terá de possuir conhecimentos jurídicos e estar convencido da ofensa dos valores constitucionais.

³⁸⁹ Magalhães COLLAÇO, «A Desobediência...», cit., pp. 99 e s., que, louvando-se na *ratio* inerente a uma moção apresentada por Afonso Costa na Câmara dos Deputados (1915), admite que os funcionários devam recusar-se a cumprir ou a obedecer a ordens que infrinjam as garantias individuais, a pressupor o poder de apreciação da constitucionalidade da ordem recebida.

lesiva da dignidade humana – a permitir uma estreita aproximação às hipóteses (que já considerámos) de violação do princípio da justiça. Não obstante a relevância que a teoria da gravidade e da evidência dos vícios que afectam as normas assume na resolução do problema da recusa de aplicação (cf., *supra*, 2.1.4.), entendemos que uma posição mais ampla estende de forma inoportável os casos de cessação do dever de obediência, em termos que conferem ao subalterno uma faculdade latíssima de inobservância imediata das instruções e das normas regulamentares externas dos superiores hierárquicos³⁹⁰. Não se julgue, porém, que esta objecção constitui um subterfúgio para evitar as consequências práticas da teoria das invalidades do regulamento *supra* traçada (Parte III, 3.4.3.): o afastamento daquela perspectiva radica na compreensão do sentido e do alcance da relação hierárquica que, por definição, retira da esfera do subalterno a autonomia para interpretar os comandos do superior hierárquico e, em geral, os actos normativos. Por outro lado, da perspectivação do sentido e alcance da subordinação hierárquica decorre uma íntima conexão entre esta e o princípio democrático, a postular que a decisão sobre a invalidade de normas deva caber aos órgãos que se encontrem dotados de maior legitimidade e responsabilidade³⁹¹ e, em simultâneo, a exigir uma restrição das hipóteses de afastamento imediato das normas regulamentares pelos subalternos, com fundamento na sua invalidade, àquelas que se encontram, de forma expressa, constitucional ou legalmente contempladas.

γ) Todavia, e como resulta das considerações precedentes, importa agora observar que do n.º 3 do artigo 271.º não decorre, *a contrario*, que, encontrando-se verificados os requisitos formais da legitimidade do comando hierárquico, em todos os restantes casos deve o subordinado cumprir inquestionavelmente os comandos ilegais, numa excepção

³⁹⁰ Excluimos, assim, a possibilidade de inobservância imediata aos comandos hierárquicos (ou de imediata recusa de aplicação de normas regulamentares) quando estes determinem a prática de actos nulos.

Neste sentido, Sérvulo CORREIA (*Noções...*, cit., pp. 363 e s.), a propósito do regime jurídico da nulidade, interpretara de forma estrita o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 271.º da Constituição, defendendo que apenas a verificação do circunstancialismo aí previsto liberta do cumprimento do dever de obediência. Acolhendo esta posição, cf. Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 247, n. 564. V. também M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 652, comentário I ao artigo 134.º. Atente-se, porém, que estes Autores se debruçam sobre um problema não inteiramente coincidente com o que versamos; *in concreto*, equacionam a questão da obediência a ordens contidas em actos nulos.

³⁹¹ Aludindo já à hierarquia como instrumento (embora não exclusivo) de democracia, cf. Barbosa de MELO, «Introdução...», cit., pp. 83 e s.; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 244; Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 333 e s., que alude ainda ao princípio da legitimidade democrática ascendente, segundo o qual “quanto mais elevado se situar o órgão na estrutura hierárquica, maior será a legitimidade democrática das suas decisões”.

(pelo menos, relativa) ao princípio da legalidade administrativa³⁹². Mesmo para além das situações-limite associadas à comissão de um facto ilícito criminal, a Constituição permite fundamentar um “sistema de obediência hierárquica num quadro de base legalista”³⁹³, que impede a rejeição, sem mais, dos comandos do superior³⁹⁴, mas que também inviabiliza a defesa de qualquer concepção que postule uma obediência cega do subalterno ao superior hierárquico e, por conseguinte, aos regulamentos por este emanados.

Neste sentido milita o n.º 2 do artigo 271.º da Lei Fundamental, que exclui a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções *se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito*. No plano infra-constitucional, a disciplina do sistema de respeitosa representação encontra-se prevista no artigo 5.º do ED, a propósito da exclusão da responsabilidade disciplinar. Aí se contempla um conjunto de hipóteses, desenhado em função da urgência na execução da ordem ou instrução para a resolução do caso concreto: em situações normais, admite-se que o trabalhador reclame ou exija a transmissão/confirmação do comando por escrito e aguarde a decisão do superior (n.ºs 1 e 2); todavia, se esta decisão não ocorrer dentro do tempo em que, sem prejuízo, o cumprimento destas possa ser demorado, o trabalhador comunica, também por escrito, ao seu imediato superior hierárquico, os termos exactos da ordem ou instrução recebidas e da reclamação ou do pedido formulados, bem como a não satisfação destes, executando seguidamente a ordem ou instrução (n.º 3). A urgência pode ainda decorrer do facto de a ordem ou instrução serem dadas, de forma expressa, com menção de cumprimento imediato ou sem prejuízo do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do ED; somente nestas

³⁹² Cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 1001, mas recusando tal concepção e adoptando a perspectiva segundo a qual, ainda quando a Constituição obriga ao cumprimento de comandos ilegais, tal não consubstancia uma excepção ao princípio da legalidade, mas configura a vigência de uma “legalidade especial circunscrita ao âmbito interno da actividade administrativa”, emergente da circunstância de sobre os subordinados impender um comportamento que, noutra circunstancialismo, seria ilegal (v. também *Op. cit.*, p. 404, e Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., pp. 184 e ss.). Até porque, prosseguindo na posição do Autor, “obedecer às ordens ilegais é ainda cumprir a norma legal que impõe esse dever aos órgãos subalternos”, motivo pelo qual o dever de obediência a comandos ilegais não representa uma ruptura no sistema (Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 1002 e s.). Cf., porém, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 830, defendendo que a obediência a comandos ilegais constitui uma excepção ao princípio da legalidade, somente admissível porque legitimada pela própria Constituição. V. também a análise crítica de A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 422 e s..

³⁹³ Rui MEDEIROS/Tiago MACIEIRINHA, «Artigo 271.º», cit., p. 642, anotação VI.

³⁹⁴ Para uma explanação crítica desta perspectiva (cunhada por Duguit), cf. Cunha VALENTE, *A Hierarquia...*, cit., pp. 161 e ss..

hipóteses, o subalterno se encontra vinculado à execução imediata do comando hierárquico, devendo, em seguida, efectuar a comunicação prevista no n.º 3 (cf. n.º 4)³⁹⁵.

A previsão constitucional e legal do designado sistema de respeitosa representação possui consequências decisivas no cenário em que nos movemos. Desde logo, comete aos trabalhadores da Administração pública e aos titulares dos órgãos administrativos, o poder de, em certos termos, examinar a juridicidade dos comandos que lhe são dirigidos³⁹⁶, e, *mutatis mutandis*, confere-lhes uma competência de fiscalização da validade dos regulamentos administrativos a mobilizar nos casos concretos, ainda que limitada ao grau de autonomia que a hierarquia administrativa lhes atribui, nos termos supra-mencionados. Com efeito, o subordinado só beneficiará da causa de exclusão da ilicitude, que o exime de responsabilidade (civil ou disciplinar) pela prática de actos ilícitos impostos por ordens ou instruções do superior hierárquico se previamente reclamar destas últimas – juízo que postula a análise da respectiva validade.

Esta afirmação carece, contudo, de explicitações complementares, relacionadas quer com a vinculatividade associada ao sistema da respeitosa representação, quer com o impacto por ele exercido quanto à afirmação (ou não) de uma competência de recusa de aplicação dos regulamentos pelos subalternos.

Desde logo, importa aferir se estamos diante de uma simples faculdade dos subalternos ou se o mesmo se assume como um *poder-dever*, em termos de ser admissível afirmar que aqueles se encontram vinculados a analisar a legalidade dos comandos hierárquicos e, em especial, das normas regulamentares aplicandas e, conseqüentemente, exercer a *remonstratio*. Embora aparentemente resolúvel em sede de exercício de respeitosa representação, trata-se de uma questão que vai para além da consideração do alcance deste sistema e atinge o âmago do sentido do dever de obediência.

A resposta ao problema pode principiar por uma tentativa de qualificação do sistema de respeitosa representação como direito ou como dever, atentando no respectivo regime jurídico, em especial nas consequências jurídicas associadas ao seu não exercício.

³⁹⁵ Subjacente a este regime, desenhado em função da urgência na execução do comando hierárquico, encontra-se a distinção, presente em Marcello CAETANO (*Manual...*, cit., vol. II, p. 735), entre *ordens normais ou correntes* (aquelas cujo cumprimento não permite delongas e que, portanto, exigem uma execução imediata e pontual), *ordens excepcionais dadas por escrito* (aquelas relativamente às quais se pode exercer a respeitosa representação, mas cuja obediência não pode ser demorada para além de um lapso temporal razoável, visto que a forma da ordem já reflecte uma especial ponderação do superior hierárquico e pressupõe que se suscitem menos dúvidas ao subalterno) e *ordens excepcionais dadas verbalmente* (aquelas que admitem o exercício da respeitosa representação em termos mais latos).

³⁹⁶ Assim, também já Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 238.

A este nível, o raciocínio parte de dois pontos decisivos: por um lado, o princípio segundo o qual o subalterno deve obediência aos comandos do superior hierárquico, incluindo aos respectivos regulamentos; por outro lado, a circunstância de o subordinado incorrer em responsabilidade quando execute comandos ilegais ou aplique normas inválidas, salvo se, anteriormente, tiver exercido a respeitosa representação. A confluência destes dois vectores permite, pelo menos, afastar a ideia de acordo com a qual o sistema de respeitosa representação configura uma «faculdade de utilização discricionária»³⁹⁷: em rigor, se, mesmo perante comandos ilegais, o inferior não tem uma verdadeira alternativa entre obedecer e desobedecer (sujeitando-se, nesta última hipótese, a responsabilidade³⁹⁸), também se não pode considerar que aquele possua uma autêntica opção entre exercer a respeitosa representação e obedecer (visto que a obediência a comandos ilegais sem prévia representação não o exime de responsabilidade civil e disciplinar). Pelo contrário, e confrontando-se o subalterno com um caso concreto assimilável por uma norma regulamentar inválida emanada pelo respectivo superior, tem, no mínimo, o ónus de, antes de o solucionar pela mediação dessa norma, apresentar as suas dúvidas ao superior, sob pena de responsabilidade civil e disciplinar.

Nesta medida, e em rigor, não é o sistema de respeitosa representação que obriga o subalterno à apreciação da legalidade dos comandos que lhe são dirigidos ou de exame da validade das normas regulamentares a aplicar no caso concreto. Já vimos que, no mínimo,

³⁹⁷ Assim, Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 212. A rejeição da existência de um dever de respeitosa representação é igualmente partilhada, com veemência, por A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., p. 404. Neste sentido parece inclinar-se também Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 829, por aludir à respeitosa representação como «direito» e aos casos em que o subalterno o *pode* exercer.

³⁹⁸ Poderá estar aqui em causa responsabilidade civil e disciplinar, mas já não penal. Com efeito, e embora não se trate de uma norma especificamente dirigida aos trabalhadores da Administração Pública (apresentando antes um alcance geral), decorre do disposto no artigo 348.º do Código Penal que só preenche o ilícito-típico do crime de desobediência o incumprimento de ordens ou mandados *legítimos* e desde que esteja em causa um «dever qualificado de obediência», *i. e.*, um dever que tenha como fonte uma disposição legal que comine a sua punição ou, na ausência desta, se a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação (sobre o tipo objectivo de ilícito inerente ao crime de desobediência, cf. Cristina Líbano MONTEIRO, «Artigo 348.º – Anotação», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 351). Ora, dentro do conceito de legitimidade da ordem deve incluir-se a verificação não apenas dos requisitos formais, mas também dos requisitos materiais, relacionados com a validade do comando – a postular que o incumprimento de comandos inválidos não gera a responsabilidade penal do funcionário (assim, já Paulo OTERO, *Conceito...*, cit., p. 175), porquanto a respectiva legitimidade constitui elemento integrante da factualidade típica (Cristina Líbano MONTEIRO, «Artigo 348.º...», cit., p. 358).

Atente-se, porém, que o facto de o artigo 348.º se reportar textualmente à desobediência a *ordem* ou *mandado* legítimo sempre inviabilizará, salvo disposição especial, a aplicação deste preceito à hipótese de inobservância de normas regulamentares inválidas (incluindo instruções). Na verdade, a doutrina vem interpretando aqueles conceitos no sentido de se tratar de comandos individuais e concretos dirigidos a alguém – cf. Cristina Líbano MONTEIRO, «Artigo 348.º...», cit., pp. 354 e s..

e de modo directo, a fiscalização dos comandos e dos regulamentos é imposta ao subordinado, com o intuito de avaliar se a respectiva observância envolve a prática de um crime. Contudo, e além disso, a forma como, entre nós, se encontra construída a disciplina jurídica do dever de obediência (onde, naturalmente, se inclui o sistema de respeitosa representação) acaba por, indirectamente, impor ao subordinado uma fiscalização da validade dos regulamentos do superior hierárquico, porquanto o seu cumprimento ou a sua aplicação acrítica, quando ilegal, significa a prática de um acto ilícito pelo subalterno, gerador da sua responsabilidade – da qual se poderá eximir tão-só quando beneficie da *causa de exclusão da ilicitude* contida no n.º 2 do artigo 271.º da Constituição³⁹⁹. Finalmente, e como principiámos por sublinhar, a análise da validade das normas regulamentares a mobilizar pelos subalternos corresponde a um dever funcional, integrado nas tarefas que lhes estão cometidas.

Admitida esta competência de exame, cujo não exercício redonda na responsabilização do titular do órgão, funcionário ou agente, resta saber qual o respectivo alcance; por outras palavras, importa determinar se se revela exigível, em qualquer hipótese, ao subalterno o conhecimento da invalidade das normas regulamentares emitidas pelo superior hierárquico. Mais uma vez recordamos que a responsabilização do subordinado por uma decisão ilegal, conseqüente da convocação de uma norma regulamentar inválida, há-de ter naturalmente alguns limites – como, aliás, a doutrina reconhece, quando reflecte sobre a exigibilidade do exercício da respeitosa representação

³⁹⁹ Configurando já o exercício da respeitosa representação como causa de exclusão da ilicitude, v. Rui MEDEIROS/Tiago MACIEIRINHA, «Artigo 271.º», cit., p. 645, anotação VII c).

Repare-se, pois, que o não exercício da respeitosa representação não determina a responsabilidade do subordinado ou, dito de outra forma, o não exercício da respeitosa representação não constitui, em si, um facto ilícito. A responsabilidade (disciplinar e civil) em que incorre o subalterno quando cumpra comandos ilegais ou normas regulamentares inválidas *sem prévio exercício da respeitosa representação* decorre, outrossim, da violação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultante da obediência aos comandos ilegais ou da aplicação dos regulamentos inválidos. O sistema da respeitosa representação permite, pois, que, vinculado, por força da decisão do superior, a praticar um acto ilícito, o subordinado não incorra em responsabilidade, por se encontrar a coberto de uma causa de exclusão da ilicitude.

Observe-se, porém, que o exercício da respeitosa representação não funciona como causa de exclusão da ilicitude *penal*. Como assinalámos, se o cumprimento do comando hierárquico conduz à prática de um crime, não existe, nos termos constitucionais e legais, dever de obediência, legitimando o subalterno ao não acatamento imediato da ordem ou instrução. Tal não significa que aquele se encontre impedido de exercer a respeitosa representação; simplesmente, a utilidade do sistema encontra-se perecida, porquanto, ainda que o superior confirme a ordem, a respectiva execução pelo subordinado configurará sempre a prática de um ilícito penal não justificado. A exclusão da responsabilidade penal por obediência só ocorrerá através da mobilização da causa de exclusão da culpa do já mencionado artigo 37.º e se se verificarem os pressupostos aí previstos (a não evidência, no quadro das circunstâncias representadas pelo subalterno, de que o cumprimento da ordem conduz à prática de crime) – o que nos parece não suceder se o subalterno tiver reclamado do comando, justamente com fundamento no facto de a sua execução determinar a prática de um crime.

como causa de exclusão da ilicitude⁴⁰⁰. Deverá ter-se em conta a categoria e as tarefas habitualmente desempenhadas pelo órgão em causa, bem como o tipo de vício (material ou formal) que afecta o regulamento, e a respectiva evidência.

δ) Das observações precedentes torna-se agora possível extrair uma quádrupla conclusão: *primo*, quando, em virtude do exercício da sua competência de fiscalização, se aperceba da invalidade do regulamento (que inquinará o acto a praticar), o subalterno não pode recusar, sem mais, a respectiva aplicação; *secundo*, o subalterno só poderá, sem incorrer em responsabilidade, resolver o caso mobilizando a norma inválida se, em resultado do exercício do seu dever de respeitosa representação, o superior assim o determinar; *tertio*, embora ao subalterno se encontre cometida um dever de fiscalização da invalidade das normas regulamentares, não é dotado de uma autonomia interpretativa face ao superior hierárquico, daí decorrendo a ausência de uma genérica competência de recusa de aplicação; *quarto*, ao subordinado apenas é reconhecida a possibilidade de recusa de

⁴⁰⁰ O reconhecimento do dever de auto-controlo da juridicidade da actuação própria e a conseqüente responsabilização do trabalhador pelo respectivo incumprimento exige uma consideração diferenciadora das capacidades do trabalhador-tipo. Sobre a necessidade de atender às circunstâncias concretas do titular do órgão em causa, já Marcello CAETANO (*Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1932, pp. 71 e s.) defendia que “nem sempre é possível a qualquer agente dos graus inferiores, a quem incumbe realizar uma só parcela do trabalho conjunto, dizer se a ordem recebida do superior legítimo no exercício da competência é ou não conforme ao espírito da lei e ao fim ou interesse do serviço. Mas já o mesmo não sucede com os pertencentes a categorias mais elevadas, os Directores Gerais, por exemplo, que devem resistir às ordens dos Ministros quando viciadas de desvio do poder”. Na mesma linha, Cunha VALENTE (*A Hierarquia...*, cit., pp. 171 e s.) sublinhava a injustiça de assacar a qualquer subalterno, até ao mais ínfimo, a responsabilidade por um acto que não é da sua iniciativa e cuja legalidade não se revela susceptível de avaliação pelo subordinado – o qual, em regra, não possuirá habilitação e/ou experiência idênticas ou comparáveis ao superior hierárquico. Em consonância, o Autor restringe a imposição do dever de exercício da respeitosa representação às hipóteses em que estejam em causa “ordens cuja ilegalidade substancial se julgue que não passaria despercebida a qualquer funcionário da sua categoria, de inteligência e cultura normais” (*Op. cit.*, p. 214).

Assume aqui relevância decisiva o critério do “normal” titular do órgão, formulado, para efeitos de responsabilidade civil, no n.º 1 do artigo 10.º do RRCEE, a implicar que apenas se puna (desde logo, civilmente) o titular que não agiu com a diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias do caso, a um titular de órgão zeloso e cumpridor. Cf., v. g., M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Responsabilidade...*, cit., p. 26; Carlos CADILHA, *Regime...*, cit., pp. 164 e s., anotação 4 ao artigo 10.º. Neste sentido, Ana NEVES («O Direito...», cit., p. 523) alude à necessidade de ponderar o “grau expectável de compreensão da realidade fáctica e jurídica e o circunstancialismo dado”.

Critério análogo deverá seguir-se quanto à responsabilidade disciplinar, não se verificando a violação de qualquer dever funcional se o trabalhador actuar ilicitamente, mas em conformidade com um comando ilegal, não lhe sendo exigível o reconhecimento da ilicitude da sua conduta. Diferente desta hipótese é a que se encontra subjacente à citada alínea e) do artigo 22.º do ED: nesta situação, existe uma infracção disciplinar (pela prática de um acto ilegal), mas a mesma beneficia de uma circunstância atenuante, em virtude de tal ilicitude emergir do acatamento de um comando ilegal; quer dizer, embora se revelasse exigível que o subordinado houvesse reconhecido que o acto a praticar se assumia como contrário à ordem jurídica, o facto de a sua actuação ter sido induzida por um comando do superior hierárquico conduz à atenuação da responsabilidade disciplinar.

aplicação nas hipóteses excepcionais em que a resolução do caso concreto pela mediação da norma envolva a prática de um crime e a ofensa do princípio da justiça.

2.2.4. Superintendência e tutela

Apesar da ambiguidade inerente à combinação entre os termos, a expressão «superintendência e tutela» encontra respaldo na alínea *d*) do artigo 199.º da Constituição, sendo aqui mobilizada para nos reportarmos às relações entre entidades públicas e respectivas administrações indirectas⁴⁰¹. O facto de a superintendência⁴⁰² constituir um *plus* relativamente à tutela não impede que, relativamente a determinadas entidades (cuja qualificação como Administração indirecta se mostra, por vezes, duvidosa), a Constituição tenha pretendido introduzir um elemento diferenciador, para aludir às relações estabelecidas entre o Governo e tais entidades que, satisfazendo fins estaduais, se encontram dotadas de maior autonomia e capacidade de auto-organização, como sucede, por excelência, quanto às universidades, identificadas como uma forma de «*administração estadual indirecta autónoma*» (por, em simultâneo, prosseguirem fins do Estado e possuírem uma capacidade de auto-administração, que envolve, como vimos, poderes de autonomia normativa)⁴⁰³. Neste ponto, porém, reportar-nos-emos apenas às situações em que a relação inter-subjectiva submete uma entidade à orientação e controlo de outra, afastando os casos (entre os quais, como veremos, se enquadram precisamente as universidades públicas) em que existem *somente* poderes de tutela *stricto sensu*, não coenvolvendo poderes de orientação.

As questões a formular neste ponto surgem quer relativamente à recusa de aplicação pelo superintendente de regulamentos emitidos pela entidade superintendida, quer a propósito da recusa de aplicação pelos órgãos submetidos a poderes de

⁴⁰¹ Cf. também Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 83, referindo-se à concepção, em termos ambíguos, da tutela no nosso sistema administrativo.

⁴⁰² O próprio conceito de superintendência – convocado para identificar um tipo de relação intersubjectiva entre duas entidades públicas – não é imune a alguma oscilação semântica: atente-se, *v. g.*, no artigo 72.º da Lei n.º 169/99, que atribui ao presidente da câmara a “superintendência nos serviços”, *i.e.*, os poderes de “coordenar os serviços municipais no sentido de desenvolver a sua eficácia e assegurar o seu pleno funcionamento”.

⁴⁰³ Exactamente nestes termos, Pedro GONÇALVES, *O Novo Regime...*, cit., p. 8.

Esta diversidade terminológica surge na própria doutrina: assim, *v. g.*, adoptando um sentido muito amplo de tutela (que compreende a superintendência e a tutela sobre os entes autónomos), cf. Baptista MACHADO, «Participação...», cit., pp. 9, 13 e ss. (aludindo a duas formas de tutela).

A associação entre administração indirecta e tutela e superintendência encontra também acolhimento no plano legislativo, visto que a *Lei-Quadro dos Institutos* (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril) distingue entre tutela (artigo 41.º) e superintendência (artigo 42.º), consagrando preceitos diferenciados para cada uma delas.

superintendência e tutela dos regulamentos emitidos pelos superintendente. Concretizando, estará, neste momento, em causa a apreciação da possibilidade recíproca de recusa de aplicação entre Governo/governos regionais e institutos públicos e, eventualmente, entre Governo/governos regionais/municípios e entidades públicas empresariais.

Poder-se-ia considerar que, no âmbito problemático em que nos movemos – o da recusa de aplicação e, por conseguinte, da realização concreta do direito – não assumiria especial relevância o estudo destes casos, por não ser frequente que o órgão superintendente (e tutelar) venha a solucionar casos concretos pela mediação de regulamentos emanados por órgãos das entidades àqueles submetidas, desde logo, por uma questão de divisão de competências; não se poderá, todavia, excluir tal hipótese, a partir do momento em que o legislador preveja o recurso tutelar, nos termos do artigo 177.º do CPA, relativamente aos actos praticados pelos órgãos da entidade superintendida.

A resolução do problema da recusa de aplicação pelo superintendente das normas regulamentares emanadas pelo superintendido recebe uma primeira resposta através do critério (já enunciado – cf., *supra*, 2.2.1.) da competência para a declaração administrativa de ilegalidade; *i.e.*, o superintendente terá competência para desaplicar os regulamentos do superintendente se for competente para declarar a respectiva ilegalidade. Convocando novamente (a título analógico) o regime da revogação anulatória, o n.º 3 do artigo 142.º do CPA estabelece que os actos praticados pelos órgãos sujeitos a tutela administrativa só podem ser revogados pelos órgãos tutelares nos casos expressamente permitidos por lei. A primeira conclusão a retirar deste dispositivo consiste em fazer depender a competência para a declaração administrativa da ilegalidade do regulamento (uma das expressões do – eventual – poder de correcção) da concreta configuração legal da relação de superintendência ou tutela estabelecida entre órgão superintendente ou tutelar e entidade submetida a superintendência (e tutela)⁴⁰⁴. Daí que, em geral, não é o simples facto de o legislador prever a existência de um recurso tutelar, que permite fundamentar a titularidade de uma competência de declaração de ilegalidade de regulamentos e, com base nesta, o

⁴⁰⁴ Numa perspectiva diversa, Paulo OTERO (*O Poder...*, vol. II, cit., pp. 812 e ss.) concebe o recurso tutelar como expressão de um direito de petição *lato sensu* e questiona a conformidade constitucional da norma constante do n.º 2 do artigo 177.º do CPA (que limita o recurso tutelar às hipóteses expressamente previstas na lei), com fundamento na aplicabilidade directa do direito, liberdade e garantia consagrado artigo 52.º da Constituição, na incompatibilidade da configuração excepcional da tutela revogatória com o estatuto constitucional do Governo [ao qual se encontra cometida a defesa da legalidade democrática – artigo 199.º, alínea f)] e na concomitante diminuição dos respectivos meios de intervenção intra-administrativa, com a consequente redução da competência de fiscalização política da Assembleia da República.

reconhecimento de uma competência de recusa de aplicação de normas regulamentares emanadas pelos órgãos das entidades superintendidas ou tuteladas. Além disso, e sem prejuízo de se tratar de uma questão diversa das relações inter-regulamentares, as soluções que encontrarmos têm de se revelar consistentes com as opções consideradas nessa sede (cf. *supra*, Parte III, 2.4.1.), porquanto partem da mesma premissa: a especificidade da relação inter-subjectiva em causa e a sua repercussão no exercício do poder regulamentar (*lato sensu*). Tal como, por via de regra, não existe uma relação de mútua revogação entre regulamentos do superintendente e do superintendido, também aquele não tem, em princípio, competência para declarar a ilegalidade dos regulamentos deste, com a eventual excepção das normas que, sendo emanadas pelo superintendido, contendam com o conteúdo da relação inter-subjectiva. Em suma, apenas nos casos em que a lei confira, de forma explícita, ao superintendente o poder para declarar a ilegalidade dos regulamentos do superintendido, não restarão dúvidas em reconhecer-lhe também o poder de recusa de aplicação.

Resta saber se, nos casos em que o superintendente não tenha competência para declarar a ilegalidade dos regulamentos do superintendido, pode aquele recusar a aplicação dos regulamentos inválidos por este emanado – em particular, quando for chamado a pronunciar-se sobre a validade dos actos do superintendido que os apliquem. Atentemos, como hipótese de trabalho, na situação dos institutos públicos e na sua relação com o Governo. Recorde-se que aqueles dão corpo ao fenómeno da «desconcentração personalizada», encontrando-se submetidos aos poderes de orientação e controlo governamental, nos termos definidos pela *Lei-Quadro dos Institutos Públicos*, os quais envolvem, em geral, o poder do ministro da tutela de emitir directivas ou solicitar informações aos órgãos dirigentes dos institutos públicos sobre os objectivos a atingir na gestão do instituto e sobre as prioridades a adoptar na respectiva prossecução⁴⁰⁵, e, em consonância, de controlar o seu desempenho, designadamente quanto ao cumprimento dos fins e dos objectivos estabelecidos e quanto à utilização dos recursos pessoais e materiais postos à sua disposição (artigo 42.º), e pressupõem, em especial, a submissão de determinadas actuações a autorização ou aprovação (cuja falta é cominada com a ineficácia), o exercício de poder disciplinar sobre membros de órgãos dirigentes, a

⁴⁰⁵ Sem prejuízo da sujeição às orientações governamentais estabelecidas pelo Ministro das Finanças e pelo membro do Governo responsável pela Administração Pública, respectivamente em matéria de finanças e pessoal (artigo 42.º, n.º 2).

fiscalização (através da realização de inquéritos e sindicâncias) e a possibilidade de substituição na prática de actos legalmente devidos, em caso de inércia grave do órgão responsável (artigo 41.º).

Estas considerações apontam no sentido de reconhecer ao Governo a competência para a recusa de aplicação de normas regulamentares emanadas pelos órgãos dos institutos públicos⁴⁰⁶. Esta conclusão encontra-se directamente alicerçada no facto de os regulamentos dos institutos públicos ainda constituírem uma forma de satisfação de interesses estaduais e, por conseguinte, de interesses que não são próprios do instituto público. A esta argumentação não obsta o facto de o legislador haver atribuído a respectiva prossecução a uma entidade diferente do Estado: a opção pela desconcentração possui, em regra, uma justificação organizacional, mas não retira ao instituto a qualidade de gestor de interesses alheios, nem ao Governo a responsabilidade pela definição e representação dos interesses nacionais⁴⁰⁷, hetero-determinando, através da formulação de directrizes, as manifestações de vontade do superintendente e, exercendo, como tal, uma «tutela interna ou directiva»⁴⁰⁸. Parafraseando a expressiva formulação de Sérvulo Correia⁴⁰⁹, o carácter indirecto da administração exercida não confere aos institutos públicos uma auto-definição dos próprios poderes, porquanto, se tal acontecesse, “seriam os institutos uma espécie de monstros do Dr. Frankenstein que, uma vez gerados artificialmente, ganhariam liberdade alheia aos propósitos do seu criador”. Assim, a recusa de aplicação dos regulamentos ilegais emanados pelo instituto público, na medida em que pressupõe uma disponibilidade, pelo superintendente, sobre os efeitos das normas em causa, encarna precisamente a ideia de que, em última análise, a responsabilidade pela prossecução dos interesses em causa pertence ao superintendente que, justamente por isso (e ao contrário do que sucede no âmbito da Administração autónoma), tem poderes acrescidos na relação inter-subjectiva em causa.

Importa, agora, responder à questão inversa, determinando se podem os superintendidos desaplicar os regulamentos dos superintendentes, quando incidam sobre matérias incluídas nas suas atribuições. Resulta da configuração da relação de superintendência uma resposta negativa. Uma vez mais, atentemos nos institutos públicos.

⁴⁰⁶ Sobretudo quando possa estar em causa ainda a competência governamental de defesa da legalidade democrática, inscrita na alínea *f*) do artigo 199.º da Constituição. Cf. também (embora adoptando uma posição mais lata), Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 705.

⁴⁰⁷ Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 14.

⁴⁰⁸ Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 19.

⁴⁰⁹ Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 260.

Os fundamentos que nos levaram a admitir a recusa de aplicação pelo Governo de regulamentos emanados pelos institutos públicos podem agora mobilizar-se para sustentar a impossibilidade da recusa de aplicação pelo instituto público das normas regulamentares editadas pelo Governo. Para esta conclusão concorre, uma vez mais, a circunstância de os institutos públicos constituírem Administração indirecta e, nessa medida, prosseguirem interesses públicos estaduais. É que, ao contrário do que veremos acontecer quanto às entidades autónomas ou mesmo quanto às autoridades independentes, o motivo que determinou a polarização de determinados interesses públicos num sujeito jurídico diverso, assume um carácter essencialmente organizatório, não se podendo afirmar não só que a titularização de tais atribuições se dirige à protecção de interesses próprios de uma comunidade que constitui o substrato da entidade pública, nem que existiram razões materiais de interesse público que justificaram uma separação subjectiva entre entidades. Como acabámos de sublinhar, a responsabilidade pela prossecução dos interesses públicos a cargo do instituto público cabe, em última análise, ao próprio Estado, tornando, por conseguinte, inviável o reconhecimento aos órgãos do primeiro de uma competência que afectasse, directa ou indirectamente, a política governamental para o sector da Administração Pública em causa.

Embora as considerações precedentes se encontrem essencialmente direccionadas para a análise das relações entre Governo e institutos públicos, as mesmas valem, *mutatis mutandis*, para os diversos sectores da Administração indirecta pública, que compreende ainda as *entidades públicas empresariais*⁴¹⁰, *i.e.*, as pessoas colectivas públicas, de natureza empresarial, criadas pelo Estado ou pelas regiões autónomas, bem como pelos municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas de Lisboa e Porto (cf. artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, e artigo 33.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro). Quanto às entidades públicas empresariais integradas no sector empresarial estadual, o artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 558/99 contempla expressamente a existência de um poder de superintendência do Governo sobre tais entidades, para além de prever o conteúdo do

⁴¹⁰ Cf. também o conceito de entidade pública empresarial avançado por Coutinho de ABREU, «Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a Propósito do DL 558/99 e da L 58/98)», in: *Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, p. 558.

De fora desta análise ficam as empresas públicas que constituem sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicas que, como entidades (formalmente) privadas constituirão objecto de análise, *infra* (2.3.8.), a propósito do exercício privado de funções públicas.

poder de tutela económica e financeira, sendo dispositivo similar recuperado pelo artigo 39.º da Lei n.º 53-F/2006.

A esta conclusão não obsta o facto de as entidades públicas empresariais se regerem, em primeira linha, pelo direito privado, tal como decorre da segunda parte do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 558/99 (aplicável indiferenciadamente a todas as empresas públicas e, por remissão do artigo 6.º da Lei n.º 53-F/2006, também às empresas do sector empresarial local). Na verdade, para além dos dados (intransponíveis) consubstanciados na personalidade jurídico-pública das entidades públicas empresariais e na sua configuração como sujeitos da Administração indirecta, a problemática da recusa de aplicação de regulamentos por parte dos órgãos destas entidades apenas surgirá nas hipóteses em que as mesmas actuem no exercício de poderes públicos de autoridade (contemplados nos artigos 14.º do Decreto-Lei n.º 558/99 e 17.º da Lei n.º 53-F/2006⁴¹¹) e, por conseguinte, ao abrigo e nos termos do Direito Administrativo. Só então (e, como sucede, em geral, com as demais pessoas colectivas públicas) estará em causa uma actuação à luz da capacidade jurídico-pública destas entidades, apenas aí se tornando viável a colocação do problema da recusa de aplicação de normas regulamentares.

2.2.5. Autonomia

A apreciação do problema da recusa de aplicação incide agora sobre a Administração autónoma e as relações que as respectivas entidades estabelecem com o Governo (ou, em certos casos, com os governos regionais). Em causa estão entidades às quais se encontram subjacentes colectividades territorialmente delimitadas ou, por outro motivo, diferenciadas da comunidade nacional global, dirigidas à prossecução de tarefas específicas ou próprias dessas mesmas colectividades, dotadas de auto-governo, auto-responsabilizando-se pela satisfação daqueles interesses, através de meios e instrumentos próprios da Administração Pública⁴¹². No âmbito da autonomia, centraremos a nossa atenção em quatro situações essenciais, respeitantes não só aos casos em que a natureza autónoma do ente se encontra *constitucionalmente* plasmada, como sucede, para além do caso específico das regiões autónomas (I.), em relação às autarquias locais (II.), mas

⁴¹¹ Sem prejuízo da redacção algo desastrosa deste preceito. Em crítica à norma, v. Pedro GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 216 e s..

⁴¹² Sobre o conceito de Administração autónoma e respectivos elementos constitutivos, v., por todos, Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 78 e ss., conceito que aqui adoptamos. Cf. ainda Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., pp. 100 e ss., sobre a composição das administrações autónomas.

também às situações em que o reconhecimento da autonomia decorre da *lei*, como acontece, v. g., com as associações públicas (III.), sem olvidar a situação peculiar das universidades públicas (IV.).

A circunstância de aglutinarmos sob a égide da autonomia as condições subjectivas da admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos no âmbito das relações intersubjectivas em que intervêm entidades tão díspares transporta já a ideia da existência de problemas comuns, em termos de regime jurídico. Por um lado, a autonomia destas pessoas colectivas públicas implica um enfoque directo nas possibilidades práticas de mobilização, pelo Governo ou pelo órgão tutelar (nos casos em que não coincida com aquele), dos regulamentos por elas emanados, aquando da decisão de casos concretos. Por outro lado, o facto de estarmos diante de entidades integradas na Administração autónoma determina que as mesmas tenham a seu cargo a satisfação dos interesses públicos próprios das comunidades que constituem o substrato (sociológico) das entidades administrativas, mas não exclui (naturalmente) que os respectivos órgãos possam ter de mobilizar regulamentos provenientes de outras pessoas colectivas públicas para a resolução dos casos concretos, desde logo, aqueles que se reportam a interesses nacionais. Em qualquer das hipóteses, estarão em cena os princípios da descentralização administrativa, da unidade do Estado e da prossecução (dos vários níveis ou dimensões) do(s) interesse(s) público(s), no quadro de uma «dialéctica independência-controlo», entre a força centrífuga do auto-governo, da auto-determinação e da responsabilidade própria e a força centrípeta da prevalência do interesse nacional e da responsabilidade política do Estado pela condução dos negócios públicos⁴¹³.

A análise, em separado, das quatro situações acima enunciadas permitirá demonstrar uma certa unidade das soluções encontradas, pautada pela inviabilidade do aniquilamento da autonomia constitucional e/ou legalmente conferida às entidades que dela beneficiam, encontrando-se as possibilidades de recusa de aplicação de regulamentos dependentes do sentido e alcance dessa autonomia, as quais suportam, simultaneamente, as diversas fundamentações para o problema em causa. É, aliás, o recorte da autonomia que constitui o diapasão em torno do qual se afinará a competência para a recusa de aplicação, quer dos órgãos com poder tutelar face aos regulamentos dos órgãos dos entes autónomos, quer destes em face de regulamentos editados por aqueles. Concretizando, se, em princípio,

⁴¹³ Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 206.

ao órgão tutelar se encontra vedada (salvo disposição especial em contrário) a competência para a recusa de aplicação de regulamentos emanados pelos órgãos das entidades autónomas, quando actuam no âmbito da sua autonomia⁴¹⁴, também estes apenas dispõem de competência de recusa de aplicação de quaisquer normas regulamentares que ofendam a respectiva autonomia⁴¹⁵, *i.e.*, em qualquer dos casos, quando esteja em causa a gestão dos seus interesses próprios e/ou específicos, em função dos quais aquela se lhes encontra atribuída, *ex vi Constitutionis* ou *ex vi legis*.

Resta saber se esta solução se revelará igualmente pensável a propósito dos órgãos das administrações autónomas indirectas. A admissibilidade legislativa da desconcentração personalizada ao nível regional e local (*in casu*, dos municípios)⁴¹⁶ implica que se questione o reconhecimento da competência de recusa de aplicação de regulamentos dos órgãos tutelares, nos mesmos termos em que se consente para os órgãos das respectivas administrações directas. Poder-se-ia afirmar que em causa estará levar às últimas consequências o entendimento segundo o qual os entes da Administração indirecta não constituem senão prolongamentos subjectivados das pessoas colectivas

⁴¹⁴ Tal não significa circunscrever o âmbito da competência de recusa de aplicação dos órgãos tutelares aos regulamentos não autónomos das entidades autónomas: para este efeito, releva não a relação entre regulamento e lei, mas o círculo de interesses que o regulamento visa prosseguir. Se a desaplicação de regulamentos autónomos se encontra obviamente excluída da competência dos órgãos tutelares, está também afastada a recusa de aplicação de quaisquer regulamentos (executivos ou complementares) emitidos no quadro da prossecução dos interesses próprios das entidades autónomas. Admitimos que não se afigura tarefa fácil a solução do problema de saber se determinado regulamento se destina ou não a prosseguir os interesses próprios e específicos da entidade em causa; em qualquer circunstância, dever-se-á entender que constitui esta uma questão que depende da análise do sentido e da economia do diploma em causa, em especial, a consideração do regime jurídico instituído e o confronto com as *rationes* inerentes à atribuição constitucional e legal da autonomia administrativa (ou político-administrativa).

⁴¹⁵ Dir-se-á, quanto a esta solução, que a mesma induz uma miscigenação de requisitos subjectivos com pressupostos objectivos, porquanto o próprio reconhecimento da competência para a recusa de aplicação fica dependente da natureza do vício do regulamento (afecção ou não da autonomia). Todavia, a defesa deste entrelaçar entre competência e vício não implica uma confusão entre condições subjectivas e condições objectivas da recusa de aplicação: se os órgãos dos entes autónomos têm competência para rejeitar regulamentos inválidos vulneradores da autonomia constitucional e/ou legalmente outorgada, tal não significa que o possam fazer em qualquer circunstância, mas tão-só quando nesse sentido apontar o resultado da tarefa de ponderação entre os vários critérios assinalados, pautada pelos princípios da proporcionalidade e da concordância prática.

⁴¹⁶ Aí se enquadra, desde logo, a possibilidade de criação de entidades públicas empresariais, pertencentes aos sectores empresariais regional e local (municipal). Cf. artigos 5.º do Decreto-Lei n.º 558/99 (sectores empresariais regionais e municipais), 3.º, n.º 2, e 33.º e seguintes da Lei n.º 53-F/2006 (entidades empresariais locais); *v.* também artigos 3.º, n.º 2, e 32.º e seguintes do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24 de Março (entidades públicas empresariais regionais da Região Autónoma dos Açores).

A Administração autónoma indirecta compreende ainda, no caso da Administração regional, os institutos públicos das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira – cf. artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 3/2004. Existe ainda doutrina que defende a constituição de institutos públicos municipais, invocando como arrimo a norma constante da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 53.º da Lei n.º 169/99, na parte em que se refere à possibilidade de a assembleia municipal autorizar a constituição de fundações, por esta se assumir como a base legal para a criação de pessoas colectivas públicas de tipo fundacional ou institucional (fundos, estabelecimentos ou serviços personalizados) – assim, Pacheco de AMORIM, *As Empresas Públicas no Direito Português (Em Especial, as Empresas Municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 37, n. 45.

públicas a que estão ligados por uma relação de superintendência; nesta medida, tais entes ainda se encontram adstritos à prossecução dos interesses públicos das comunidades que constituem o substrato das regiões autónomas ou dos municípios e, como tal, actuam ao abrigo da autonomia constitucionalmente conferida a estes últimos – o que permitiria fundamentar o poder de rejeição de todas as normas regulamentares que constituam uma ingerência nos interesses próprios (da região ou do município) que se incluam nas suas atribuições e por cuja prossecução sejam responsáveis.

Todavia, julgamos que a conclusão não reveste contornos tão lineares. A admissibilidade da competência de recusa de aplicação dos órgãos dos entes autónomos volver-se-á, mercê da conjugação deste critério com o da competência decisória suprema, na atribuição de tal poder, essencialmente, aos órgãos representativos daqueles entes – em total consonância com a ideia de autonomia que as propostas avançadas intencionam assegurar. Esta ideia de representatividade encontra-se, porém, ausente dos órgãos da Administração indirecta dos entes autónomos. Ora, a consideração de que a defesa dos interesses próprios e específicos destes últimos deve caber, em última análise, àqueles órgãos representativos, aliada ao carácter excepcional da recusa de aplicação conduzem-nos à conclusão de que, no âmbito da Administração autónoma, a desaplicação de regulamentos constitui uma competência apenas dos órgãos da Administração directa.

I. O nível mais profundo de autonomia no direito português pertence às regiões autónomas, que gozam de uma «autonomia qualificada»⁴¹⁷ – a autonomia político-administrativa –, nível esse fundamentado nas respectivas características geográficas, económicas, sociais e culturais (cf. artigo 225.º, n.º 1, da Constituição). A autonomia administrativa regional constitui uma expressão da mais ampla autonomia político-administrativa, caracterizada por contender não apenas com o exercício da função administrativa (através do reconhecimento de um conjunto de interesses específicos e próprios da comunidade em causa), mas ainda por implicar uma atribuição às regiões autónomas de parte da função política e da função legislativa⁴¹⁸. Aliada a este grau de aprofundamento da autonomia regional está a consagração de poder executivo próprio, nos termos da alínea g) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição, determinante do reconhecimento de uma reserva (material) de competência administrativa regional⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Rui MEDEIROS, «Artigo 225.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 273, anotação I.a).

⁴¹⁸ Contrapondo, nestes termos, os níveis de autonomia político-administrativa (regional) e de autonomia administrativa (territorial e institucional), cf. Casalta NABAIS, «Considerações...», cit., pp. 335 e s.. V. também Margarida SALEMA, «Autonomia Regional», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, p. 53; Manuel Afonso VAZ, «Regionalização Total ou Descentralização Parcial?», in: *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, pp. 91 e s..

⁴¹⁹ Densificando esta reserva, v. Rui MEDEIROS, «Artigo 227.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., anotação VII.a)-ii) ao artigo 227.º. Entendendo que existe não uma reserva,

Uma nota diferenciadora particulariza a formulação do problema da recusa de aplicação no âmbito regional. Diversamente do que ocorre nas demais situações, não se vislumbram hipóteses em que o Governo seja chamado a mobilizar regulamentos regionais para a decisão de casos concretos. Efectivamente, não existe uma qualquer forma de tutela estadual sobre as regiões autónomas, que confira à Administração central poderes para interferir nas decisões regionais, em termos que solicitem a convocação de regulamentos emanados pelos órgãos regionais para a dilucidação de situações concretas^{420 421} – sem

mas uma «preferência constitucional da Administração regional», cf. Luís Pereira COUTINHO, «Existe uma Proibição de Retrocesso na Regionalização Efectuada?», in: *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, p. 106.

⁴²⁰ Tal não sucedia nem mesmo perante a configuração originária do Ministro da República, ao qual pertencia, nos termos do artigo 232.º da redacção de 1976, a representação da soberania da República nas regiões (competindo-lhe a coordenação da actividade dos serviços centrais do Estado, no tocante aos interesses da região, dispondo de competência ministerial para esse efeito) e a superintendência nas funções administrativas exercidas pelo Estado na região, coordenando-as com as exercidas pela própria região. Apesar de, por um lado, deterem competência ministerial e possuírem assento no Conselho de Ministros, e, por outro lado, assegurarem o governo da região, em caso de dissolução ou suspensão dos órgãos regionais (artigo 234.º, n.º 4, na redacção de 1976), os Ministros da República assumiam-se como órgãos constitucionais autónomos (cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 890, anotação II ao artigo 232.º, sem deixarem de aludir às dificuldades de definição dos contornos deste órgão). V. também Blanco de MORAIS, *O Ministro da República – Digressão sobre as Figuras Comissariais do Estado em Regiões Autónomas*, INCM, Lisboa, 1995, esp.^{te} a partir das pp. 89 e ss.; Jorge MIRANDA, «Ministro da República», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 325 e ss..

As revisões de 1997 e 2004 – de pendor reforçante da autonomia regional – esvaziaram sucessivamente a figura do (actual) Representante da República (transformando-o como que numa espécie – sem sentido – de representante da Presidência da República), cuja competência se reconduz à nomeação do presidente Governo Regional, tendo em conta os resultados eleitorais (artigo 231.º, n.º 3), à nomeação e exoneração dos restantes membros do Governo Regional, sob proposta do respectivo presidente (artigo 231.º, n.º 4), à assinatura ou veto dos decretos legislativos regionais e decretos regulamentares regionais (artigo 233.º), ao exercício das competências em matéria de fiscalização da constitucionalidade [artigos 278.º, n.º 2, 279.º, n.º 1, 281.º, n.º 2, alínea g)]. Trata-se daquilo que Blanco de MORAIS (*O Ministro...*, cit., pp. 96 e ss., 167 e ss.) designava como «representação constitucional indirecta das funções presidenciais», aludindo ainda às «funções vicariantes do presidente» (*Op. cit.*, pp. 105 e ss., 170 e ss.), assentes numa ficção jurídico-constitucional, não implicando a representação uma mandato infra-constitucional ou a possibilidade de poderes substitutivos por parte do Presidente da República.

⁴²¹ A intensidade assumida pela autonomia regional já não permite, porém, descartar a tematização do problema quanto a outras entidades públicas que operem nas regiões autónomas, cuja actuação pode, em determinados condicionalismos, pressupor a convocação de normas regionais. Desde logo, poder-se-á pensar na questão da rejeição de normas regulamentares regionais pelos órgãos autárquicos, bem como pelos órgãos da Administração regional indirecta – que seguirá as soluções encontradas, respectivamente, para as relações entre Governo e administração estadual indirecta e Governo e autarquias locais. Além destes casos, torna-se ainda possível equacionar o problema quando esteja em causa a mobilização, por um instituto público integrado na Administração *estadual* indirecta, de um regulamento regional: considere-se, *v. g.*, um regulamento regional que fixe os limites da zona especial de protecção dos imóveis classificados como bens culturais (cf. artigo 43.º, n.º 2, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro), o qual constitui pressuposto para o estabelecimento, pelo IGESPAR [cf. artigos 21.º, n.º 2, alínea *a*), *in fine*, do Decreto-Lei n.º 215/2006, de 27 de Outubro], de uma zona especial de protecção de um concreto bem cultural. Nestas hipóteses, parece-nos de excluir qualquer possibilidade recíproca de recusa de aplicação.

Um outro problema reside no facto de os regulamentos emanados pelas assembleias legislativas regionais revestirem forma legislativa, a impor uma reflexão sobre o problema de saber se a recusa de aplicação de tais decretos legislativos deverá seguir o regime jurídico da desaplicação de regulamentos ou da desaplicação de actos legislativos.

prejuízo de, fora das áreas da autonomia regional, o legislador se encontrar autorizado a atribuir ao Governo o exercício de determinadas competências administrativas em território regional. Assim, torna-se possível destringir entre (1) tarefas da competência própria das regiões (tarefas regionais), (2) tarefas transferidas do Estado para as regiões, para que elas as exerçam a título e sob responsabilidade próprios (regionalização de tarefas originariamente estaduais)⁴²² e (3) tarefas da competência do Estado exercidas, por delegação legislativa, pelas regiões⁴²³; somente as duas primeiras ainda correspondem ao exercício da autonomia administrativa regional, em cujo âmbito não se admitem ingerências governamentais. Na medida em que as regiões exerçam tarefas estaduais⁴²⁴, encontram-se em situação análoga às demais entidades (da Administração estadual indirecta), não podendo, em tal hipótese, negar-se a possibilidade da existência de poderes de fiscalização legalmente outorgados ao Governo nas matérias em causa e, como tal, a susceptibilidade da emergência da questão da recusa de aplicação de regulamentos

A resposta a esta indagação não prescinde de uma tomada de posição quanto à possibilidade jurídico-constitucional de os estatutos político-administrativos imporem uma forma de acto legislativo para um acto materialmente (e assumidamente) regulamentar, ainda quando este é emitido pela assembleia legislativa da região autónoma. Se é verdade que a Constituição não impõe *ex professo* uma forma para o exercício da competência regulamentar pelas Assembleias Legislativas, também não se poderá entender que a sua escolha possa ficar na inteira disponibilidade do legislador: tal-qualmente se infere do artigo 112.º, a Lei Fundamental impõe um modelo (tendencial) segundo o qual “cada forma deve servir para o exercício de uma competência” (Jorge MIRANDA, *Funções...*, cit., p. 245. Cf. também Jorge Pereira da SILVA, «Algumas Questões...», cit., p. 857 e s.). Por outro lado, a própria configuração constitucional (constante do n.º 4 do artigo 112.º) dos decretos legislativos regionais leva subjacente a ideia de que correspondem ao exercício das competências enumeradas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 227.º. Deverá entender-se que, no mínimo, as normas estatutárias que atribuem a forma de decreto legislativo regional aos regulamentos das Assembleias Legislativas não devem ser interpretadas no sentido de que tais diplomas sejam actos legislativos, na medida em que materialmente não constituem o resultado do exercício da função legislativa, e, por conseguinte, assumem apenas natureza e força de regulamento; no fundo, estar-se-ia perante um problema paralelo às situações em que o Governo utiliza a forma decreto-lei para emitir normas que, substancialmente, constituem regulamentos. No máximo, poder-se-á afirmar, como o faz alguma doutrina, que tais normas estatutárias padecem de inconstitucionalidade: em rigor, estamos diante de uma norma legislativa que atribui a um acto de natureza (material ou substancial) regulamentar o poder de, com eficácia externa, alterar, revogar ou suspender outros actos legislativos (os demais decretos legislativos regionais). O Tribunal Constitucional já terá pendido para uma solução substancialista, decorrendo do Acórdão n.º 395/93, de 26 de Junho (in: *Diário da República*, I Série-A, n.º 172, 24.07.1993, p. 4009), que o facto de os actos legislativos e certos regulamentos das regiões autónomas se encontrarem subordinados à mesma forma postula sempre uma análise material do respectivo conteúdo, que não se deixe impressionar pela designação «decreto legislativo regional».

⁴²² Aquelas a que se reporta Maria da Assunção ESTEVES, «Fundamentos, Possibilidades e Limites de uma Regionalização dos Serviços de Justiça», in: *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 86 e s., 90 e s..

⁴²³ Cf. também Manuel Afonso VAZ, «Regionalização...», cit., pp. 95 e s..

⁴²⁴ Pense-se, v. g., na atribuição à região autónoma de poderes de gestão sobre o domínio público do Estado, como se encontra previsto no n.º 1 do artigo 8.º do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores*.

regionais pela Administração estadual. Tratar-se-á, contudo, de um problema marginal, cuja solução seguirá a proposta para os entes da Administração indirecta.

Como se verifica, em geral, no âmbito das autonomias, dispõem os órgãos regionais de competência para recusar a aplicação de regulamentos governamentais quando a invalidez atinja justamente a respectiva autonomia político-administrativa, ou, se preferirmos, quando as normas regulamentares do Governo afectem os *interesses específicos das regiões*, alicerces daquela autonomia. E com a invocação do interesse específico das regiões não pretendemos ressuscitar categorias (mais ou menos⁴²⁵) perimidas com a revisão constitucional de 2004. Desde logo, o âmbito da autonomia administrativa das regiões não tem de coincidir (nem coincide) com o âmbito da autonomia legislativa, assumindo contornos necessariamente diversos, que pressupõem a transferência de um conjunto de atribuições para as regiões e postulam um confronto entre Estado e regiões, bem como entre estas e as autarquias situadas em território regional. No cenário em que nos movemos, o conceito de interesse específico não pretende camuflar qualquer tentativa de restrição dos poderes dos órgãos regionais, mas, pelo contrário, delinear o círculo (de interesses próprios) no interior do qual não se admitem ingerências susceptíveis de aniquilar ou descaracterizar o sentido da autonomia regional: se, em regra, os órgãos administrativos não possuem uma competência para recusar a aplicação de normas regulamentares (em virtude da vinculatividade que caracteriza a sua força jurídica), a invocação do interesse específico vai agora constituir o fundamento da excepção, confluindo para o reconhecimento de tal competência aos órgãos regionais, em termos de admitir, nestas hipóteses, a desaplicação de regulamentos do Governo que invadam matérias com conexões exclusiva ou predominantemente regionais. Assim, e não obstante a tendencial homogeneidade humana e cultural característica da comunidade portuguesa, independente da localização territorial, as regiões autónomas possuem particularidades geográficas justificadoras de uma reorganização político-territorial diferenciada, em razão da descontinuidade que as mesmas apresentam com o território nacional continental⁴²⁶ –

⁴²⁵ A categoria «interesse específico» surge ainda na alínea v) do n.º 1 do artigo 227.º (para delimitar o âmbito dos poderes de pronúncia das regiões, quanto à definição das posições do Estado português no contexto do processo de construção europeia) e no n.º 2 do artigo 232.º (para determinar as questões – questões de relevante interesse específico regional – susceptíveis de serem submetidas a referendo regional).

⁴²⁶ V. Maria Lúcia AMARAL, «Questões Regionais e Jurisprudência Constitucional», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, p. 269. Defendendo constituir a forte descontinuidade territorial dos arquipélagos atlânticos a principal razão de ser da regionalização periférica, cf. Blanco de MORAIS, «O Défice Estratégico da Ordenação Constitucional das Autonomias Regionais», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 66, Dezembro 2006, p. 1158.

ora, tais particularidades, se possuem repercussões ao nível político-legislativo, também não ficam apagadas no plano administrativo. O conceito de interesse específico (e a sua invocação despreconceituosa) adquire agora o seu sentido mais profundo, sentido esse que, como principiámos por assinalar, se encontra constitucionalmente ancorado nas singularidades da insularidade e das comunidades que constituem o substrato das regiões enquanto pessoas colectivas públicas⁴²⁷.

Tal como veremos suceder também a propósito das autarquias locais, não se olvidam as dificuldades que esta posição suscita, em razão da maleabilidade da noção de interesse específico, resultante da circunstância de estarmos diante de pessoas colectivas de fins múltiplos. A existência de elencos estatutários de matérias de interesse específico constitui tão-só um arrimo interpretativo relevante (mas não determinante, por si só) para a compreensão dos interesses próprios das comunidades regionais e, nessa medida, para a delimitação da autonomia das regiões, ainda quando tais elencos (legais) se encontrem gizados para efeitos da definição dos poderes legislativos ou de iniciativa da região (bem como das matérias de consulta obrigatória dos órgãos de soberania)⁴²⁸ e, por conseguinte,

⁴²⁷ Daí que, para a delineação das realidades abrangidas por este conceito, nem sempre se revelem prestáveis as construções dogmáticas desenhadas, a partir do texto constitucional, pela doutrina e pela jurisprudência propósito do interesse específico como restrição aos poderes legislativos das regiões. Na doutrina, cf., v. g., Jorge MIRANDA, «A Autonomia...», cit., pp. 11 e ss.; Blanco de MORAIS, *A Autonomia...*, cit., pp. 452 e ss.; Paulo OTERO, «A Competência...», cit., pp. 19 e ss.; Maria Lúcia AMARAL, «Questões...», cit., p. 278. Na jurisprudência constitucional, cf. o pioneiro Acórdão n.º 42/85, de 12 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, pp. 188 e s.), cuja posição chegou a ser constitucionalmente acolhida, na alínea o) do artigo 228.º, na redacção decorrente da revisão de 1997 (sobre o sentido deste preceito, v., por exemplo, Blanco de MORAIS, «As Competências Legislativas das Regiões Autónomas no Contexto da Revisão Constitucional de 1997», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3, ano 57.º, Dezembro 1997, pp. 988 e s.).

A preocupação com a salvaguarda do interesse nacional como limite negativo do interesse específico, bem como com as reservas de competência dos órgãos de soberania (para já não nos reportarmos ao respeito pelas «leis gerais da República») volve-se agora em algo externo ao conceito em causa: sem abdicarmos da incontornável conciliação com o interesse nacional e do impreterível respeito pelas competências constitucionais da Assembleia da República e do Governo (assegurada pelos princípios da especialidade e da competência, e não pelos contornos da noção de interesse específico), entendemos que a *intensio* do conceito em análise apela para as particularidades próprias dos tipos de interesses (plúrimos) conferidos às regiões, mobilizável para definir o âmbito material dos poderes incluídos na respectiva autonomia político-administrativa, insusceptível de invasão pelos órgãos de soberania.

O que nos permite regressar à consideração inicial: a imprestabilidade da configuração tradicional do interesse específico para a delineação do conteúdo da autonomia regional – daí que, em quadros constitucionais anteriores, a doutrina sublinhasse que o interesse específico não constituía nem limite, nem critério de referência para o exercício do poder executivo das regiões, sem prejuízo do reconhecimento de que os poderes administrativos regionais eram exercidos em vista da prossecução dos interesses próprios das populações respectivas (nestes termos, Jorge Pereira da SILVA, «O Conceito de Interesse Específico e os Poderes Legislativos Regionais», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, p. 303).

⁴²⁸ Em contexto constitucional anterior, Manuel Afonso VAZ («Regionalização...», cit., p. 94, n. 6) entendia já que a definição do que consubstanciaria interesse específico regional (para efeitos de delimitação da competência legislativa das regiões autónomas) caberia aos próprios órgãos regionais, na medida em que é

na linha do tratamento tradicional conferido ao conceito em análise, dirigido à limitação do exercício da função legislativa regional⁴²⁹. Todavia, a amplitude de matérias aí abrangidas, bem como a finalidade que orienta a fixação desse elenco (não dirigida para a divisão de competências administrativas entre Estado e regiões), demandam uma posição cautelosa quanto aos órgãos com competência de recusa de aplicação, exigindo-se, por isso, uma articulação com as considerações tecidas a propósito da competência decisória suprema, devendo reservar-se tal poder para os órgãos superiores.

A esta hipótese deverá ainda adicionar-se a admissibilidade da competência de recusa de aplicação quanto a regulamentos que violem os direitos das regiões autónomas ou o estatuto regional. Trata-se reconhecivelmente da transposição para esta temática das situações subjacentes aos lugares-paralelos presentes na alínea c) do n.º 2 do artigo 280.º e na alínea g) do n.º 2 do artigo 281.º, ambos da Constituição, os quais configuram hipóteses de ilegalidade reforçada. Esta asserção não dispensa, porém, duas observações complementares: por um lado, e à semelhança das considerações tecidas, em geral, a propósito da circunscrição da competência de rejeição ao âmbito da autonomia, a adição de uma nota material (relacionada com o vício) não oblitera a diferença entre condições subjectivas e condições objectivas de recusa de aplicação de regulamentos, visto que se os órgãos regionais são (subjectivamente) competentes para recusar a norma regulamentar ofensiva dos direitos das regiões ou do estatuto, só o poderão fazer nas circunstâncias consentidas pelo resultado da ponderação dos vários critérios; por outro lado, a restrição da competência de rejeição às hipóteses contempladas nos citados preceitos constitucionais não decorre do facto de estarem em causa situações de ilegalidade reforçada (o que, a suceder, tornava incompreensível que não estivessem igualmente abrangidas todas as

a estes que a Constituição confia a representação directa dos interesses regionais: os órgãos das regiões autónomas assumir-se-iam, então, como «órgãos de revelação de interesses específicos», aos quais caberia a materialização e objectivação desse interesse». Diversamente, Pedro MACHETE, «A Obrigatoriedade de Executar a Legislação Nacional», in: *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, p. 133.

De qualquer modo, sempre o Tribunal Constitucional concebeu os elencos estatutários das matérias de interesse específico como não vinculativos, defendendo, em jurisprudência constante, o carácter de presunção abstracta e ilidível de cada uma das categorias da enumeração estatutária, as quais importam sempre a averiguação, caso a caso, da existência (ou não) de interesse específico. Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 42/85, de 12 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, pp. 187 e s.; 164/86, de 16 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 7.º vol., tomo I, 1986, pp. 226 e s.; 139/90, de 2 de Maio, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16.º vol., 1990, p. 205; 235/94, de 15 de Março, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27.º vol., 1994, p. 23; 246/2005, de 10 de Maio, in: *Diário da República*, I Série, n.º 117, 21.06.2005, p. 3899; 258/2007, de 17 de Abril, in: *Diário da República*, I Série, n.º 93, 15.05.2007, pp. 3242 e s..

⁴²⁹ Cf. o artigo 40.º do *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira*.

inconstitucionalidades⁴³⁰, independentemente do tipo de vício que lhes estivesse subjacente), mas, e em consonância com a observação precedente, resulta antes de tais vícios relevarem das especificidades jurídico-constitucionais do direito regional, ainda se podendo afirmar que, em certo sentido, a ofensa dos direitos das regiões autónomas e dos estatutos regionais coenvolve um atentado contra a autonomia regional (agora não compreendida apenas em função do conjunto de interesses próprios subjacentes às comunidades que lhes servem de substrato, mas também aos conexos direitos constitucional e estatutariamente conferidos às regiões).

II. A ambivalência relacional detectada na formulação da questão da recusa de aplicação de regulamentos quando intervêm órgãos das autarquias locais suscita delicadíssimos problemas, que exigem uma consideração dos aspectos da relação de tutela, na medida em que se repercutem sobre esta temática, bem como das relações entre entes autárquicos. Neste domínio, as soluções a encontrar pautam-se pelo equilíbrio entre o sentido do reconhecimento constitucional do «Poder Local»⁴³¹, da «autarquia» – enquanto auto-prosecução de interesses próprios⁴³² –, a determinadas comunidades organizadas em entes jurídicos e a consideração do princípio da unidade do Estado, na parte em que toca a relação entre este e as comunidades infra-estaduais

α) A primeira interrogação a formular prende-se com a detecção das hipóteses em que o órgão tutelar é chamado a convocar um regulamento emanado por um órgão de uma autarquia local. Não persistem dúvidas de que, tal como vimos quando analisámos o problema sob a óptica da superintendência e tutela (cf., *supra*, 2.2.3.), tem aqui pleno cabimento a *ratio* de excepcionalidade subjacente ao recurso tutelar, constante do artigo 177.º do CPA; assim – observar-se-á – haverá lugar à mobilização, pelo órgão tutelar, de

⁴³⁰ Sem prejuízo de, em certos casos, a violação dos estatutos se convolar em inconstitucionalidade (directa) – assim acontecerá, v. g., se um regulamento do Governo ofender a reserva de estatuto, incidindo, por isso, sobre matérias reservadas à Assembleia da República [artigos 161.º, alínea *b*), e 226.º; cf. também Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., p. 405 (aludindo à inconstitucionalidade orgânica de decretos-leis violadores da reserva de estatuto ou de direitos regionais garantidos pelo estatuto), ou atentar contra a atribuição de competências aos órgãos regionais, consagrada no artigo 227.º [pense-se, por exemplo, num decreto regulamentar que reservasse para o Governo a tutela sobre as autarquias locais situadas em território regional, em nítida contrariedade com a alínea *m*) do n.º 1 do artigo 227.º].

⁴³¹ Enfatizando o alcance do significativo constitucional, cf. Maria Lúcia AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 384.

⁴³² Cf. Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., p. 151. Sobre o conceito de «autarquia local» e respectivos elementos constitutivos, v. José de Melo ALEXANDRINO, «Direito...», cit., pp. 109 e ss..

um regulamento autárquico⁴³³ nas hipóteses em que o legislador admita a existência de recurso tutelar. A questão está precisamente no problema dessa admissibilidade.

A matéria da tutela administrativa sobre as autarquias locais encontra a sua âncora constitucional no artigo 242.º, onde se prevê que a mesma “consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei”. Se deste preceito decorre que em causa está uma tutela de legalidade, destinada a aferir da juridicidade das actuações da entidade tutelada⁴³⁴, a definição das medidas tutelares não se encontra prevista ao nível constitucional, mas remetida para o legislador ordinário, sendo configurada como matéria sujeita a reserva de lei [cf. ainda artigo 165.º, n.º 1, alínea q)]⁴³⁵. Quer dizer, se a Lei Fundamental determina que as autarquias se encontram sujeitas a um controlo de legalidade por parte do órgão tutelar, não especifica – mas encaminha para o legislador – a concreta configuração das formas desse controlo, estabelecendo apenas dois limites: um, de natureza procedimental, a impor a precedência de parecer do órgão autárquico quando as medidas tutelares se relevem restritivas da autonomia local (artigo 242.º, n.ºs 2 e 3, respectivamente), e outro, de índole material, a exigir que a sanção mais extrema (a dissolução dos órgãos autárquicos) tenha como causa acções ou omissões ilegais graves.

⁴³³ A locução «regulamento autárquico» pretende designar, indiferenciadamente, todos os regulamentos emanados pelos órgãos das autarquias locais, com independência da sua relação com a lei: estão aqui, portanto, compreendidos quer os regulamentos executivos e complementares, quer os regulamentos autónomos.

⁴³⁴ Em geral, sobre a noção de tutela, cf. Pedro GONÇALVES, *O Novo Regime...*, cit., pp. 7 e s.; numa perspectiva mais analítica, André FOLQUE, *A Tutela...*, cit. pp. 289 e ss. (identificando, no seio da noção, os elementos funcional, material, estrutural e teleológico). Relativamente ao conceito de tutela de legalidade (uma das classificações da tutela, quanto ao fim), v. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., pp. 883 e s.. Relativamente ao sentido e conteúdo da tutela sobre as autarquias locais, cf. André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 235 e ss.; José de Melo ALEXANDRINO, «Direito...», cit., pp. 262 e ss..

Recorde-se que o artigo 8.º da *Carta Europeia da Autonomia Local* (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 28/90 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/90, de 23 de Outubro) prevê que “a tutela administrativa dos actos das autarquias locais só deve *normalmente* visar que seja assegurado o respeito pela legalidade e pelos princípios constitucionais”, embora admita, em segunda linha, que a mesma possa “compreender um juízo de oportunidade exercido por autoridades de grau superior relativamente a atribuições cuja execução seja delegada nas autarquias locais”.

Numa perspectiva jus-comparística, relativamente à tutela exercida sobre entidades descentralizadas, cf. GALLEGO ANABITARTE, *Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 70 e ss..

⁴³⁵ Destriçando já, ao nível constitucional, entre tutela (ou, pelo menos, tipo de tutela) e medidas tutelares (e, dentro destas, entre medidas restritivas e medidas não restritivas da autonomia local), cf. André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., pp. 341 e s.; Maria da Glória GARCIA/André Folque, «Artigo 242.º», cit., p. 502, anotação V.

Não se afigurando legítimo defender que, *ex constitutione*, a tutela sobre as autarquias locais assuma um pendor meramente inspectivo⁴³⁶, padeceria de inconstitucionalidade, por ofensa do princípio da autonomia local, o estabelecimento de quaisquer medidas que implicassem uma tutela substitutiva⁴³⁷, suscitando dúvidas a possibilidade da previsão legislativa de uma tutela revogatória⁴³⁸. Não se revelando

⁴³⁶ Embora o legislador, em algumas matérias, confine a acção do Governo a uma mera tutela inspectiva: assim, o artigo 9.º da *Lei das Finanças Locais* (Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, alterada pelas Leis n.ºs 22-A/2007, de 29 de Junho, 67-A/2007, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril) prescreve que “a tutela sobre a gestão patrimonial e financeira das autarquias locais abrange a sua administração directa e indirecta e as entidades do sector empresarial local, é meramente inspectiva e só pode ser exercida segundo as formas e nos casos previstos na lei, salvaguardando sempre a democraticidade e a autonomia do poder local”.

Aliás, o regime jurídico da tutela administrativa sobre as autarquias locais (constante da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, pontualmente adaptado, para a Região Autónoma da Madeira, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 6/98/M, de 27 de Abril) tem sido alvo de críticas, inclusivamente sob a perspectiva da sua conformidade constitucional, por consagrar uma completa jurisdicionalização das medidas tutelares enunciadas, visto que remete para os tribunais a aplicação das sanções de perda de mandato e dissolução de órgão (cf. artigo 11.º), não decorrendo esta aplicação de uma decisão do órgão tutelar (sem prejuízo da capacidade de iniciativa pré-processual cometida a este último, no sentido de decidir, na sequência de um procedimento contraditório, se deve haver lugar à propositura da acção judicial – nestes termos, Pedro GONÇALVES, *O Novo Regime...*, cit., p. 20). Sobre esta questão, cf. Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., p. 173, n. 135; André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., pp. 242 e ss. (advogando a inconstitucionalidade do regime jurídico, em virtude do esvaziamento da tutela sancionatória do Governo e na debilitação do instituto da tutela administrativa); Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., pp. 638 e s.; Maria da Glória GARCIA/André Folque, «Artigo 242.º», cit., p. 503, anotação VIII.

⁴³⁷ Sobre o conceito de substituição em Direito Administrativo (enquanto resultado da conjugação dos elementos estrutural, funcional e legitimador), v. Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., p. 391.

Admitindo, porém, a substituição como medida tutelar, ainda que em casos excepcionais e sem abranger a revogação (omissão de actos devidos estritamente vinculados), André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., pp. 378 e ss.. Defendendo que uma leitura completa da Constituição não consente uma interpretação do n.º 1 do artigo 243.º que implique a inadmissibilidade da consagração legal de uma tutela substitutiva, cf. A. Cândido de OLIVEIRA, «A EDP, os Municípios e o Governo: Tutela Administrativa – Reserva de Jurisdição», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 9, Maio/Junho 1998, pp. 22 e s..

⁴³⁸ Não existe unanimidade na doutrina quanto à admissibilidade constitucional da tutela revogatória-anulatória. Propugnando pela inadmissibilidade da tutela revogatória, cf. Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., p. 806. Diversamente, Pedro GONÇALVES (*O Novo Regime...*, cit., p. 15) defende não existir uma proibição constitucional de atribuição ao Governo de poderes anulatórios de actos administrativos ilegais das autarquias locais, no âmbito de um recurso tutelar, sujeito, como prevê o CPA, ao princípio da tipicidade. Já Freitas do AMARAL (*Curso...*, vol. I, cit., p. 888), embora com dúvidas, entende que, nestas situações, a verificação de uma ilegalidade por parte dos órgãos competentes deve dar lugar à comunicação ao Ministério Público, para efeitos de propositura da acção dirigida à anulação do acto administrativo praticado pelos órgãos autárquicos. Também Maria da Glória GARCIA/André Folque («Artigo 242.º», cit., pp. 504 e s., anotações XIV e XV) entendem que, *de iure condendo*, faria sentido o recurso tutelar dos actos dos órgãos autárquicos para os órgãos tutelares, contanto que circunscrito ao conhecimento de nulidades, com o argumento de que o Governo as pode declarar nos termos do n.º 2 do artigo 134.º do CPA; todavia, os mesmos Autores afastam, em geral, das medidas tutelares constitucionalmente admissíveis o poder de revogação, por invadir o reduto da autonomia local, materializado na discricionariedade da revogação dos actos, ainda que com fundamento em ilegalidade. Neste sentido se inclina também André FOLQUE (*A Tutela...*, cit., pp. 365, 373 e ss.), quando defende que, sem prejuízo da inadmissibilidade da revogação anulatória, o órgão tutelar, na medida em que detém poderes de controlo, possui a competência para a declaração da nulidade de actos administrativos; tratando-se, porém, de medida restritiva da autonomia local, deve a mesma ser precedida de audição do órgão que praticou o acto, em cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 242.º da Constituição; assim, este Autor (últ. *Op. cit.*, pp. 375 e ss.), louvando-se parcialmente na

constitucionalmente viável a atribuição ao órgão tutelar do poder de se substituir à autarquia, suprindo as omissões ilegais, e não tendo o legislador contemplado a possibilidade de o órgão tutelar revogar os actos praticados pelos órgãos autárquicos, não persistirão muitas dúvidas quanto à inadmissibilidade, no actual sistema jurídico positivo, da existência de um recurso tutelar. Esta observação conduz a duas conclusões relevantes: por um lado, permite acentuar que a tutela de legalidade não inclui o poder de anular actuações ilegais dos órgãos autárquicos, excluindo, por conseguinte, a competência de declaração de ilegalidade de regulamentos autárquicos e, com isso, qualquer hipótese de fundamentação nesta última, do poder de recusa de aplicação; por outro lado, e ainda quando se entenda que a interacção entre o Estado e as autarquias locais não se reduz ao controlo de legalidade efectuado pelo primeiro sobre as segundas (mas envolva uma intervenção concorrente de ambas, em sectores da actividade administrativa não estritamente locais)⁴³⁹, as situações em que o órgão tutelar terá de solucionar um caso concreto mediante a mobilização de um regulamento autárquico serão marginais, reconduzindo-se a hipóteses em que o legislador admite a *delegação de tarefas autárquicas em órgãos da Administração central*, nos casos pontuais em que os princípios da autonomia local e da subsidiariedade o permitirem.

Todavia, e não obstante a raridade com que tal poderá suceder, entendemos que, em princípio, mesmo nestas hipóteses, o órgão tutelar não tem competência para recusar a aplicação das normas regulamentares inválidas emanadas pelos órgãos das autarquias locais⁴⁴⁰. A especificidade dos interesses próprios cometidos a estas entidades e cuja prossecução se encontra plasmada normativamente nos respectivos regulamentos impede uma revisão (*hoc sensu*) dos mesmos pelo órgão tutelar, sob pena de este atingir por via incidental o que lhe está vedado a título principal. Ao contrário do que sucede com a atribuição, em geral, do poder regulamentar à Administração, o reconhecimento constitucional da autonomia normativa das autarquias não tem apenas em vista sublinhar a possibilidade de estas emanarem normas primárias sobre determinadas matérias, mas

posição elaborada por Paulo OTERO a propósito do recurso tutelar, em geral (*O Poder...*, vol. II, cit., pp. 812 e ss.; v. também *supra*, em nota), defende o reconhecimento do recurso tutelar, pelo menos, de actos nulos e de actos atingidos pela caducidade.

⁴³⁹ Adoptando já esta posição, cf. Pedro GONÇALVES, *O Novo Regime...*, cit., pp. 12 e s., defendendo que erigir a tutela de legalidade como o padrão único do relacionamento entre o Estado e as autarquias locais, constitui uma manifestação de uma visão redutora desse relacionamento, absolutizando o princípio da autonomia local, com prejuízo para o princípio da prossecução do interesse público.

⁴⁴⁰ Posição similar já adoptou também Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., pp. 576 e ss., e *Legalidade...*, cit., p. 693.

destina-se a assegurar-lhes que, no espaço delineado pelos interesses autárquicos, se verificará o prevalecimento das ponderações efectuadas pelos respectivos órgãos. E contra esta posição não se argumente que o respeito pela autonomia termina quando as autarquias pisam o terreno da ilegalidade: se é certo que a autonomia só existe dentro do respeito pela juridicidade, o controlo a exercer pelo órgão tutelar, embora determine que este tenha o dever de, *ex officio*, apreciar a validade da actuação administrativa (e, por conseguinte, também daquela que assume a forma de regulamento), não exige que adopte medidas tendentes a interferir na operatividade das normas emanadas pelos órgãos autárquicos; ou, dizendo de outra forma, a «função administrativa de controlo»⁴⁴¹, que caracteriza a tutela administrativa sobre as autarquias locais, impõe ao órgão tutelar uma fiscalização do cumprimento da juridicidade de todas as acções ou omissões das autarquias (e, por conseguinte, também sobre os regulamentos administrativos), mas não determina (antes proíbe) que os mecanismos desse controlo se reconduzam, no caso específico dos regulamentos, quer à respectiva declaração de ilegalidade (em geral), quer à recusa da sua aplicação no caso concreto, podendo, contudo, dar lugar à aplicação de sanções⁴⁴². Uma solução contrária iria para além dos limites da tutela administrativa, entre os quais se inclui a indisponibilidade da competência secundária no que respeita aos actos (*lato sensu*) da autarquia, obviando a que a autoridade tutelar detenha um poder negativo sobre a subsistência dos efeitos desses actos⁴⁴³. Por último, o carácter excepcional da recusa de aplicação e a extrema singularidade das hipóteses em que se verifica a necessidade de mobilização de regulamentos autárquicos pelo órgão tutelar (em nítida compressão do princípio da subsidiariedade) aconselham uma especial prudência nesta matéria⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 746, anotação I ao artigo 242.º, delineando o conceito constitucional de tutela.

⁴⁴² Pense-se, *v. g.*, na hipótese de a assembleia municipal emitir, culposamente, regulamentos ilegais, violadores de instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico, conduta cominada com a sanção de dissolução do órgão, nos termos da alínea *c*) do artigo 9.º da Lei n.º 27/96.

⁴⁴³ Precisamente nestes termos, cf. André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., p. 361.

⁴⁴⁴ Temos dúvidas, porém, em defender a mesma solução nos casos em que as autarquias (em regra, os municípios) exercem, *sob responsabilidade própria*, funções ou tarefas do Estado e por este delegadas (mediante lei ou com autorização desta), por razões de conveniência ou oportunidade, no âmbito da designada «Administração delegada do Estado» – estaremos, por excelência, diante desta hipótese nos casos de transferência de competências relativas a domínios integrados em programas de acção nacional, a que se reporta a alínea *c*) do artigo 5.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro. Sobre esta matéria, cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 219 e s., que seguimos de perto, quanto à definição e caracterização da Administração estadual delegada. Já antes, mas sem a utilização daqueles conceitos, Baptista MACHADO, «Participação...», cit., p. 20.

Se nem sempre se revelará nítida e rigorosa a distinção entre as atribuições das autarquias locais que correspondem à satisfação de interesses próprios e as funções delegadas pelo Estado, a verdade é que soçobra

À inadmissibilidade da recusa de aplicação por um órgão tutelar – *in casu*, pelo Governo – dos regulamentos emanados pelos órgãos autárquicos apenas se opõe uma excepção, que se situa fora do núcleo de protecção do princípio da autonomia local: os casos em que se verificou uma transferência do exercício de poderes, por *delegação administrativa*, entre o Estado e as autarquias locais⁴⁴⁵, altura em que estas últimas se comportam como uma espécie de Administração estadual indirecta, num fenómeno de «desconcentração autárquica»⁴⁴⁶ – na medida em que o Estado apenas delegou nas autarquias o *exercício* de poderes para a prossecução de finalidades próprias do primeiro, são acrescidos os poderes do Governo relativamente à actividade autárquica desenvolvida neste cenário (e, por conseguinte, fora da esfera da autonomia local), aproximando-se daqueles que caracterizam a superintendência; mantendo-se no Governo a responsabilidade pela prossecução das tarefas em causa, compreende-se que este, quando chamado a solucionar um caso concreto pela mediação de uma norma regulamentar autárquica inválida, tenha competência para a desaplicar com esse fundamento (em termos similares aos analisados *supra*, a propósito dos regulamentos dos institutos públicos).

β) Impõe-se agora analisar a outra face da questão, reflectindo sobre a susceptibilidade de os órgãos autárquicos recusarem a aplicação de regulamentos do órgão tutelar, com fundamento na sua invalidez. Também neste domínio a admissibilidade de tal faculdade deverá considerar-se muito restrita. Desde logo, e sobretudo nos casos em que estejam em causa regulamentos emanados pelo Governo⁴⁴⁷, o facto de estes se destinarem

neste horizonte o fundamento justificativo do reconhecimento da competência de recusa de aplicação aos órgãos autárquicos.

⁴⁴⁵ Sobre esta situação, cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 221.

⁴⁴⁶ Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., pp. 167 e s..

⁴⁴⁷ Como é sabido, o órgão tutelar pode identificar-se com o Governo [cf. artigo 199.º, alínea *d*), da Constituição, e artigo 5.º da Lei n.º 27/96] ou, quanto às autarquias localizadas nas regiões autónomas, com os respectivos governos regionais [cf. artigo 227.º, n.º 1, alínea *m*), da CRP, artigos 69.º, alínea *e*), do EPAM e 90.º, n.º 1, alínea *g*) do EPAA, e ainda artigo 1.º do Decreto Legislativo Regional n.º 6/98/M, quanto à Região Autónoma da Madeira]; defendendo a partilha da tutela administrativa entre o Governo e os governos regionais, cf. André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., pp. 289 e s.. Cf. também José de Melo ALEXANDRINO, «Direito...», cit., 275. Todavia, as considerações que tecemos em texto a propósito dos regulamentos governamentais, nomeadamente no que tange à salvaguarda dos interesses nacionais, aplicam-se, da mesma forma, aos órgãos das autarquias localizadas em território regional, apesar de o Governo se não configurar, perante elas, como órgão tutelar. É que, neste âmbito, a restrição das possibilidades de recusa de aplicação dos regulamentos emanados pelo Governo não se funda na especificidade da relação de tutela, mas nas finalidades por aqueles visadas, enquanto normas de execução ou complementação da legislação e/ou das políticas definidas pelos órgãos de soberania para todo o território nacional.

Por outro lado, a circunstância de os regulamentos regionais dos actos legislativos emanados pelos órgãos de soberania revestirem, *ex vi* prescrição estatutária, a forma de decreto legislativo regional introduz

a prosseguir interesses nacionais afasta a defesa de qualquer solução que admita, em geral e sem condicionalismos, a sua desaplicação no caso concreto pelos órgãos das autarquias locais: a consagração constitucional da autonomia local – correspectivo do reconhecimento de uma esfera de interesses próprios – há-de ser articulada com o princípio da unidade do Estado (cf. artigo 6.º) e da salvaguarda dos interesses nacionais⁴⁴⁸, interesses esses que justificam a agnição de uma cláusula implícita de reserva de poderes a favor do Estado, associada a todas as normas que apontam no sentido da descentralização⁴⁴⁹. Por outro lado, a genérica admissibilidade da competência para a recusa de aplicação de regulamentos poderia implicar uma desfiguração (ainda que limitada) da relação tutelar, especialmente quando abrangesse também as normas sobre ela incidentes, atingindo-se, pela via da desaplicação incidental, uma finalidade vedada, em geral e abstracto, em virtude da imposição constitucional da subordinação dos regulamentos das autarquias locais aos emanados pelas autoridades com poder tutelar (artigo 241.º, *in fine*)⁴⁵⁰.

um factor de perturbação na análise, porquanto, pelo menos aparentemente, entrecruza a questão da recusa de aplicação de regulamentos com a temática da rejeição de actos legislativos pela Administração. A defesa (até às últimas consequências) da orientação substancialista propugnada pelo Tribunal Constitucional (cf., *supra*, em nota, neste ponto) exigiria, na matéria em que nos movemos, que, não obstante a forma legislativa, as autarquias pudessem, nos termos que avançaremos em texto (defesa da autonomia local), recusar a aplicação dos regulamentos regionais quando estes atinjam os seus interesses próprios.

⁴⁴⁸ Daí que, com Baptista MACHADO («Participação...», cit., pp. 87, 96 e s.), possamos afirmar que, embora as autarquias locais possuam um fundamento de legitimidade próprio, só são concebíveis, *de facto*, no horizonte de um “quadro organizativo estadual capaz de, como instituição-cúpula, assegurar a paz e a estabilidade nas relações entre as diversas entidades autónomas e, em último termo, de coordenar a nível nacional as actuações dessas entidades subestadais”. Nessa medida, e enquanto os regulamentos estaduais estiverem a prosseguir estes desideratos, encontram-se ao serviço do interesse nacional, não sendo admissível que, em qualquer hipótese, se viabilizasse aos órgãos autárquicos um controlo normativo que pusesse em causa tais interesses, totalmente exteriores às atribuições das entidades em que se inserem.

⁴⁴⁹ Paulo OTERO, *O Poder...*, vol. II, cit., p. 771. Aludindo ao interesse nacional como «contraponto da descentralização municipal», cf. André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., p. 158.

E com esta posição julgamos não sucumbir perante as críticas (com as quais concordamos) de A. Cândido de OLIVEIRA («A EDP...», cit., p. 22), para quem a invocação de que o Governo está a prosseguir interesses nacionais não pode funcionar como forma de encobrir o exercício material de um poder de tutela, sobretudo quando se tem em conta que o poder tutelar do Governo se destina ainda a satisfazer os interesses públicos que estão a seu cargo. Ora, no texto, pressupomos que os regulamentos governamentais em causa se dirigem à prossecução não do interesse público subjacente à subordinação das autarquias à tutela administrativa, mas dos interesses públicos (*rectius*, das dimensões do interesse público) cuja relevância, associada à amplitude nacional da respectiva repercussão, reclama um tratamento normativo unitário, apenas alcançável através da emissão de regulamentos pelo Governo – a viabilizar uma destrição entre exercício de uma «administração de controlo» e exercício de uma «administração activa» (Afonso QUEIRÓ, em parecer *apud* A. Cândido de OLIVEIRA, «Poderes de Intervenção do Estado em Matéria de Urbanismo – Autonomia Local – Tutela», in: *Scientia Iuridica*, tomo XLI, n.ºs 235/237, Janeiro/Junho 1992, p. 173).

⁴⁵⁰ A mesma solução (inadmissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos governamentais pelos órgãos autárquicos) seguir-se-á quer nos casos em que se verificou uma transferência de tarefas estaduais para as autarquias, que as exercem, *a título e sob responsabilidade próprios* («Administração delegada do Estado»), quer, *a fortiori*, nas hipóteses em que os órgãos autárquicos exercem poderes que lhes foram transferidos pelo Estado para a satisfação daquelas finalidades («desconcentração autárquica»).

A admissibilidade da recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas emitidas pelo órgão tutelar apenas se compreenderá quando a invalidez de que as mesmas padecem implique um atentado aos interesses próprios das autarquias locais (*rectius*, à dimensão local dos interesses públicos⁴⁵¹), e, por conseguinte, na medida em que contenda com a configuração constitucional da tutela como uma «tutela de coordenação» ou uma «tutela externa»⁴⁵², em que a autoridade tutelar não dirige nem orienta (incluindo por via normativa) a acção das autarquias locais. Eis-nos diante de uma conclusão que se apresenta coerente com o sentido último da garantia da autonomia local [elevada, entre nós, a limite material de revisão constitucional – cf. artigo 288.º, alínea n)⁴⁵³], em termos de se revelar aceitável incluir em tal garantia o direito dos órgãos autárquicos de rejeitarem os regulamentos que a firam^{454 455}.

⁴⁵¹ A. Cândido de OLIVEIRA («Poderes Paralelos ao Ataque da Autonomia Municipal», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, Novembro/Dezembro 1996, pp. 47 e s.) acentuava a inadequação do recorte de uma categoria de «assuntos locais», permitindo, ao invés, a autonomia local delinear, dentro de vários sectores, uma parte relativa aos interesses próprios das autarquias e, nesse domínio, a garantia de um «direito de decisão própria» (v. ainda A. Cândido de Oliveira, *Direito...*, cit., pp. 195 e s.). Cf. também André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., pp. 94 e 155, sublinhando a unidade intrínseca do interesse público, sem prejuízo do reconhecimento de dimensões nacional e local e da susceptibilidade de os mesmos domínios sectoriais da actividade administrativa suscitarem a coexistência de (dimensões de) interesses públicos cometidos(as) a diversas entidades.

⁴⁵² Sobre os conceitos de «tutela de coordenação» e «tutela externa», v. Baptista MACHADO, «Participação...», cit., pp. 17 e ss.; Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., pp. 171 e s..

⁴⁵³ O que viabiliza a inclusão do princípio no âmbito da Constituição material – assim, Marcelo Rebelo de SOUSA, «Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, tomo V, 1988, p. 29. Concedendo este limite como garantia da autonomia local, Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., p. 202.

⁴⁵⁴ Esta concepção permite obter-se à debilidade das garantias da autonomia local quanto a actuações normativas inconstitucionais, já identificada por Casalta NABAIS, «A Autonomia Local...», cit., pp. 206, 210 e s.. O Autor salientava, então, que, embora as autarquias locais não tivessem legitimidade processual activa para requerer a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas que violassem o princípio da autonomia local, poderiam obter a remoção das mesmas em cada caso concreto, no sentido de que poderiam desencadear processos que conduzissem à intervenção do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, sempre que as normas fossem objecto de uma aplicação concreta (v. g., impugnação dos actos administrativos que apliquem o regulamento atentatório da autonomia local, suscitando, por via incidental, a questão da inconstitucionalidade daquele). Dir-se-ia que, actualmente, as autarquias ainda teriam a possibilidade de solicitar a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do n.º 2 do artigo 73.º do CPTA, enquanto meio processual que permite aos tribunais administrativos o conhecimento não apenas de ilegalidades, mas também de inconstitucionalidades de regulamentos imediatamente operativos. Atente-se, porém, que a existência de mecanismos de defesa judicial da autonomia local não pretere a relevância da recusa de aplicação neste cenário, não só porque a tutela jurisdicional assumirá, em regra, apenas um carácter *a posteriori*, mas também em virtude de não cobrir todas as situações pensáveis (pense-se, v. g., num regulamento governamental violador do princípio da autonomia local, que tem de ser aplicado em decisão da competência do presidente da câmara, que não poderá obviamente impugnar, em seguida, o seu próprio acto).

⁴⁵⁵ Julgamos possível estender esta solução aos casos em que as autarquias locais se vejam confrontadas com a necessidade de mobilização de regulamentos provenientes de outras entidades públicas (diferentes do Estado), que afectem os interesses próprios e específicos garantidos pela autonomia local.

O principal óbice desta conclusão reside na dificuldade inerente ao juízo de validade postulado. Na verdade, não se exige apenas que o órgão afira da juridicidade da norma regulamentar, demandando-se ainda que determine se da invalidez decorre uma ofensa ao princípio constitucional da autonomia local. Trata-se de um juízo de discernimento complexo, sobretudo em domínios da actividade administrativa, caracterizados por um «condomínio de interesses»⁴⁵⁶ entre o Estado e as autarquias (*maxime*, os municípios) ou uma «miscigenação de interesses» entre Estado e colectividades locais, em consequência da «deslocalização» de interesses anteriormente considerados exclusivos destas últimas e que hoje, só com muita dificuldade, se poderiam compreender sem uma divisão de trabalho entre aquelas comunidades e o Estado⁴⁵⁷. Ou ainda, na perspectiva inversa, e louvando-nos em Vieira de Andrade⁴⁵⁸, os interesses locais “inserir-se no quadro global dos fins da sociedade política e representam uma forma instrumental privilegiada da sua realização”, pelo que não existe uma fronteira *abstracta* que assinale, intransponivelmente, o âmbito daqueles interesses, impondo-se uma consideração concreta do tipo e do alcance da tarefa pública em causa. Por outro lado, a tentativa de delimitação dos interesses próprios das autarquias locais revela-se sincrónica e diacronicamente mutável, dependente do sentido e do estado da evolução social, económica ou tecnológica⁴⁵⁹ (ressalvado, talvez, um círculo nuclear de interesses com repercussões exclusivamente locais). Além disso, a definição do que seja interesse nacional (por contraposição a interesses locais) não se afigura líquida, pressupondo, por vezes, uma consideração do sentido da prossecução do interesse público pelo Estado, tendo em conta que, em última análise, a satisfação de quaisquer interesses públicos assume sempre relevância nacional, embora não careça de uma disciplina jurídica emanada pela Administração central – impondo-se agora uma articulação do princípio da autonomia local com o princípio da subsidiariedade. O *punctum crucis* consiste, pois, em determinar se a dimensão nacional do(s) interesse(s) público(s) em presença reclama uma intervenção

⁴⁵⁶ A expressão inspira-se em F. Alves CORREIA, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 40 e s., 108 e s., «Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal», in: *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 1998, pp. 14 e s., e *Manual...*, cit., pp. 142 e ss., a propósito do urbanismo, como um «condomínio de interesses estaduais, regionais e locais», que abre espaço para a intervenção concorrente e concertada do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais. Recuperando a mesma ideia («condomínio de atribuições») e estendendo-a a outros sectores (como o ambiente e o património cultural), v. Maria da Glória GARCIA/André Folque, «Artigo 242.º», cit., p. 505, anotação XVII.

⁴⁵⁷ Vieira de ANDRADE, «Distribuição...», cit., p. 19.

⁴⁵⁸ Vieira de ANDRADE, «Interesse...», cit., p. 278.

⁴⁵⁹ Cf. também M. Rebelo de SOUSA, «Distribuição...», cit., p. 31.

activa e a título próprio do Estado (por demandar ponderações com refracção em todo o território)⁴⁶⁰ ou se, pelo contrário, na situação concreta prevalece a dimensão local, a exigir antes um tratamento normativo pelos órgãos autárquicos, em função das especificidades das colectividades territoriais: o regulamento governamental só vulnerará o princípio da autonomia local se dispuser sobre esta última dimensão, caso em que os órgãos da autarquia poderão recusar a respectiva aplicação na decisão dos casos concretos.

Dadas todas estas dificuldades, a solução que encontrámos (recusa de aplicação de regulamentos governamentais atentatórios do princípio da autonomia local) deve ser concatenada com as considerações tecidas precedentemente, a propósito da recusa de aplicação pelo subalterno, no âmbito de uma relação hierárquica (cf., *supra*, 2.2.2.). A extrema exigência postulada pelo juízo sobre a invalidade de um regulamento não pode ser confiada a trabalhadores cuja preparação técnico-científica não permite uma tal apreciação, reivindicando que apenas os órgãos superiores da hierarquia⁴⁶¹ tenham competência para a recusa de aplicação das normas regulamentares governamentais inválidas⁴⁶².

III. O tratamento constitucional das associações públicas, ainda que perfunctório, estabelece uma relação entre elas e as finalidades de aproximação dos serviços das populações e de garantia da participação dos interessados na gestão efectiva da Administração Pública (cf. artigo 267.º, n.º 1)⁴⁶³, consubstanciando uma “solução

⁴⁶⁰ Cf. também André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., p. 177, que defende ser possível, ainda assim, identificar um conjunto nuclear de algumas tarefas estaduais, interpretativamente emergente do artigo 9.º do Constituição (*Op. cit.*, p. 178). Concordamos, aliás, com a posição deste Autor, quando daí parte para a ideia de que a fixação, em concreto, das dimensões (nacional e local) dos interesses públicos subentende não só uma interpretação das normas constitucionais, mas também uma consideração das disposições legislativas, visto que é ao legislador que, em grande parte, se encontra cometida a tarefa de, no interior do quadro delineado pela Constituição, estabelecer a órbita do interesse nacional.

⁴⁶¹ Nada impede, contudo, que os órgãos autárquicos possam solicitar à Administração Central esclarecimentos sobre o sentido dos regulamentos emanados pelo Governo. Todavia, e sem menoscabo das exigências de sentido decorrentes do princípio da cooperação (cf., *infra*, 3.2., I, α) tal consulta não assumirá nunca a natureza de dever ou ónus (diversamente do que vimos acontecer quanto à respeitosa representação), como as respostas do Governo não constituem ordens ou instruções. Cf. Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., p. 889.

⁴⁶² As soluções apontadas para as autarquias locais valerão, *mutatis mutandis*, relativamente às associações de municípios de fins múltiplos (comunidades intermunicipais), bem como às áreas metropolitanas de Lisboa e Porto (enquanto forma específica de associação de municípios). A composição destas pessoas colectivas públicas (cf. artigos 2.º, n.º 2, da Lei n.º 45/2008, de 27 de Agosto, e 2.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2008, de 27 de Agosto) – integradas exclusivamente por municípios – sustenta, aliás, um paralelismo quanto ao reconhecimento da competência de recusa de aplicação dos órgãos destas entidades, com as especificidades decorrentes da necessidade de conciliação entre a autonomia dos municípios (constitucionalmente garantida) e a autonomia destas corporações (legalmente prevista).

⁴⁶³ Jorge MIRANDA («As Associações Públicas no Direito Português», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVII, 1986, p. 80) concebe a Administração autónoma por

descentralizadora”⁴⁶⁴. Por seu lado, e até ao momento, o legislador teve apenas a preocupação de desenhar um regime geral a propósito das associações públicas profissionais (cf. Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro).

No interior das associações públicas, registam-se, desde logo, as entidades sujeitas à tutela de legalidade idêntica à exercida pelo Governo sobre a Administração autónoma territorial (local) – a esta hipótese reporta-se, *expressis verbis*, o n.º 2 do artigo 29.º da citada Lei n.º 6/2008⁴⁶⁵. O paralelismo pressuposto por este regime implica que afirmemos idêntica equiparação no que respeita ao reconhecimento da competência de recusa de aplicação, admitindo-se, por um lado, que o órgão tutelar, se chamado a apreciar a validade de actos das associações públicas (no âmbito de recurso tutelar legalmente previsto), tenha o poder para desaplicar as normas regulamentares das associações públicas que considere inválidas (quando aquelas não relevem, em exclusivo, da satisfação dos seus interesses próprios) e, por outro lado, que os órgãos das associações públicas recusem, com fundamento em invalidez, a aplicação de normas regulamentares dos órgãos tutelares, sempre que as mesmas ofendam o conjunto de interesses próprios e específicos pelas mesmas polarizados.

Existem, porém, associações públicas que, nos termos legais, escapam à tutela governamental, encontrando-se o controlo da respectiva actividade unicamente submetido aos tribunais, facto que as aproxima das entidades administrativas independentes⁴⁶⁶. Assim sucede, não obstante a disposição citada, quanto a algumas ordens profissionais, cujos estatutos as qualificam como “independentes dos órgãos do Estado” e “livres e autónomas nas suas regras” ou “livres e autónomas no âmbito das suas atribuições”⁴⁶⁷. Nestes casos,

intermédio de associações públicas como uma manifestação de auto-administração social: “auto-administração pública de interesses sociais específicos compenetrados com interesses públicos”.

⁴⁶⁴ Rogério SOARES, «A Ordem dos Advogados: Uma Corporação Pública», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3809, ano 124.º, Dezembro 1991, p. 225.

⁴⁶⁵ Remetendo para esta disposição, cf. artigos 4.º da Lei n.º 57/2008, de 4 de Setembro (que cria a *Ordem dos Psicólogos Portugueses* e aprova o seu Estatuto) e 5.º da Lei n.º 51/2010, de 15 de Dezembro (que cria a *Ordem dos Nutricionistas* e aprova o seu Estatuto).

⁴⁶⁶ Acentuando já este aspecto, v. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 216 e s., reflectindo ainda sobre a questão da admissibilidade da existência de uma Administração autónoma sem tutela governamental.

⁴⁶⁷ Cf. artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto da Ordem dos Advogados* (aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, e pela Lei n.º 12/2010, de 25 de Junho); artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto da Ordem dos Enfermeiros* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril); artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto da Ordem dos Engenheiros* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/92, de 30 de Junho); artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto da Ordem dos Notários* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27/2004, de 4 de Fevereiro); artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto da Ordem dos Médicos Dentistas* (aprovado pela Lei n.º 110/91, de 29 de Agosto, com a redacção introduzida pela Lei n.º 82/98, de 10 de Dezembro, e alterado pela

embora não se coloque o problema da recusa de aplicação, pelo Governo, das normas regulamentares destas associações (mobilizadas apenas pelos respectivos órgãos)⁴⁶⁸, já a situação inversa se poderá verificar: pense-se, *v. g.*, na hipótese de o Governo aprovar um decreto regulamentar, determinando que constituiria condição de inscrição na Ordem dos Advogados, a obtenção do grau de doutor em Direito. Parece-nos, porém, que a solução a seguir será, por maioria de razão, a adoptada, em geral, quanto à recusa de aplicação de regulamentos pelos órgãos dos entes autónomos: admitir a competência para a recusa de aplicação das normas, no âmbito dos interesses próprios e específicos (corporacionais), em virtude dos quais foram constituídas.

IV. O caso das universidades públicas apresenta uma configuração específica, visto que as mesmas prosseguem interesses estaduais (pelo menos, em parte e em certo sentido, como constataremos já a seguir), embora o n.º 2 do artigo 76.º da Constituição lhes confira, nos termos da lei e sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade de ensino, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, vertentes às quais se adiciona a implícita⁴⁶⁹ dimensão da autonomia de governo ou auto-governo⁴⁷⁰,

Lei n.º 44/2003, de 22 de Agosto); artigo 1.º, n.º 2, do *Estatuto da Ordem dos Médicos Veterinários* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 368/91, de 4 de Outubro, alterado pela Lei n.º 117/97, de 4 de Novembro).

Idêntica referência está ausente do *Estatuto da Ordem dos Arquitectos* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/98, de 3 de Julho), do *Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 134/2005, de 16 de Agosto), do *Estatuto da Ordem dos Médicos* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de Agosto), do *Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 224/2008, de 20 de Novembro, e 185/2009, de 12 de Agosto), e do *Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 452/99, de 5 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 310/2009, de 26 de Outubro), bem como do *Estatuto da Câmara dos Despachantes Oficiais* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 173/98, de 26 de Junho) e do *Estatuto da Câmara dos Solicitadores* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro).

⁴⁶⁸ Claro que, em teoria, ainda se torna possível arquitectar hipóteses em que o Governo se veria confrontado com a necessidade de não aplicar ao caso concreto um regulamento inválido emitido por uma ordem profissional que, por completo, extravasasse as respectivas atribuições (sectoriais). Nítido é que, nesta situação, o Governo se encontraria desvinculado da observância deste regulamento, não o aplicando se se lhe deparasse um caso concreto coberto pelo âmbito de aplicação da norma.

⁴⁶⁹ Cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 915, anotação V ao artigo 76.º.

⁴⁷⁰ Em razão do nosso objecto problemático (que carece apenas da compreensão das relações que intercedem entre as universidades e o Governo), não nos deteremos agora sobre a configuração jurídica das universidades – questão delicada objecto de análise pela doutrina nacional e no seio da qual ainda se não logrou encontrar unanimidade.

Na lição de Vital MOREIRA (*Administração...*, cit., pp. 374 e s.), a forma «instituto público» não exclui a respectiva inclusão no âmbito da Administração autónoma, sempre que exista uma colectividade de pessoas que partilham interesses comuns e gozam de auto-determinação na prossecução desses interesses (públicos) próprios. Nesta situação inclui as universidades que, conformando-se como institutos públicos,

permitindo erigir um autêntico direito fundamental da universidade à autonomia⁴⁷¹. A ambivalência das universidades públicas aparece claramente expressa no RJIES: por um lado, o artigo 2.º prevê que as instituições de ensino superior públicas estão sujeitas ao regime aplicável às demais pessoas colectivas públicas, designadamente à *Lei-Quadro dos Institutos Públicos*⁴⁷², que vale como direito subsidiário, em tudo o que não contrariar o RJIES (n.º 2); por outro lado, e aprofundando a autonomia universitária constitucionalmente consagrada (na medida em que a estende também as instituições de ensino politécnico⁴⁷³), o artigo 11.º prevê que as instituições de ensino superior públicas

surgem dotadas de auto-governo e de autonomia normativa (recorde-se, aliás, que a diversidade do formato institucional constitui um dos problemas da Administração autónoma – *Op. cit.*, pp. 93 e s.); nesta linha, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., pp. 914 e 916, anotações IV e V ao artigo 76.º, respectivamente) consideram as universidades como “uma espécie de institutos públicos” e como “uma expressão da administração autónoma” (cf., porém, *Op. cit.*, p. 916, anotação VI ao artigo 76.º). Em sentido próximo, v. Paulo OTERO, «Institutos Públicos», cit., p. 265 e s.; Carla Amado GOMES, «Três Estudos de Direito da Educação», AAFDL, Lisboa, 2002, pp. 44 e s..

Integrando-as na Administração autónoma, Jorge MIRANDA («Artigo 76.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., pp. 1430 e s., anotação X) recusa a qualificação das universidades públicas como institutos públicos. Cf., porém, Jorge MIRANDA, «As Associações Públicas no Direito Português», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVII, 1986, p. 77, aludindo às universidades como «figuras mistas»; referindo-se também às universidades como entes públicos mistos (entre as fundações e as associações), embora com dúvidas, M. Esteves de OLIVEIRA, *Direito...*, cit., p. 213.

Concebendo as universidades cumulativamente como associações (em razão da preponderância do elemento pessoal), estabelecimentos públicos (quanto ao fim prosseguido – fim público específico não lucrativo) e Administração autónoma, v. M. Rebelo de SOUSA, *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1992, pp. 38 e ss. (47). Já Casalta NABAIS («Considerações...», cit., pp. 365 e s.) partilha de uma concepção *sui generis* no que tange à natureza jurídica das universidades, advogando que as mesmas possuem uma dupla natureza: nesta medida, constituem concomitantemente pólos da Administração autónoma (tendo a seu cargo a prossecução de interesses públicos próprios, relacionados com o âmbito académico) e pólos da Administração estadual indirecta (aos quais cabe a realização de interesses que relevam do exercício de tarefas correspondentes à função estadual do ensino superior, tarefas essas que lhes foram transferidas pelo Estado). Nesta linha, v. também L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 60 e ss. (embora o Autor defenda a possibilidade de classificação das universidades como associações ou corporações públicas, qualificando-as como «associações públicas funcionais de direitos fundamentais», em preito às liberdades individuais tituladas pelos membros da comunidade académica – *Op. cit.*, pp. 75 e ss.).

⁴⁷¹ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 913, anotação IV ao artigo 76.º, sem que, todavia, não deixem de problematizar a questão no quadro da titularidade de direitos fundamentais por pessoas colectivas públicas (*Op. cit.*, loc. cit., e p. 330, anotação III ao artigo 12.º). Assim também, Jorge MIRANDA, «Artigo 12.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., p. 211, anotação VI; Maria da Glória GARCIA, *Autonomia Universitária e Avaliação da Qualidade do Ensino Universitário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 28. Cf. ainda L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 91 e ss., que defende estarmos inclusivamente diante de um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

⁴⁷² Lei esta que expressamente acolhe a especificidade das universidades e das escolas de ensino superior politécnico, designando-os, a par de outros, como “institutos de regime especial” – cf. artigo 48.º, n.º 1, alínea a).

⁴⁷³ Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA (*Constituição...*, vol. I, cit., p. 917, anotação VIII ao artigo 76.º) enfatizavam já que do âmbito da garantia constitucional do n.º 2 do artigo 76.º se encontravam retiradas as escolas politécnicas, sem prejuízo da possibilidade de o legislador estender as estas últimas (às “demais instituições de ensino superior” a que se refere o n.º 2 do mesmo preceito) a autonomia universitária,

dispõem, sem prejuízo da submissão a tutela administrativa (n.º 5), de autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, administrativa, financeira, patrimonial e disciplinar face ao Estado (n.º 1), dimensões essas concretizadas nos artigos 66.º e 71.º e seguintes. A tutela manifesta-se, em geral, na decisão dos recursos cuja interposição se encontre prevista em disposição legal expressa [cf. artigo 150.º, n.º 2, alínea *a*)] e, em especial, *v. g.*, na criação, modificação, fusão, cisão e extinção de instituições de ensino superior públicas; na verificação da satisfação dos requisitos exigidos para a criação e funcionamento dos estabelecimentos de ensino superior; no registo da denominação dos estabelecimentos de ensino superior; na homologação dos estatutos das instituições de ensino superior e suas alterações; na homologação da eleição do reitor ou presidente das instituições de ensino superior públicas; e na fiscalização do cumprimento da lei e aplicação das sanções nela previstas em caso de infracção (cf. artigo 27.º) – como acontece com as medidas preventivas nas hipóteses de incumprimento do RJIES (artigo 154.º) ou com as sanções contempladas nos artigos 164.º e seguintes.

Esta particular posição das universidades públicas exige ponderações diversas daquelas que pautaram, até este momento, a solução do problema da recusa de aplicação no âmbito da Administração autónoma. Com efeito, nesta hipótese, não se revela possível uma argumentação ancorada na natureza territorial ou corporacional própria dos interesses prosseguidos por estas entidades (tal-qualmente sucede com as regiões autónomas e autarquias locais ou com as associações públicas), na medida em que as mesmas satisfazem interesses nacionais a cargo do Estado, em especial o interesse em assegurar o ensino [cf. artigo 9.º, alínea *f*], da Constituição], subseqüentemente concretizado na garantia do acesso de todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, aos graus mais elevados de ensino e de investigação científica e na criação de uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população [cf. artigos 74.º, n.º 2, alínea *d*), e 75.º, n.º 1, da CRP]⁴⁷⁴. Esta circunstância leva o legislador a

autonomia essa que passa a configurar um direito fundamental de origem legal, que, embora sem a força da garantia constitucional directa, goza de uma certa protecção constitucional indirecta, nos termos do artigo 16.º da Constituição.

⁴⁷⁴ É neste contexto que se deve compreender a fixação dos objectivos constantes do artigo 11.º da *Lei de Bases do Sistema Educativo* (Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, alterada pelas Leis n.ºs 115/97, de 19 de Setembro e 49/2005, de 30 de Agosto), os quais representam o estabelecimento dos princípios basilares da política nacional de educação universitária, essencialmente dirigida à formação de diplomados nas diversas áreas do saber e aptos para a inserção em vários sectores profissionais, e à promoção, divulgação e formação culturais, científicas, profissionais e técnicas dos cidadãos. Identificando precisamente a área da formação (nos termos das orientações da política nacional de ensino superior) dos quadros técnicos de nível superior

adoptar um conceito muito amplo de tutela, que compreende quer a fiscalização da legalidade (como é próprio dos entes autónomos), quer a defesa do interesse público (cf. artigo 150.º, n.º 1, do RJIES). Mas o contrário – enfatizar, em exclusivo, o facto de estar (também) em causa a prossecução de interesses estaduais – não parece igualmente curial, visto que existem actuações das instituições de ensino superior público que se encontram, por força da lei e, no caso das universidades, da Constituição, subtraídas aos poderes típicos a que estão subordinadas as pessoas colectivas públicas constituídas para a satisfação de interesses próprios de outras entidades.

Urge, por isso, sopesar os objectivos subjacentes à especial configuração constitucional e legal destas entidades, em especial aqueles que se reconduzem à concessão do específico estatuto de autonomia de que dispõem: por um lado, neste sentido aponta um argumento de ordem histórica, na medida em que a criação medieval das universidades surge indelevelmente marcada por uma ampla autonomia face aos poderes estaduais, apenas cerceada aquando da defesa de um modelo centralista, actualmente insustentável, em razão da heterogeneidade e da quantidade de tarefas a cargo do Estado; por outro lado, a autonomia universitária, autêntica expressão da descentração administrativa, constitui o corolário da democracia cultural, assumindo-se como componente institucional ou organizacional de garantia das liberdades de criação científica e de ensino (artigos 42.º e 43.º da Constituição, respectivamente) – em suma, da liberdade académica –, cuja realização plena carece, não obstante o reconhecimento individual de que beneficiam no texto constitucional, do respectivo desenvolvimento no seio das comunidades universitárias, justamente na medida em que a actividade dirigida à descoberta, transmissão e aquisição de conhecimentos científicos postula uma dimensão colectiva-organizatória de programação, organização e regulação das componentes científica e

necessárias à comunidade nacional como excluída da autonomia universitária e, como tal, integrada no âmbito da «função estadual do ensino superior», cf. Casalta NABAIS, «Considerações...», cit., p. 367. Assim se compreende, v. g., que, por estarem em causa interesses próprios do Estado, se preveja uma subordinação às orientações (típica da superintendência) do ministro da tutela quanto à fixação do número anual máximo de novas admissões, bem como do número máximo de estudantes inscrito em cada ciclo de estudos em cada ano lectivo, orientações essas que se louvam na racionalização da oferta formativa, na política nacional de formação de recursos humanos e nos recursos disponíveis (cf. artigo 64.º, n.º 3, do RJIES). Atente-se que o incumprimento de tais orientações pode originar a alteração dos números máximos estabelecidos pelas instituições de ensino superior públicas por despacho fundamentado do ministro da tutela, nos termos do n.º 5 do artigo 64.º do RJIES.

Além destas, a doutrina alude a tarefas científica e pedagogicamente indiferentes (como sucede com a promoção e organização de actividades circum-académicas e o apoio social a estudantes carenciados ou portadores de deficiência), as quais devem imputar-se ao Estado, por corresponderem à prossecução de interesses gerais ou nacionais, sem prejuízo da respectiva devolução (enquanto tarefas estaduais delegadas) às universidades – assim, L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 68 e ss..

pedagógica aí envolvidas, que apenas pelo conjunto comunitariamente agrupado dos titulares daquelas liberdades poderá ser desempenhado⁴⁷⁵. Trata-se, pois, de um exemplo típico da «administração autónoma funcionalizada aos direitos fundamentais» (*grundrechtlich-funktionale Selbstverwaltung*), enquanto expressão da garantia daqueles direitos⁴⁷⁶.

Encontrando-se fundadas razões para que o legislador (constituente e ordinário) tenha entendido conferir às instituições de ensino superior público um estatuto de autonomia, a coerência compele a que as soluções finais quanto ao problema da recusa de aplicação se aproximem das que defendemos quanto aos entes da Administração autónoma, viabilizando que os respectivos órgãos possam recusar a aplicação de regulamentos governamentais, sempre que padeçam de invalidez por ofensa do âmbito (constitucional ou legal) da autonomia universitária (*lato sensu*), concebida como direito fundamental. O recorte do núcleo de tal autonomia é, ainda agora, dado pelo conjunto de tarefas conferidas às universidades, tarefas delineadas em função da protecção da liberdade académica; nesta medida, as instituições de ensino superior público administram um conjunto de interesses próprios, reconduzíveis à *autonomia científica* (que envolve o direito de auto-determinação no âmbito da investigação científica) e a *autonomia pedagógica* (que compreende o direito de auto-definição das formas de ensino e avaliação), com todas as implicações daí decorrentes no âmbito administrativo e financeiro⁴⁷⁷. Aliás, e se quisermos socorrer-nos de um dos elementos constitutivos do conceito de Administração autónoma (a natureza própria dos interesses prosseguidos pela entidade)⁴⁷⁸, não persistem dúvidas de que as tarefas atinentes às matérias científicas e pedagógicas se relacionam especificamente com o quadro de interesses da comunidade académica, revelando-se

⁴⁷⁵ Sobre as *rationes* da autonomia universitária, cf. Casalta NABAIS, «Considerações...», cit., pp. 359 e ss., e L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 58 e s., que seguimos neste ponto. V. também Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 916, anotação VII ao artigo 76.º. A estes motivos poderá ainda acrescer uma razão de eficiência e agilização administrativas, presente em todos os fenómenos de descentralização (cf. Sérvulo CORREIA, *Noções...*, cit., p. 131), potenciando ainda a competição entre universidades (L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 72 e s.).

⁴⁷⁶ SCHMIDT-ASSMANN, «Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 116.º, 1991, pp. 381 e s., associando a Administração autónoma universitária à garantia da liberdade de ensino e investigação, consagrada no n.º 3 do artigo 5 da *Grundgesetz*.

⁴⁷⁷ Cf. Casalta NABAIS, «Considerações...», cit., p. 364; L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 61 e ss.. Entendendo também que, nestes domínios (assuntos especificamente académicos), se encontra excluída a tutela substitutiva (e, por conseguinte, admitindo implicitamente que definem ou caracterizam a autonomia universitária), cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 916, anotação VII ao artigo 76.º.

⁴⁷⁸ Cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 81.

destacáveis do conjunto de interesses públicos nacionais globais e susceptíveis de serem geridos autonomamente face a estes.

Por sua vez, no interior do âmbito material delineado pela autonomia científica e pedagógica, não se admite, ainda que o legislador venha prever mecanismos de tutela da legalidade cassatória, que o Governo recuse a aplicação de regulamentos administrativos, com fundamento na respectiva invalidade, nos mesmos termos em que rejeitámos tal possibilidade no quadro dos demais entes da Administração autónoma: a especificidade dos interesses (de natureza científica e pedagógica) acarreta a auto-responsabilidade e, por conseguinte, a existência de uma simples tutela de legalidade nestas matérias, com limitação dos poderes governamentais.

2.2.6. Independência

A alusão à independência como elemento para a definição da competência para a recusa de aplicação de regulamentos visa o exame de uma dúplice realidade: por um lado, estará aqui em causa a avaliação da competência de recusa de aplicação das designadas *autoridades administrativas independentes* (I); por outro lado, importará avaliar em que medida um órgão de uma entidade pode desaplicar regulamentos emanados por outro órgão da mesma entidade, se entre ambos não existir uma relação de hierarquia, não sendo igualmente o órgão decisor concebível como uma «autoridade administrativa independente» (II).

I. A Administração independente encontra consagração constitucional no n.º 3 do artigo 267.º, ainda que este preceito se limite a reconhecer a possibilidade legal da criação de “entidades administrativas independentes”. Daqui torna-se já possível inferir tratar-se de uma referência que, quando necessariamente articulada com princípios constitucionais (como o princípio da unidade da Administração ou o princípio da responsabilidade ministerial), determina, como veremos, a existência de restrições à margem de manobra do legislador, em termos de se poder afirmar que a constituição de entidades administrativas independentes representa senão uma solução excepcional, pelo menos uma solução especial no contexto da organização administrativa.

Como é sabido, a noção de Administração independente deve-se ao labor doutrinal, tomando como ponto de referência a experiência das agências norte-americanas⁴⁷⁹, e identificando-se com a “administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na Administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-administração de quaisquer interesses organizados”, sendo “dotadas de poder autónomo de decisão ou influência sobre um determinado sector ou actividade”⁴⁸⁰. A amplitude desta noção deixa, desde já, entrever o polimorfismo deste tipo de autoridades, algumas delas dotadas de personalidade jurídico-pública (entidades, *proprio sensu*), outras assumindo-se como órgãos do Estado – «órgãos independentes», *hoc sensu*⁴⁸¹ (pese embora a alusão constitucional apenas a “entidades administrativas independentes”⁴⁸²).

Assim, não surpreenderá, pois, que, para lá da distinção entre *entidades* e *órgãos*⁴⁸³ independentes, o interior da categoria em análise (na acepção enunciada) esteja longe de possuir uma homogeneidade, aí se encontrando figuras com funções, contornos e regime jurídico muito diversos⁴⁸⁴. Neste horizonte, impõe-se, no mínimo, uma distinção entre, por

⁴⁷⁹ Sem prejuízo do relevo assumido pelo confronto com outras experiências jurídicas – cf., desenvolvidamente, José Lucas CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 39 e ss.. V. também Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 318 e ss..

⁴⁸⁰ Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 127, e Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS, *Autoridades...*, cit., p. 41, respectivamente. Cf. também a noção proposta por Blanco de MORAIS, «As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, ano 61.º, Janeiro 2001, pp. 103, 122 e ss.. Trata-se de um conceito mais amplo que o propugnado por José Lucas CARDOSO (*Autoridades...*, cit., pp. 217 e ss.), para quem a noção de autoridades administrativas independentes compreende três notas típicas – o regime de independência, a titularidade de competências compreendidas na função administrativa do Estado, o desempenho de tarefas de administração activa, consubstanciadas na prática de actos de autoridade –, o que lhe vai permitir excluir da noção, por exemplo, autoridades com funções meramente consultivas.

⁴⁸¹ Utilizando a expressão neste sentido, Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. I, cit., pp. 308 e ss. (reservando a designação «autoridades administrativas independentes» para as entidades independentes dotadas de personalidade jurídico-pública). V., *infra*, II, a convocação da mesma locução para denotar uma realidade diversa.

⁴⁸² Contundente quanto à referência constitucional, cf. Blanco de MORAIS, «As Autoridades...», cit., p. 111; v. também pp. 151 e ss.. Atente-se, porém, que também o legislador alude a “entidades administrativas independentes, *destituídas de personalidade jurídica*” – cf. artigo 10.º, n.º 3, do CPTA.

⁴⁸³ À maneira francesa, as autoridades administrativas independentes careciam tradicionalmente de personalidade jurídica (cf., v. g., CHAPUS, *Droit...*, tomo I, cit., p. 229). Trata-se, todavia, de aspecto que as novas figuras jurídicas vêm ultrapassando – pense-se no caso da *Autorité des Marchés Financiers*, qualificada pelo legislador como “autoridade pública independente dotada de personalidade moral”. Acentuando esta novidade, cf. COSTA, «L’Autorité des Marchés Financiers: Jurisdiction? Quasi-Jurisdiction? Pseudo-Jurisdiction?», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 21.º ano, Novembro/Dezembro 2005, p. 1175.

⁴⁸⁴ Não se trata de singularidade do sistema jurídico nacional, perpassando a mesma nota noutros ordenamentos – cf., v. g., MERUSI/PASSARO, *Le Autorità...*, cit., pp. 61 e ss. (identificando três tipos de entidades independentes: as autoridades com poderes de garantia, as autoridades com funções de regulação e as autoridades com funções técnico-administrativas).

um lado, entidades com funções de regulação económica e social (autoridades reguladoras)⁴⁸⁵ e, por outro lado, entidades vocacionadas para a defesa dos direitos dos cidadãos (com especial atenção para a relação entre Administração e particulares) e para a fiscalização da legalidade administrativa⁴⁸⁶. Não se estranhará que esta divisão dicotómica acabe por ditar fundamentações diversas para a independência comum a todas estas entidades, e, embora nem sempre determine soluções diferenciadas da óptica do

⁴⁸⁵ Actualmente, o ordenamento jurídico português conhece as seguintes entidades reguladoras, integradas na Administração independente: *Autoridade da Concorrência* (autoridade reguladora não sectorial ou transversal – Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro); *Banco de Portugal* (regulação do sistema bancário – artigo 102.º da Constituição, e Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro, alterada pelos Decretos-Leis n.ºs 118/2001, de 17 de Abril, 50/2004, de 10 de Março, e 39/2007, de 20 de Fevereiro); *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* (regulação do mercado de valores mobiliários e de outros instrumentos financeiros – Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro, alterado pelo Decretos-Leis n.ºs 232/2000, de 25 de Setembro, 183/2003, de 19 de Agosto, e 169/2008, de 26 de Agosto; artigos 352.º e seguintes do *Código dos Valores Mobiliários*); *Entidade Reguladora da Saúde* (regulação da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde – Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de Maio); *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos* (regulação dos sectores do gás natural e da electricidade – Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril); *ICP – Autoridade de Comunicações de Portugal* (regulação do sector das comunicações – Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro); *Instituto de Seguros de Portugal* (regulação do sector dos seguros – Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de Novembro).

Diversamente, e embora constituam autoridades reguladoras, a *Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P.* (regulação dos sectores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos – Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro), o *Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.* (regulação do sector da construção e do imobiliário – Decreto-Lei n.º 144/2007, de 27 de Abril), o *Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres* (regulação do sector dos transportes terrestres – Decreto-Lei n.º 147/2007, de 27 de Abril), o *Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I. P.* (regulação do sector das infra-estruturas rodoviárias – Decreto-Lei n.º 148/2007, de 27 de Abril), o *Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P.* (regulação do sector da aviação civil – Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril), o *Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I. P.* (regulação do sector marítimo-portuário – Decreto-Lei n.º 146/2007, de 27 de Abril) são entidades da Administração indirecta do Estado, sujeitas a superintendência e tutela.

⁴⁸⁶ Encontram-se expressamente contemplados na Constituição o *Provedor de Justiça* (artigo 23.º), a *Entidade Reguladora da Comunicação Social* (artigo 39.º; cf. também Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), bem como o *Conselho Económico e Social* (artigo 92.º), o *Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (artigo 217.º, n.º 2), o *Conselho Superior da Magistratura* (artigo 218.º), o *Procurador-Geral da República* e o *Conselho Superior do Ministério Público* (artigo 220.º) e o *Conselho Superior de Defesa Nacional* (artigo 274.º). Repare-se, porém, que a vocação de defesa de direitos fundamentais não se encontra inscrita em todas estas entidades, assumindo-se algumas como instâncias de consulta e decisão relativamente a actividades económicas e sociais ou de disciplina e controlo dos titulares de órgãos de soberania (louvamos na classificação avançada por Blanco de MORAIS, «As Autoridades...», cit., pp. 131 e s.).

De criação legal, destacam-se a *Comissão Nacional de Eleições* (Lei n.º 71/78, de 27 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 4/2000, de 12 de Abril), a *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos* (artigos 18.º e seguintes da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, e Lei n.º 8/95, de 29 de Março), a *Comissão Nacional de Protecção de Dados*, ainda que, esta última, resulte da imposição constitucional constante do n.º 2 do artigo 35.º (artigos 21.º e seguintes da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e Lei n.º 43/2004, de 18 de Agosto) ou o *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida* (Lei n.º 24/2009, de 29 de Maio).

Para um elenco muito completo das entidades de defesa de direitos fundamentais criadas por lei, cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo IV, cit., pp. 415 e ss.. Optando por um elenco mais estrito (em função de um conceito mais apertado de autoridades administrativas independentes que perfilha), v. José Lucas CARDOSO, *Autoridades...*, cit., pp. 226 e ss..

reconhecimento do exercício da competência de recusa de aplicação de regulamentos, são díspares os motivos da respectiva admissibilidade.

A independência própria das autoridades reguladoras encontra-se ancorada na necessidade de separação da actividade de regulação face à esfera política (*stricto sensu*) e às conjunturais maiorias decorrentes dos ciclos eleitorais, no contexto mais amplo da separação entre a função de estabelecimento de regras de funcionamento do mercado e a intervenção directa do Estado no mesmo enquanto sujeito económico, tendo em vista a garantia de um mercado livre e concorrencial⁴⁸⁷, sem simultaneamente descurar a respectiva necessidade de criar espaços de menor rigidez, típicos das administrações tradicionais, cuja ausência de flexibilidade se adequa pouco às exigências económicas actuais⁴⁸⁸. Neste sentido, os vários poderes conferidos a estas entidades⁴⁸⁹ possuem o duplo propósito de fixar normas para os regulados e assegurar o respectivo cumprimento, aplicando-as ou fiscalizando a sua observância, prosseguindo as responsabilidades estaduais em assegurar os interesses públicos do funcionamento eficiente do mercado e da iniciativa económica privada⁴⁹⁰. O desempenho destas funções postula, pois, que, genericamente, estas entidades se caracterizem pela não integração na Administração estadual e pela sua não sujeição ao controlo governamental⁴⁹¹. Neste plano, a independência caracteriza-se pela subtracção a qualquer influência directora ou orientadora do Governo e pela sujeição da respectiva actividade exclusivamente ao controlo judicial. Daí que, embora as autoridades reguladoras constituam institutos públicos, não se encontram subordinadas ao regime geral destas pessoas colectivas públicas, em especial no que tange à respectiva sujeição à superintendência do Governo – como, aliás, resulta da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 48.º da *Lei-Quadro dos Institutos Públicos*, que aglutina as entidades administrativas independentes nos institutos de regime especial, com derrogação do regime comum, na medida necessária à sua especificidade.

⁴⁸⁷ Entre nós, cf., v. g., Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS, *Autoridades...*, cit., pp. 10 e ss.; Fernanda MAÇÃS, «O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, pp. 22 e s..

⁴⁸⁸ Cf. Paula Costa e SILVA, «As Autoridades Independentes. Alguns Aspectos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica», in: *O Direito*, ano 138.º, vol. III, 2006, p. 545.

⁴⁸⁹ Para uma análise sistemática dos poderes das autoridades reguladoras, cf., v. g., João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., pp. 157 e ss., e «O Estado...», cit., pp. 183 e s.. V. também, *infra*, em texto.

⁴⁹⁰ Cf. Pedro GONÇALVES, «Direito...», cit., p. 572.

⁴⁹¹ Cf. Vital MOREIRA, *Auto-Regulação...*, cit., p. 51. V. ainda João Nuno Calvão da SILVA, «O Estado...», cit., pp. 182 e s..

Já a independência característica das entidades de tutela dos direitos fundamentais ou, mais amplamente, de defesa da Lei Fundamental está directamente concatenada com o imperativo da subordinação directa à Constituição e ao legislador. O facto de tais autoridades funcionarem como «instâncias parajurisdicionais»⁴⁹² exige que estejam munidas de garantias de imparcialidade e sujeitas a um regime de incompatibilidades que as aproxima da disciplina jurídica dos tribunais. A independência surge, neste contexto, associada aos imperativos da objectividade, da exclusividade, da transparência, da isenção e da neutralidade⁴⁹³, exigíveis a estas autoridades no desempenho das suas funções.

Abstraindo do respectivo fundamento, a independência típica das entidades que analisamos manifesta-se quer ao nível orgânico-estrutural, quer no plano funcional⁴⁹⁴. Em termos orgânicos, a independência afecta essencialmente o modo de designação dos titulares dos órgãos ou o regime jurídico dos respectivos mandatos: assim, v. g., o legislador prevê, com frequência, no caso das entidades de tutela de direitos fundamentais, que os titulares dos órgãos sejam designados pela Assembleia da República⁴⁹⁵,

⁴⁹² Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 135, n. 171.

⁴⁹³ Sobre estas dimensões, enquanto corolários do princípio da imparcialidade, cf. Maria Teresa RIBEIRO, *O Princípio...*, cit., pp. 161 e ss..

Sobre a neutralidade como critério caracterizador das autoridades reguladoras independentes, cf. Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS, *Autoridades...*, cit., pp. 29 e s.. V. ainda, sobre as várias dimensões desta neutralidade, Blanco de MORAIS, «As Autoridades...», cit., pp. 118 e s..

⁴⁹⁴ Sobre esta matéria, cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 127 e s., 132 e s.; Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS, *Autoridades...*, cit., pp. 25 e ss.. Embora, em texto, nos reportemos apenas à independência face ao Governo (e à Administração estadual) – por ser aquela que, da nossa perspectiva interessada, aqui releva – a nota da independência estende-se (como assinalam os Autores) também aos interesses do sector em que desenvolvem a sua actividade – daí que a doutrina erija em característica da Administração independente a independência face aos interesses envolvidos na actividade da entidade em causa, traduzida na ausência de título representativo na designação dos membros dirigentes e na escolha de “personalidades independentes”. No caso das autoridades reguladoras, torna-se numa nota de relevância extrema, *maxime*, quando se atenta nos perigos da captura do regulador pelos regulados (ou por alguns regulados). Veja-se a tradução legislativa desta ideia, v. g., no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, relativo à Entidade Reguladora da Saúde, onde prevê, a par da independência face ao Governo, a independência “em relação às entidades titulares dos estabelecimentos sujeitos à sua jurisdição ou a qualquer outra entidade com intervenção no sector”, interditando a aceitação de quaisquer patrocínios, apoios ou subsídios por parte destas ou das suas associações representativas.

Claro está que esta independência se poderá sempre conceber como relativa, sobretudo quando em causa estão autoridades criadas por lei: nesta acepção, dir-se-á, tal como o legislador as criou, também as pode extinguir, bem como (menos drasticamente) alterar as respectivas atribuições e poderes (assim, José Lucas CARDOSO, *Autoridades...*, cit., p. 389). Repare-se, porém, que, actualmente, muitas destas autoridades não se encontram já na disponibilidade do legislador ordinário, na medida em que resultam de imposições europeias – eis o que sucede com grande parte das entidades reguladoras, mas também com algumas das autoridades de defesa de direitos fundamentais (v. g., Comissão Nacional de Protecção de Dados – cuja génese remonta à «autoridade de controlo» contemplada no artigo 28.º da Directiva n.º 95/46/CE, de 24 de Outubro, in: *JOCE*, n.º L 281, 23.11.1995, pp. 31 e ss., transposta para o ordenamento português pela Lei n.º 67/98).

⁴⁹⁵ Pense-se, a título meramente exemplificativo, no Provedor de Justiça (artigo 23.º, n.º 3, da Constituição) ou na Entidade Reguladora da Comunicação Social (artigo 39.º, n.º 2, da Constituição). Mesmo

estabelecendo ainda um conjunto significativo de impedimentos e incompatibilidades com o exercício de outras actividades profissionais e/ou a qualidade de membros de órgãos de outras entidades (públicas e privadas)⁴⁹⁶; por sua vez, a estabilidade constitui característica comum aos mandatos de todas estas entidades⁴⁹⁷, não consentindo a sua livre revogabilidade pelo Governo, nem coincidindo a respectiva duração com o período da legislatura e do mandato governamental.

É, todavia, a vertente funcional da independência, que mais releva neste domínio, pois que a actividade destas entidades não se encontra subordinada a qualquer poder de direcção ou orientação do Governo, não competindo, de igual modo, à Administração estadual o respectivo controlo ou fiscalização.

As linhas que acabámos de traçar permitem-nos retirar já uma conclusão preliminar: a inexistência de situações em que o Governo ou qualquer entidade da Administração estadual se vejam confrontados com a necessidade de mobilizar um regulamento de uma entidade da Administração independente. Nesta medida, a questão da recusa de aplicação de regulamentos coloca-se apenas num sentido: *quid iuris*, se, na prossecução das respectivas funções, as entidades administrativas independentes se virem confrontadas com um regulamento administrativo inválido, susceptível (*prima facie*) de assimilar o caso decidendo?

Propendemos para o reconhecimento da competência de rejeição aos órgãos das entidades administrativas, no círculo de atribuições às mesmas conferidas. A admissibilidade da recusa de aplicação arranca agora da própria especificidade das funções

quando a nomeação dos titulares dos órgãos pertença ao Governo não actuam em sua representação, nem se encontram sujeitos aos seus poderes de direcção ou orientação: atente-se, *v. g.*, em alguns dos membros da Comissão Nacional de Protecção de Dados, que são designados pelo Governo, mas enquanto “personalidades de reconhecida competência” [artigo 25.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei n.º 67/98], ou nos membros do conselho directivo da Entidade Reguladora da Saúde, nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área da saúde, de entre “pessoas de reconhecida idoneidade, autoridade e competência técnica e profissional” (artigo 10.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2009).

⁴⁹⁶ Considerem-se, *v. g.*, os impedimentos e incompatibilidades contemplados no artigo 29.º dos *Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos* (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002), relativos aos membros do respectivo conselho de administração.

⁴⁹⁷ Por exemplo, o artigo 5.º da Lei n.º 43/2004 consagra expressamente a inamovibilidade dos membros da Comissão Nacional de Protecção de Dados. No mesmo sentido, o n.º 3 do artigo 33.º da Lei n.º 5/98 estabelece como regra a inamovibilidade do governador e demais membros do conselho de administração do Banco de Portugal, admitindo a sua exoneração apenas nas hipóteses taxativamente fixadas pelo n.º 2 do artigo 14.º dos *Estatutos do SEBC/BCE* (cessação do preenchimento dos requisitos necessários ao exercício das funções ou comissão de falta grave), tendo o governador direito de recurso da decisão de exoneração para o Tribunal de Justiça, com fundamento em violação dos Tratados ou de norma jurídica relativa à sua aplicação (artigo 33.º, n.º 5, da Lei n.º 5/98, articulado com o citado artigo 14.º, n.º 2, segunda parte, dos *Estatutos do SEBC/BCE*).

desempenhadas por estas autoridades, as quais justificam uma maior margem de manobra dos órgãos administrativos no que respeita à aferição da validade das normas e à possibilidade de actuação em conformidade com o juízo efectuado. Neste sentido, é a própria especialidade revestida pela Administração independente (*rectius*, pela *ratio* subjacente à criação de cada uma das autoridades administrativas independentes) que fundamenta o (igualmente) excepcional exercício da competência de recusa de aplicação. Não se trata, contudo, de posição isenta de escolhos, em coerência com as dúvidas de cariz jurídico-constitucional que a própria existência da Administração independente suscita, mesmo num sistema jurídico como o nosso, em que a Constituição expressamente a acolhe.

Desde logo, a referência, neste contexto, aos fins (e, por conseguinte, aos interesses públicos) prosseguidos por estas entidades não significa que a fundamentação desta competência coincida com a que empreendemos para a Administração autónoma, visto que subjacentes às duas categorias se encontram realidades diversas⁴⁹⁸. Se, em certo sentido, os entes autónomos comungam com esta última de uma certa independência face ao Governo, não deixa de entre ambos interceder uma relação de tutela (ressalvado o caso muito específico da autonomia político-administrativa das regiões autónomas). Por outro lado, as entidades administrativas independentes não polarizam os interesses próprios e específicos de determinadas comunidades, não constituindo, como tal, expressão do princípio da descentralização administrativa e da auto-administração⁴⁹⁹. Além disso, não existindo uma qualquer relação entre entidades independentes e Governo fica prejudicada qualquer forma de legitimidade democrática indirecta, bem como uma subordinação ao controlo político do Parlamento, pela via da responsabilidade governamental⁵⁰⁰. A conjugação de todas estas dificuldades poderia, numa primeira análise, revelar-se totalmente avessa à admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos pelas entidades administrativas independentes. Todavia, não é assim: se a especificidade assumida por estes entes e a articulação entre os

⁴⁹⁸ Sobre a distinção entre Administração autónoma e Administração independente, v. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 126 e ss..

⁴⁹⁹ Daí que, mesmo quando se aluda, neste campo, à «auto-administração», convirá esclarecer que se está diante de uma «auto-administração formal», por contraposição à «auto-administração material» (reportando-se esta última a “realidades sociologicamente distintas do Estado”). V. Jorge MIRANDA, «As Associações...», cit., p. 79.

⁵⁰⁰ Cf. Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇAS, *Autoridades...*, cit., pp. 43 e s.; Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 320 e s.; Luís FÁBRICA/Joana COLAÇO, «Artigo 267.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 586, anotação XI. V. também MERUSI/PASSARO, *Le Autorità...*, cit., pp. 81 e ss..

preceitos constitucionais já referenciados ditam, a montante, que a respectiva criação obedeça a determinados limites⁵⁰¹ (desde logo, a necessidade) e constitua objecto de adequada fundamentação, uma vez constituídas devem retirar-se todas as consequências do sentido e propósito dessa criação – incluindo o reconhecimento da possibilidade de fiscalizar a validade dos regulamentos emitidos pelas demais entidades da Administração e de retirar consequências jurídicas desse controlo.

Primo, a competência para a recusa de aplicação de regulamentos inválidos não surge agora concebida como elemento inerente à autonomia (*i.e.*, como faculdade decorrente da gestão de interesses próprios), tratando-se antes de a compreender como a consequência necessária dos fundamentos subjacentes à independência. Efectivamente, a vinculação dos órgãos das entidades independentes aos regulamentos inválidos (*maxime*, quando emitidos pelo Governo) perturbaria, consoante os casos, quer a tarefa de garantia e tutela de direitos dos cidadãos contra a Administração, quer a separação entre regulação e poder político-governamental, especialmente relevante em áreas sensíveis (defesa de direitos e regulação) que se pretendem subtrair aos critérios político-partidários das maiorias do momento, inscrevendo a criação destas entidades no reforço do princípio da imparcialidade da Administração⁵⁰². A amplitude conferida, neste domínio, à competência de recusa de aplicação releva, face a todas as situações analisadas, de uma especificidade consonante com a especialidade assumida pelas autoridades independentes no contexto geral da organização administrativa, correspondendo a um *outro modo-de-ser dos poderes públicos*, contrário ao que pautou o nascimento do Estado liberal⁵⁰³. Um entendimento diverso – que obrigasse estes entes a acatar, em qualquer hipótese, os regulamentos – acabaria precisamente por redundar na aniquilação da independência que constitui apanágio destas entidades, porquanto propiciaria que, através de normas gerais e abstractas, o Executivo interferisse, directa ou indirectamente, no exercício das respectivas

⁵⁰¹ Vejam-se, *v. g.*, as limitações à criação de organismos de regulação independentes, propostas por Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇAS, *Autoridades...*, cit., pp. 263 e s.. *V.* também Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 136. Criticando o facto de a Constituição se ter demitido da tarefa, que parcialmente lhe competia, de traçar os pressupostos de criação das entidades administrativas independentes, definindo o equilíbrio entre o princípio democrático e o princípio da imparcialidade, cf. Luís FÁBRICA/Joana COLAÇO, «Artigo 267.º», cit., pp. 586 e s., anotação XI.

⁵⁰² Concebendo já as autoridades administrativas independentes como um «garantia acrescida da imparcialidade da Administração Pública», cf. Luís FÁBRICA/Joana COLAÇO, «Artigo 267.º», cit., p. 586, anotação X.

⁵⁰³ Aludindo às autoridades independentes como um “novo modo de ser dos poderes públicos”, cf. PEREZ, «Autorità Indipendenti e Tutela dei Diritti», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 1996, p. 115. Contrapondo a experiência das autoridades administrativas independentes ao modelo do Estado parlamentar, cf. Cerulli IRELLI, *Corso...*, cit., p. 204.

atribuições⁵⁰⁴. Pense-se, *v. g.*, na hipótese de o Governo emitir um regulamento que desse azo à «tendência perversa»⁵⁰⁵ de captura da regulação pelo regulado.

Secundo, a natureza especial (tendencialmente excepcional) das autoridades administrativas independentes não alarga *desmesuradamente* o âmbito das possibilidades de recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas. Com esta asserção não pretendemos ignorar que, apesar dessa especialidade, o volume e, sobretudo, o relevo das tarefas cometidas a estas autoridades não torna despiciendo o reconhecimento do poder de rejeição de regulamentos inválidos⁵⁰⁶. Contudo, as exigências constitucionais emergentes do princípio da separação de poderes e do princípio da unidade da acção administrativa, dirigidas a evitar a hipertrofia de uma Administração independente ou o risco de um poder executivo tricéfalo⁵⁰⁷, contêm, dentro de limites razoáveis, a proliferação destas entidades e das atribuições/competências que lhes estão conferidas, desenhadas a partir de um imperativo de necessidade.

Tertio, os eventuais défices de legitimidade democrática decorrentes da independência relativamente ao Executivo e, por conseguinte, da não subordinação, em última análise, ao controlo político do Parlamento (e sem prejuízo da submissão ao controlo judicial da actuação destas autoridades), são compensados por outros elementos de legitimação, que consistem na independência dos titulares dos respectivos órgãos (recrutados em função das suas capacidades técnicas e/ou científicas), bem como na transparência, na participação dos interessados e na procedimentalização das decisões adoptadas; por outro lado, e agora no plano do relacionamento com os poderes públicos (não jurisdicionais), conta-se também o estabelecimento de mecanismos de *accountability* perante comissões parlamentares [em articulação com a competência (de fiscalização política) da Assembleia da República para apreciar os actos do Governo e da Administração, contemplada na alínea *a*) do artigo 162.º da Constituição], visto que a independência destas autoridades não pode determinar uma actuação completamente à margem das opções políticas, financeiras e sociais, exigindo-se um mínimo de coerência na

⁵⁰⁴ De certo modo, no caso das entidades administrativas independentes, o exercício da competência da recusa de aplicação assume uma amplitude superior relativamente à reconhecida aos entes autónomos, onde tal admissibilidade só existe no círculo dos interesses próprios das comunidades que exponenciam (sendo que, como vimos, desempenham tarefas fora desse círculo), e não, como no caso vertente, no exercício de todas as suas atribuições.

⁵⁰⁵ Saldanha SANCHES, «A Regulação...», cit., p. 7.

⁵⁰⁶ Manifestando preocupação, cf., *v. g.*, as acutilantes observações de Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 323 e s..

⁵⁰⁷ Em sentido próximo, Blanco de MORAIS, «As Autoridades...», cit., p. 149.

acção pública, independentemente dos respectivos actores⁵⁰⁸. Além disso, a *ratio essendi* da mencionada subtracção ao controlo político-parlamentar assenta, ela própria, numa concepção maturada do princípio democrático, o qual reclama que certos sectores dotados de efeitos prolongados na vida da comunidade não se encontrem subordinados à área de influência de visões condicionadas pelos ciclos eleitorais, e, por conseguinte, isentos das pressões contingentes exercidas pelos grupos de interesse⁵⁰⁹. A conciliação das exigências de *accountability* com as actualmente pressupostas pelo princípio democrático (a reivindicar, em simultâneo, a existência, em domínios específicos, de autoridades destacadas da restante orgânica administrativa) importa uma facilitação da competência de recusa de aplicação de regulamentos nas matérias que integram as respectivas atribuições, matérias pelas quais são autónoma e isoladamente responsáveis e que só lhes estão confiadas em virtude da imunidade de que gozam, mercê da sua configuração organizatória e funcional.

Quarto, a natureza das tarefas confiadas a estas entidades apresenta um carácter acentuadamente polimórfico, com destaque para o desempenho de funções de normação, de resolução de litígios e de aplicação de sanções⁵¹⁰, numa clara miscigenação (mas não confusão) entre função administrativa e função judicial, no que tange às duas últimas tarefas consideradas. Ora, como veremos, com maior detenção, no ponto seguinte, é justamente no plano do exercício de competências jurisdicionais (ou parajurisdicionais) que a doutrina se tem pronunciado, em termos favoráveis, no que concerne a um problema próximo do nosso: a questão da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração. À maior generosidade na admissibilidade da recusa de aplicação neste domínio não se revela alheia a circunstância de, na maioria dos casos, a especificidade das funções parajurisdicionais desempenhadas pelas autoridades independentes exigir uma acrescida preparação técnico-jurídica dos respectivos titulares⁵¹¹ face à existente nos restantes órgãos

⁵⁰⁸ Vital MOREIRA/Maria Fernanda MAÇÃS, *Autoridades...*, cit., pp. 47, 250 e ss., 267 e 307. MERUSI/PASSARO, *Le Autorità...*, cit., pp. 105 e ss., 112 e ss.. Para uma problematização crítica dos vários vectores da legitimação das autoridades reguladoras independentes (legitimação técnico-procedimental, legitimação pelo controlo jurisdicional, legitimação por previsão constitucional expressa e legitimidade democrática), cf. João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., pp. 179 e ss..

⁵⁰⁹ Assim, MERUSI/PASSARO, *Le Autorità...*, cit., pp. 83 e s..

⁵¹⁰ Marcelo PRATES (*Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 67) considera inclusivamente que as autoridades independentes detêm os atributos necessários para o exercício de um poder administrativo sancionador geral, imparcial e credível.

⁵¹¹ Esta característica assume especial nitidez quanto às autoridades de defesa de direitos fundamentais. São, aliás, frequentes as hipóteses em que o legislador prevê que a respectiva composição integre inclusivamente magistrados judiciais: assim acontece, v. g., com a Comissão Nacional de Eleições [o

administrativos, inclusive os do topo da hierarquia, gozando os juízos sobre a validade dos regulamentos de maior fiabilidade⁵¹².

II. Contornos distintos do fenómeno (acabado de analisar) das entidades administrativas independentes reveste a coabitação, no interior de uma pessoa colectiva pública, de órgãos entre os quais se não verifica uma qualquer relação inter-orgânica de natureza hierárquica e que, não sendo embora nenhum deles assimilável ao conceito de «autoridade administrativa independente», possuem uma certa independência entre si. Tal sucederá em pessoas colectivas públicas horizontal ou verticalmente desconcentradas (como as associações públicas, no âmbito das relações entre os órgãos estatutários, e as autarquias locais, quanto às relações entre presidente da câmara municipal e assembleia municipal, ou como as universidades, no que tange às relações dos órgãos de gestão das unidades orgânicas, entre si ou perante o reitor, respectivamente), ou no interior de órgãos complexos, nas hipóteses de pluralismo funcional (como sucede com os ministros, entre si, ou com o Primeiro Ministro) ou de coadjuvação (nas relações entre os secretários e os ministros)⁵¹³. Neste sentido, encontramos-nos diante de «órgãos independentes»⁵¹⁴, que funcionam, dentro da Administração, “como se tivessem individualidade própria”⁵¹⁵, sendo legítimo reportar-nos, exclusivamente nesta acepção, de uma *independência inter-orgânica*. Também aqui se torna possível equacionar em que termos se dilucida a questão

artigo 2.º, alínea *a*), da Lei n.º 71/78, comete a um juiz conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo, designado pelo Conselho Superior da Magistratura, a presidência daquela autoridade] ou com a Comissão Nacional de Protecção de Dados [cuja composição inclui um magistrado judicial, com mais de dez anos de carreira, designado pelo Conselho Superior da Magistratura – v. artigo 25.º, n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 67/98]. Sublinhando que tal integração se dirige um reforço da imparcialidade das autoridades administrativas em causa, ainda que suscitando dúvidas acerca da constitucionalidade da solução, da óptica dos princípios da independência e da exclusividade dos juízes, cf. José Lucas CARDOSO, *Autoridades...*, cit., pp. 375.

⁵¹² Fazendo uso deste argumento no quadro da desaplicação de leis inconstitucionais por órgãos administrativos independentes de garantia, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 354 e s., acentuando esta característica no sentido de minorar a insegurança jurídica potencialmente criada pela admissibilidade da competência de rejeição no plano administrativo.

⁵¹³ Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 85. Como sublinha o nosso Professor, a relação de «independência» não oblitera que entre esses órgãos possam ainda interceder «relações especiais de subordinação funcional limitada», estabelecendo o legislador poderes de controlo preventivo de um órgão sobre actos de outro órgão (como sucede entre assembleia municipal e câmara municipal) ou poderes de decisão de recurso por um órgão de actos de outro (como acontece entre câmara municipal e presidente da câmara).

⁵¹⁴ Utilizando já o conceito de *órgão autónomo ou independente*, no sentido de “instância deslocada de uma cadeia hierárquica”, v. Pedro GONÇALVES, «A Justiciabilidade...», cit., p. 21.

⁵¹⁵ Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 351 (referindo-se aos organismos públicos representativos sem personalidade).

da recusa de aplicação quando um dos órgãos envolvidos se vê confrontado com um caso concreto, cuja decisão convoca uma norma regulamentar inválida emitida pelo outro.

A pluralidade e a diversidade de órgãos cobertos por esta noção deixa, desde logo, entrever que a solução não poderá ser idêntica para todos eles. O carácter excepcional da recusa de aplicação postula, por isso, a exigência de requisitos adicionais para a sua admissibilidade, mesmo em cenários em que o órgão decisor se encontra dotado de independência inter-orgânica, no sentido supra-indicado, face ao órgão emissor do regulamento.

Esta perspectivação do relacionamento inter-orgânico encontra já manifestações no ordenamento jurídico nacional. Eis-nos diante de uma problemática que se entrelaça com a norma do ETAF que inclui no âmbito da jurisdição administrativa a apreciação dos litígios que tenham por objecto relações entre órgãos públicos, no âmbito dos interesses que lhes cumpre prosseguir [artigo 4.º, n.º 1, alínea *j*), do ETAF⁵¹⁶]⁵¹⁷. A circunstância de estarem em causa litígios inter-orgânicos – em regra, não justiciáveis, por não emergirem de uma relação inter-subjectiva – conduziu a doutrina nacional a uma reflexão que parte da ultrapassagem da «teoria da impermeabilidade das pessoas colectivas públicas»⁵¹⁸ (perimida, em virtude da densidade e da complexidade existente no seio das entidades

⁵¹⁶ Esta norma surge complementada por outras duas, do CPTA: por um lado, o n.º 6 do artigo 10.º, estabelecendo que, nos casos de litígios inter-orgânicos, a acção é proposta contra o órgão cuja conduta deu origem ao litígio, em excepção ao princípio geral, constante do n.º 2, segundo o qual a legitimidade passiva pertence à entidade pública ou ao ministério; por outro lado, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 55.º, concretizando que têm legitimidade para impugnar um acto administrativo os órgãos administrativos, relativamente a actos praticados por outros órgãos da mesma pessoa colectiva pública.

⁵¹⁷ Não se trata de problema privativo do direito nacional. No âmbito da ordem jurídica alemã, debate-se igualmente a admissibilidade dos litígios inter-orgânicos, sob a expressiva designação inicial de *Insichprozess* (a qual sugeria a originária ideia de afastamento da possibilidade de justiciabilidade de conflitos entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública, visto que tal subentendia que uma entidade pudesse agir judicialmente contra si própria) e actualmente denominados como *Innenrechtsstreite*. Todavia, a *extensio* deste conceito não se circunscreve aos litígios entre órgãos (*inter-organische Rechtsstreite*), abrangendo igualmente os litígios no interior dos órgãos colegiais (*intra-organische Rechtsstreite*). Cf., v. g., MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 530 e s.; HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pp. 383 e s..

⁵¹⁸ De acordo com a «teoria da impermeabilidade das pessoas colectivas públicas», não existiam quaisquer relações jurídicas no interior das entidades públicas, em consonância com a ideia de que os actos com eficácia restrita ao interior da Administração Pública não possuíam natureza jurídica, na medida em que atingiam apenas de forma indirecta ou reflexa os direitos dos cidadãos (com todas as repercussões já acentuadas a propósito da concepção dos regulamentos internos); daí que também se encontrassem excluídos da apreciação jurisdicional os conflitos jurídicos entre órgãos integrados na mesma entidade. Cf. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pp. 14 e s., 383 e s.; LORENZ, «Zur Problematik des Verwaltungsrechtlichen Insichprozesses», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 93.º, 1968, p. 314, com uma explanação sintética da teoria da impermeabilidade das pessoas colectivas, tal-qualmente a mesma foi configura por Laband e Georg Jellinek. Entre nós, esta teoria subjaz à posição de Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 204, para quem os órgãos pertencem ao ser da pessoa colectiva (tal como acontece com os órgãos da pessoa humana) e não têm existência distinta para além daquela.

administrativas) para a consideração da «subjectividade jurídica»⁵¹⁹ dos órgãos administrativos e para a titularidade, por parte destes, de um «círculo de direitos próprios do órgão» (*organschaftlicher Rechtskreis*)⁵²⁰, *i.e.*, de «interesses públicos particulares»⁵²¹ (ou mesmo de direitos subjectivos) no exercício das respectivas competências, os quais podem ser afectados pela actuação de outros órgãos⁵²². É precisamente este último aspecto que apresenta relevo determinante para a densificação das condições de admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos no cenário de independência inter-orgânica entre os órgãos envolvidos: a ideia de que órgãos administrativos existem que polarizam interesses próprios, esferas de acção próprias, conjuntos de matérias sobre as quais se responsabilizam por força de um imperativo legal, permite agora observar o problema sob a óptica da concepção da desaplicação como meio de defesa dos interesses desses órgãos. Daí que Rogério Soares⁵²³ já observasse que “a criação dum órgão da Administração significa a individualização dum ou vários interesses públicos (secundários) que ele tem de prosseguir, manifestando a esse respeito as pretensões adequadas”.

O cruzamento entre a recusa de aplicação entre estes órgãos independentes e a justiciabilidade de litígios inter-orgânicos possui implicações que ultrapassam os contributos das posições dogmáticas sobre a actual configuração das relações no interior das pessoas colectivas públicas. Admitir a conexão entre recusa de aplicação e defesa de interesses a cargo dos órgãos (à semelhança do que sucede com a configuração da justiciabilidade de litígios inter-orgânicos como “instrumento ao serviço da tutela dos interesses ou dos direitos dos órgãos”⁵²⁴) vai ditar uma solução paralela à elaborada a partir

⁵¹⁹ MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 529) alude aos órgãos como «sujeitos jurídicos de direito interno» (*Rechtssubjekten des Innenrechts, innenrechtliche Rechtssubjekten*). Também LORENZ («Zur Problematik...», cit., pp. 316 e ss.) equaciona a possibilidade de os órgãos serem titulares de direitos subjectivos, tendo o cuidado de especificar que, a admitir-se, a subjectividade jurídica dos órgãos é relativa, desde logo, porque a sua afirmação vale tão-só no interior da entidade pública onde se integram os órgãos.

⁵²⁰ HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 388.

⁵²¹ ROTH, *Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 474 e ss..

⁵²² Sobre esta matéria, cf., por todos, Pedro GONÇALVES, «A Justiciabilidade...», cit., *passim*.

⁵²³ Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 61. V. ainda LORENZ, «Zur Problematik...», cit., pp. 320 e s., aludindo às hipóteses em que a norma de competência não possui apenas um alcance organizatório, mas prossegue fins materiais.

⁵²⁴ Pedro GONÇALVES, «A Justiciabilidade...», cit., p. 20. M. Aroso de ALMEIDA/Carlos CADILHA (*Comentário...*, cit., pp. 92 e 375 e ss., comentários 7 ao artigo 10.º, e 7 ao artigo 55.º, respectivamente) referem-se quer à defesa do interesse público subjacente aos poderes funcionais do órgão, quer à defesa dos interesses funcionais adstritos ao núcleo de competências administrativas de que o órgão dispõe, admitindo a justiciabilidade do conflito (*in casu*, reportando-se à impugnação de actos administrativos), quando os actos ponham em causa o direito ao exercício de competências independentes, atribuídas para a prossecução de

da alínea j) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF: o reconhecimento da competência de recusa de aplicação a órgãos independentes (*hoc sensu*), tão-só quando a carga destes se encontre a prossecução de um conjunto de “interesses próprios”. Ora, e seguindo a lição de Pedro Gonçalves⁵²⁵, tal só sucederá nas hipóteses em que os órgãos em causa representam um conjunto de interesses específicos de determinados sujeitos (ou de determinada categoria de sujeitos), assumindo-se, por isso, como *órgãos representativos* no contexto da pessoa colectiva em que se integram⁵²⁶.

Em concreto, estes órgãos apenas poderão deixar de mobilizar uma norma regulamentar emitida por outro órgão da mesma entidade com o qual não têm qualquer relação de hierarquia, nos casos em que a invalidez de que padece essa norma regulamentar ofenda os interesses específicos das pessoas (ou da categoria de pessoas) que o órgão decisor representa. Repare-se que não se trata de uma solução muito díspar da que propugnámos, no âmbito da autonomia, quanto à competência de recusa de aplicação dos órgãos dos entes da Administração autónoma (cf., *supra*, 2.2.5.), onde admitimos a rejeição dos regulamentos que vulnerassem os interesses próprios constitucional e/ou legalmente atribuídos a estas entidades. E a proximidade de solução não é acidental, sobretudo se ponderarmos que a versatilidade da Administração autónoma consente que o respectivo suporte resida em estruturas públicas carecidas de personalidade jurídica, onde se incluem precisamente órgãos representativos, eleitos pelas colectividades sociais interessadas, os quais podem possuir uma autonomia de decisão⁵²⁷.

Além destes casos, torna-se ainda possível equacionar se também os órgãos independentes, que sejam politicamente responsáveis perante outros órgãos (responsabilidade política institucional) ou perante os eleitores, gozam da competência de recusa de aplicação (responsabilidade política difusa)⁵²⁸. Reconhece-se com facilidade que a maleabilidade inerente a esta proposta quadra mal com a exigência verificada ao nível da definição das condições subjectivas da recusa de aplicação. Naturalmente que quando a

interesses específicos, pelos quais o órgão é responsável. Cf. ainda M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., pp. 367 e s., anotação VII ao artigo 55.º.

⁵²⁵ Pedro GONÇALVES, «A Justiciabilidade...», cit., pp. 21 e s.. Adoptando a mesma posição, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/R. Esteves de OLIVEIRA, *Código...*, cit., p. 368, anotação VII ao artigo 55.º; Cláudia Saavedra PINTO, «Os Litígios Emergentes no Âmbito dos Órgãos Colegiais – Anotação ao Ac. do TCA Sul, de 14.11.2007, P. 2879/07», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, pp. 56 e s..

⁵²⁶ Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., pp. 65 e s., n. 88.

⁵²⁷ Cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 375, 530 e s..

⁵²⁸ Outra hipótese em que Pedro GONÇALVES («A Justiciabilidade...», cit., p. 22) admite a justiciabilidade de litígios inter-orgânicos.

invalidez do regulamento inviabiliza ou impossibilita o cumprimento do programa de acção que o órgão se propôs concretizar e por cuja consecução responde (institucionalmente ou perante os eleitores) terá o mesmo órgão competência para rejeitar a norma regulamentar inválida. Pense-se, v. g., na hipótese de um regulamento da assembleia municipal relativo à atribuição de subsídios a empresas participadas pelo município ou criadas pelos seus funcionários [matéria que, nos termos da alínea *p*) do n.º 1 do artigo 64.º da Lei n.º 169/99, se inclui na competência da câmara], restringindo largamente a concessão de benefícios sociais aos funcionários e respectivos familiares, e, desta forma, inviabilizando a consecução do programa de acção social aprovado pela câmara municipal. Todavia, e como resulta do exemplo apontado, entendemos que este critério não poderá ser considerado isoladamente para a aferição da competência da rejeição, mas como um argumento para reforçar a competência dos órgãos representativos (os quais, na sua maioria, se encontram dotados do poder para delinear estratégias e programas de acção próprios) quanto à rejeição de regulamentos inválidos⁵²⁹.

2.2.7. Exercício de competências parajurisdicionais

O exercício de competências parajurisdicionais (ou quase-jurisdicionais) por órgãos administrativos põe a tónica na zona sensível do relacionamento (quase diríamos, entrelaçamento) entre a função administrativa e a função judicial, constituindo terreno fértil para a discussão da admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez⁵³⁰. À semelhança do que sucede com o problema da

⁵²⁹ Trata-se de uma posição próxima da propugnada por MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 530), a propósito da admissibilidade de apreciação judicial de litígios inter-orgânicos.

⁵³⁰ Não nos reportamos, neste momento, à *actividade arbitral da Administração*. Neste cenário, as entidades administrativas actuam no âmbito da resolução arbitral de litígios, encontrando-se as suas decisões sujeitas a recurso para os tribunais judiciais. Eis o que ocorre, v. g., com o *Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres*, a cuja Unidade de Regulação Ferroviária compete a arbitragem de conflitos relativos à repartição da capacidade da infra-estrutura ferroviária [cf. artigo 13.º, n.º 3, alínea *c*), do Decreto-Lei n.º 147/2007], com o *Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias*, ao qual se está expressamente cometida a atribuição de “desempenhar funções de arbitragem” entre operadores e gestores da rede ou entre eles e os utentes [artigo 3.º, n.º 2, alínea *j*), do Decreto-Lei n.º 148/2007] ou com o *ICP – Autoridade de Comunicações de Portugal*, que conta entre as suas atribuições arbitrar os litígios que surjam no âmbito das comunicações, sendo estas decisões recorríveis para os tribunais judiciais [cf. artigos 6.º, n.º 1, alínea *q*), e 54.º, n.º 3, dos respectivos *Estatutos*].

Nas hipóteses em que está em causa a actividade arbitral da Administração, as entidades que a desempenham exercem a função jurisdicional, operando, nos termos da *Lei de Arbitragem Voluntária* (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto) como verdadeiros tribunais arbitrais, no sentido pressuposto pelo n.º 2 do artigo 209.º da Constituição – *i.e.*, situações em que as entidades administrativas são chamadas a dirimir um conflito, configurável como um litígio, cujo conhecimento pertenceria, em princípio, a um tribunal, se a lei não houvesse disposto de forma diversa (assim, HUERGO LORA, *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en*

desaplicação administrativa de leis inconstitucionais – mas sem a intensidade aí assumida da óptica do princípio da separação de poderes (decorrente da confluência entre as funções judicial, administrativa e legislativa) –, uma das questões fulcrais da temática de que nos ocupamos consubstancia-se precisamente na atribuição à Administração de um poder paralelo ao reconhecido aos tribunais: a avaliação da validade normativa e extracção das consequências jurídicas dessa avaliação. Nas hipóteses em que o órgão administrativo detém já competências parajurisdicionais, compreende-se que exista uma tendência para dulcificar ou flexibilizar a excepcionalidade que a recusa de aplicação de regulamentos pela Administração constitui⁵³¹. As dificuldades suscitam-se, sobretudo, da perspectiva da admissibilidade da atribuição de poderes parajurisdicionais à Administração, ou de uma «justiça sem juiz» ou «justiça fora do juiz» (*juge hors do juge*)⁵³².

A outorga de competências parajurisdicionais a entidades administrativas representa um fenómeno sensível do ponto de vista jurídico-constitucional, atento o princípio da separação de poderes. Já anteriormente apreciámos que se não afigura fácil a

el Derecho Administrativo, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 241; sobre as várias modalidades que reveste esta actividade, cf. pp. 241 e ss.). Não podemos esquecer que, relativamente à função jurisdicional, se admite que o Estado exerça tão-só uma função supletiva nos litígios em que não esteja em causa a aplicação de sanções de carácter penal, sempre que as partes, por si só, se não revelem capazes de dirimir o conflito que as separa (cf. Barbosa de MELO, *Direito Administrativo*, polic., Coimbra, 2001, p. 55, e «Introdução...», cit., p. 75, referindo-se a um «princípio de autodiceia», enquanto corolário de uma compreensão da *res publica* segundo o teorema do consenso).

Por se tratar do exercício da função *jurisdicional* por *tribunais arbitrais*, não se colocam aqui os óbices que apontaremos quanto à devolução a entidades administrativas (a actuar no exercício da função *administrativa*) da tarefa de resolução de litígios. Neste horizonte, deverá admitir-se, sem quaisquer restrições, a competência de recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas, tal-qualmente a mesma é reconhecida aos tribunais. Em rigor, não se trata, pois, de um caso de recusa de aplicação pela Administração na acepção (funcional) que vimos perfilhando.

Não se ignora, porém, a dificuldade imanente à destriça entre as decisões arbitrais e os «actos administrativos de resolução de litígios». Em regra, a distinção passa pela determinação da presença (ou não) de um interesse público na composição do conflito, que impeça uma posição neutral da autoridade administrativa que, nessa altura, contribuindo embora para a resolução do litígio, actua como parte interessada (*hoc sensu*), prosseguindo ainda a realização de interesses administrativos. Entre nós, v. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 548, n. 377; Maria Fernanda MAÇÃS, «O Controlo...», cit., pp. 44 e ss.; Luís Guilherme CATARINO, *Regulação...*, cit., pp. 814 e ss.. Cf. ainda HUERGO LORA, *La Resolución...*, cit., pp. 249, 276 e s..

⁵³¹ Embora se trate de uma realidade com a qual nos defrontámos já quando aludimos às autoridades administrativas independentes – momento em que mobilizámos a tipologia de certas competências (as parajurisdicionais) para sustentar a competência da recusa de aplicação daquelas autoridades –, a verdade é que os critérios não se sobrepõem totalmente, tornando possível a sua análise autónoma, sem prejuízo da existência de uma área de confluência: no ponto relativo à independência, o exercício de competências jurisdicionais constituiu um argumento (a par de outros) para fundamentar a admissibilidade, em geral, da recusa de aplicação pelos órgãos das autoridades administrativas independentes; neste momento, trata-se de verificar se, para além destas autoridades, os outros órgãos administrativos que exerçam competências parajurisdicionais possuem também, no exercício dessas precisas competências, o poder de recusa de aplicação de regulamentos inválidos.

⁵³² COSTA, «L' Autorité...», cit., p. 1179, louvando-se em Brisson e Devolvé, respectivamente.

caracterização da função judicial ou, em rigor, do núcleo competencial desta função, no confronto com a função administrativa.

O âmbito da reserva de competência jurisdicional (não esclarecido pelo texto da Constituição) tem constituído objecto de análise por diversos arestos do Tribunal Constitucional. A principal via de solução para o problema consiste na caracterização da função judicial, concebida, desde o Acórdão 182/90, de 6 de Junho⁵³³, como uma “«composição de conflitos de interesses», levada a cabo por um órgão independente e imparcial, de harmonia com a lei ou com critérios por ela definidos, tendo como fim específico a realização do direito ou da justiça”. Na senda da lição de Afonso Queiró⁵³⁴ – para quem o *quid specificum* do acto jurisdicional reside na circunstância de o mesmo ser necessariamente praticado para resolver uma «questão de direito», para alcançar o resultado da paz jurídica decorrente da resolução dessa questão de direito –, o Tribunal Constitucional entende que a função jurisdicional se destina à resolução de litígios entre partes, com o único objectivo de realização do interesse público da composição de conflitos⁵³⁵. Assim, enquanto a decisão de uma «controvérsia de realização do direito» constitui um fim para a jurisdição, representa apenas um meio para outro fim quando está em causa o exercício da função administrativa⁵³⁶.

Assistimos hoje à crescente devolução de poderes parajurisdicionais a entidades administrativas, correspondendo à prática de actos *materialmente equiparáveis* à função jurisdicional⁵³⁷, na medida em que a respectiva finalidade exclusiva, principal ou específica, se não reconduza à satisfação de necessidades públicas diferentes do *ius-dicere*

⁵³³ Acórdão n.º 182/90, de 6 de Junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16.º vol., 1990, pp. 365 e ss..

⁵³⁴ Afonso QUEIRÓ, «A Função Administrativa», cit., pp. 101 e ss. (p. 109).

⁵³⁵ Cf., v. g., Acórdãos 104/85, de 26 de Junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., 1985, pp. 638 e ss.; 182/90, de 6 de Junho, cit., pp. 370 e s.; 452/95, de 6 de Julho, cit., pp. 178 e ss.; 760/95, de 20 de Dezembro, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 32.º vol., 1995, pp. 844 e s..

⁵³⁶ Parafraseamos Castanheira NEVES, «Da “Jurisdição”...», cit., pp. 199 e 201, louvando-se em Bettermann.

⁵³⁷ A expressão é inspirada em Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 198.

Não nos reportamos aos «actos de justiça administrativa» a que se referia Freitas do AMARAL (*Direito Administrativo*, vol. II, polic., Lisboa, 1988, p. 181), definindo-os como decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material, adoptadas no âmbito da discricionariedade imprópria (utilizando uma noção próxima, bem como a alternativa «administração jurisdicionalizada», cf. Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo V, cit., p. 35). Recusando também a prestabilidade deste conceito para a resolução da questão da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração, cf. Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 231 e s., n. 542; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 360 e s..

no caso concreto⁵³⁸. Estão aqui envolvidas realidades muito diversas – umas mais próximas que outras da função jurisdicional –, que passam pela aplicação do poder disciplinar ou pelo exercício de poderes sancionatórios (quer no quadro dos ilícitos de mera ordenação social, quer no âmbito das sanções administrativas gerais⁵³⁹), bem como a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias (um dos «poderes administrativos novos» típicos do Direito Administrativo da Regulação⁵⁴⁰) ou a resolução de litígios ou conflitos de interesses entre particulares⁵⁴¹. Se o reconhecimento de poderes sancionatórios à Administração não representa uma novidade significativa (sobretudo, quando se atenta no poder disciplinar do superior hierárquico⁵⁴²) ou se encontra já constitucionalmente previsto [cf., v. g., artigos 35.º, n.º 10, 165.º, n.º 1, alínea d), 269.º, n.º 3, 271.º, n.º 1, da CRP]⁵⁴³, o mesmo não acontece com muitas das competências incluídas na «zona de fronteira» ou «zona cinzenta» entre a função judicial e a função administrativa⁵⁴⁴, e que se encontram hoje cometidas às entidades administrativas. Eis o que sucede, por excelência, no domínio da autojurisdição (enquanto componente da autonomia disciplinar ou autodisciplina),

⁵³⁸ Parafrazeando Vieira de ANDRADE, «A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações», in: *Scientia Iuridica*, tomo XLVII, n.ºs 274-276, Julho/Dezembro 1998, p. 219.

⁵³⁹ Sobre as sanções administrativas gerais (e sua autonomia face às sanções contra-ordenacionais), v., por todos, Marcelo PRATES, *Sanção...*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 148 e ss..

⁵⁴⁰ Pedro GONÇALVES, «Direito...», cit., pp. 565 e s..

⁵⁴¹ Cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., pp. 325 e ss..

⁵⁴² No contexto do ordenamento francês, DRAGO («Compétence Concernant les Commissaires aux Comptes et Incompatibilité de la Procédure de Sanction Pécuniaire avec l'Article 6 de la Convention EDH», in: *La Semaine Juridique – Jurisclasseur Périodique*, ed. G, n.º 42, 18.10.2000, Parte II, n.º 10408, pp. 1931 e ss., a propósito da compatibilidade com o artigo 6.º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* do procedimento e dos poderes sancionatórios da *Commission des Opérations de Bourse*), tão restritivo na admissibilidade dos poderes sancionatórios das autoridades independentes, não deixa de o reconhecer o poder disciplinar no superior; nas palavras do Autor, “fora do domínio hierárquico, a atribuição de um poder sancionador a autoridades administrativas pode ser uma aberração. Seria mais simples e mais claro transferir directamente este poder para os juízes” (*Op. cit.*, p. 1936).

⁵⁴³ E jurisprudencialmente consolidado – eis o que ocorre, v. g., quanto às dúvidas sobre a inconstitucionalidade da aplicação de sanções contraordenacionais pelas autoridades administrativas. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 158/92, de 23 de Abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21.º vol., 1992, pp. 724 e s., onde não se consideraram inconstitucionais (por violação do princípio da reserva da função jurisdicional aos tribunais) as normas que conferiam às autoridades administrativas a aplicação de sanções às contra-ordenações (sanções que, pela sua natureza e pelas finalidades que visam, se distinguem das penas), desde que assegurado, com efectividade e permanência, o direito de impugnação judicial dessas decisões (já antes, Parecer da Comissão Constitucional n.º 4/81, in: *Pareceres*, 14.º vol., pp. 224 e ss.). Trata-se de uma garantia expressamente consagrada no n.º 1 do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 356/89, de 17 de Outubro, 244/95, de 14 de Setembro, 323/2001, de 17 de Dezembro, e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro), nos termos do qual “a decisão da autoridade administrativa que aplica uma coima é susceptível de impugnação judicial”.

⁵⁴⁴ Vieira de ANDRADE, em parecer citado no Acórdão n.º 452/95, de 6 de Julho, cit., p. 182. Cf. também Joaquim Pedro Cardoso da COSTA, *O Princípio...*, cit., pp. 34 e s., aludindo às várias áreas da função jurisdicional, identificando um núcleo essencial (onde funciona a reserva) e zonas cinzentas ou zonas de periferia, que contactam com outras funções estaduais.

característica de certas modalidades da Administração autónoma, *maxime*, das ordens profissionais, em que se reconhece a órgãos administrativos (por vezes, denominados como «órgãos jurisdicionais»⁵⁴⁵) um poder sancionatório que afecta inclusivamente a liberdade de exercício de profissão⁵⁴⁶, ou, no âmbito das autoridades reguladoras, às quais se encontram cometidos não só relevantes poderes sancionatórios, como ainda poderes de resolução de conflitos concernentes às actividades reguladas ou entre os próprios regulados⁵⁴⁷.

Partindo da ideia de que a «abertura normativa»⁵⁴⁸ do artigo 202.º da Constituição não proíbe, em absoluto, a intervenção administrativa em actividade materialmente jurisdicional, mas sem perder de vista que esta se encontra, *ex vi Constitutionis*, atribuída, em primeira linha, aos tribunais, aquelas hipóteses hão-de revelar-se excepcionais⁵⁴⁹, constitucionalmente fundadas (*v. g.*, na tutela de valores constitucionais) e somente admissíveis quando a decisão dos litígios ainda se encontre relacionada com a prossecução de interesses públicos administrativos e não careça de uma primeira intervenção judicial quanto à definição do direito aplicável, por se tratar de matéria incluída na «reserva relativa de jurisdição»⁵⁵⁰. O conteúdo desta reserva de competência judicial há-de ser

⁵⁴⁵ Cf., *v. g.*, artigos 122.º e seguintes do *Estatuto da Ordem dos Advogados*, que designam como «órgãos jurisdicionais» os órgãos com competência disciplinar, aludindo, de igual forma, ao “exercício da sua competência jurisdicional”. O exercício da função disciplinar e parajurisdicional no âmbito das ordens profissionais pode, porém, suscitar perplexidades, sempre que a organização interna das mesmas não contemple uma autêntica independência dos órgãos disciplinares face aos órgãos executivos – reflectindo sobre estas preocupações, Vital MOREIRA, «As Ordens Profissionais: Entre o Organismo Público e o Sindicato», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 73, ano 19, Janeiro/Março 1998, pp. 29 e s. e 45.

⁵⁴⁶ *V. Vital MOREIRA, Administração...*, cit., pp. 196 e ss., e *Auto-Regulação...*, cit., pp. 71 e ss., 269 e ss.. Pense-se, *v. g.*, na pena de expulsão de uma ordem profissional, quando a não inscrição na ordem inviabilize o exercício da profissão em causa. Cf., porém, Jorge MIRANDA, «As Associações...», cit., p. 88, que parece pressupor que a aplicação das “penas” de suspensão e expulsão de uma ordem profissional está cometida aos tribunais judiciais.

⁵⁴⁷ Cf., *v. g.*, artigo 6.º, n.º 1, alínea *q)*, dos *Estatutos do ICP – ANACOM*, que confere a esta entidade atribuições em matéria de resolução de litígios que surjam no âmbito das comunicações, nos termos definidos na lei, esclarecendo que destas decisões cabe recurso para os tribunais judiciais ou arbitrais (artigo 53.º, n.º 3). *V.* também os amplos poderes sancionatórios conferidos à Autoridade da Concorrência relativos às práticas restritivas da concorrência – artigos 22.º e seguintes, da Lei n.º 18/2003. Cf. ainda João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., pp. 175 e ss.

⁵⁴⁸ Vieira de ANDRADE, «A Reserva...», cit., p. 222.

⁵⁴⁹ Encarando a atribuição de funções materialmente jurisdicionais a órgãos distintos dos tribunais como «direito singular» e aludindo a uma «preferência constitucional da reserva aos tribunais do exercício da função jurisdicional», cf. Rui MEDEIROS/Maria João FERNANDES, «Artigo 202.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., pp. 30 e s., anotação VIII.c).

⁵⁵⁰ Sobre a distinção entre «reserva absoluta» e «reserva relativa» de jurisdição, cf. Paulo RANGEL, *Reserva de Jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Universidade Católica Editora, Porto, 1997, pp. 62 e ss. (pondo a tónica na “presença ou ausência de um interesse público estranho ao conflito jurídico patenteado na espécie”). Repare-se, porém, que já Vieira de ANDRADE («A Reserva...», cit., p. 224) defendia um conceito de «reserva absoluta do juiz», que traduz o monopólio judicial dos actos constitutivos

alcançado não só mediante a convocação da densificação doutrinal dos casos constitucionalmente previstos de reserva absoluta de jurisdição (em geral, medidas que contendam com certos direitos fundamentais, *maxime*, mas não exclusivamente, o direito à liberdade – cf. artigos 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 1, 30.º, n.º 2, 33.º, n.ºs 2 e 7, 34.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, 46.º, n.º 2, 113.º, n.º 7), mas também a partir do sentido último do princípio do Estado de direito democrático⁵⁵¹. Assim, dever-se-á entender que o exercício de competências parajurisdicionais por entidades diversas dos tribunais apenas poderá ocorrer quando a composição dos litígios não reclama um «monopólio da primeira palavra» por parte dos tribunais, bastando-se com a existência de um procedimento não judicial (administrativo) de decisão de litígios, susceptível de, *a posteriori*, ser objecto de reexame integral pelos tribunais, a quem cabe agora o «monopólio da última palavra». Por outras palavras, a devolução de tais competências a entidades administrativas há-de ficar cercada por um conjunto de garantias, não podendo ser lograda à custa do sacrifício da apreciação pelos órgãos judiciais de actos jurisdicionais em que aqueles hão-de ter, *ex Constitutione*, a *primeira palavra*; todavia, quando tal se não verifique, e admitindo a devolução das competências (até então conferidas aos tribunais⁵⁵²) a entidades administrativas – *maxime*, em virtude da intervenção de interesses públicos relevantes (e, em alguns casos, até constitucionalmente protegidos) –, urge garantir que a *última e definitiva palavra* caiba aos

do núcleo duro da função jurisdicional, por contraposição a uma «reserva relativa», nas zonas de contacto com outras actividades (*inter alia*, a administrativa), nas quais se impõe apenas a sujeição a reexame judicial das decisões de carácter jurisdicional cometidas a órgãos não judiciais, designadamente a órgãos administrativos. Com idênticos resultados práticos, mas sob formulação diversa, Joaquim Pedro Cardoso da COSTA (*O Princípio...*, cit., p. 35) concebe o exercício da função jurisdicional como uma reserva relativa de juiz, no sentido de admitir que, perante a verificação de determinados condicionalismos, a mesma possa ser exercida por órgãos não jurisdicionais.

Em sentido contrário, defendendo a inconstitucionalidade de actividades formalmente administrativas, mas substancialmente jurisdicionais, cf. Oliveira ASCENSÃO, «A Reserva Constitucional da Jurisdição», in: *O Direito*, ano 123.º, 1991, pp. 465 e ss., *maxime* pp. 481 e ss..

⁵⁵¹ Nestes termos, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 510, anotação VIII ao artigo 202.º.

⁵⁵² Pense-se, *v. g.*, nas infracções cometidas no exercício da liberdade de expressão ou de informação que, após a revisão constitucional de 1997, passaram a implicar a comissão de ilícitos de mera ordenação social (e não apenas de crime), cuja apreciação o n.º 3 do artigo 37.º da CRP devolve a uma entidade administrativa independente (*in casu*, a Entidade Reguladora da Comunicação Social – *v.* Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 575, anotação IX ao artigo 37.º). Chamando também a atenção para esta hipótese, cf. Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., p. 236, defendendo ter-se verificado, neste ponto, uma «desjurisdicionalização» de determinados litígios, sem prejuízo de as infracções poderem ser substancialmente as mesmas.

tribunais, cumprindo-lhes a tarefa de fiscalização da juridicidade das decisões das primeiras⁵⁵³.

Em suma, a admissibilidade da atribuição de competências parajurisdicionais a órgãos da Administração pressupõe a conjugação de três requisitos fundamentais: por um lado, estão em causa actuações que não integram o *núcleo essencial* da função jurisdicional⁵⁵⁴, mas que, por força da equiparação material a esta função, estariam, por

⁵⁵³ Cf., paradigmaticamente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/95, de 6 de Julho, cit., pp. 181 e ss., onde se confronta a função jurisdicional (em que os tribunais têm a primeira palavra) e a função administrativa (em que a Administração têm a primeira palavra, pertencendo aos tribunais, por força da garantia de recurso contencioso, a última palavra). Trata-se de uma ideia que remonta já ao início de actividade do Tribunal Constitucional, onde se encontra firmada jurisprudência no sentido de que, nos domínios do exercício da função judicial, “têm os tribunais de ter, não apenas a *última*, mas logo a *primeira* palavra, não sendo lícito ao legislador devolver a prática dos correspondentes actos para outros órgãos, nomeadamente para órgãos da Administração Pública (ou seja, estabelecer para o exercício da função em causa uma «via administrativa»)” – Acórdão n.º 98/88, de 28 de Abril, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., 1988, pp. 783. Cf. ainda Acórdão n.º 211/90, de 20 de Junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16.º vol., 1990, pp. 578 e s.. Embora os resultados coincidam, a perspectiva que decorre directamente da jurisprudência constitucional não é totalmente idêntica à defendida em texto: enquanto para o Tribunal Constitucional as actividades em que apenas a última e definitiva palavra (e não também a primeira) *não integram a função jurisdicional* (traduzindo o desempenho de uma actividade administrativa – materialmente administrativa, visto que a resolução da questão de direito ainda visa a prossecução do interesse público, e não a paz jurídica decorrente da composição do conflito), na nossa óptica, tais competências não deixam de ser *materialmente equiparáveis à função jurisdicional* (ainda que nelas perpassa a consecução de interesses públicos diferentes da simples resolução do litígio), motivo por que a respectiva atribuição a órgãos não jurisdicionais há-de rodear-se de especiais garantias. Trata-se, pois, de posição mais próxima de Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 198, quando referencia os actos parajurisdicionais como actos não enquadrados no núcleo duro da função jurisdicional, constitucionalmente reservada aos tribunais.

Adoptando já perspectivas similares, v., na doutrina, por exemplo, Vieira de ANDRADE, «A Reserva...», cit., pp. 221 e ss., *maxime* pp. 223 e s.; Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 668 e s.; Jorge Rui MEDEIROS/Maria João FERNANDES, «Artigo 202.º», cit., pp. 25 e ss., anotação VII; Joaquim Pedro Cardoso da COSTA, *O Princípio...*, cit., pp. 32 e ss., esp.^{te} pp. 35 e ss..

Trata-se, no fundo, de concepção análoga à perfilhada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. No caso «Albert e Le Compte/Bélgica», de 10.02.1983 (P. 7299/75; 7496/76, esp.^{te} pontos 23 e ss.), e na sequência de posição já decorrente do caso «Le Compte, Van Leuven e De Meyer/Bélgica, de 23.06.1981 (P. 6878/75; 7238/75), foi questionada a conformidade com o artigo 6.º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* da aplicação de uma sanção pelo órgão disciplinar da Ordem dos Médicos. Depois de concluir que a questão se enquadrava no âmbito do artigo 6.º da citada *Convenção*, na parte em que pressupõe a “determinação dos direitos e obrigações de carácter civil” – em virtude de a sanção em causa (suspensão) impedir temporariamente o exercício da profissão de médico e, como tal, contender com o direito à continuação do exercício das actividades profissionais –, o Tribunal entendeu que este preceito assegura a qualquer pessoa o direito ao exame da sua questão por um tribunal, desiderato que se pode cumprir de dois modos: ou o órgão que aplicou a sanção preenche os requisitos previstos no artigo 6.º ou, não os cumprindo, as suas decisões são submetidas ao controlo ulterior de um órgão jurisdicional, que dispõe das garantias de independência, imparcialidade e publicidade pressupostas pelo n.º 1 do artigo 6.º. Trata-se de jurisprudência confirmada em decisões sucessivas: cf., v. g., o caso «Crédit Industriel/República Checa», de 21.10.2003, P. 29010/95, ponto 68, com amplas referências jurisprudenciais (relativo a uma decisão sancionatória do Banco Nacional Checo) e, por último, «Chaudet/França», de 29.10.2009, P. 49037/06, pontos 33 e ss..

⁵⁵⁴ Trata-se de um apelo à teoria do núcleo essencial, que admite excepções à (tendencial) correspondência entre órgão e função, desde que tal implique um sacrifício do núcleo essencial da função em causa. Sobre esta teoria, cf., entre nós, Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 559 e s.. V. ainda Jorge

princípio, conferidas aos tribunais; por outro lado, a subtração de tais competências a estes últimos só ocorre porque existem interesses fundados que justificam a sua decisão por entidades administrativas, e sob a previsão de um conjunto de garantias de imparcialidade e independência; por último, as decisões administrativas proferidas no exercício destas competências podem ser, posteriormente, sujeitas a reexame judicial.

Em face destas considerações, compreende-se a maior abertura para que propendemos quanto à admissibilidade da competência dos órgãos administrativos para a recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas sempre que aqueles disponham de poderes parajurisdicionais. Para esta posição contribui, desde logo, a natureza da actividade por tais órgãos desenvolvida: se se admite que outros órgãos da Administração (que não exercem este tipo de funções) gozem do poder de rejeição de normas regulamentares inválidas, por maioria de razão se terá de reconhecer o exercício dessa competência a órgãos aos quais o legislador já entendeu conferir poderes para a aplicação de sanções ou para a resolução de litígios, no contexto de um procedimento rodeado de especiais garantias.

Em estreita congruência com a natureza da actividade destaca-se a composição e/ou a especial preparação técnico-jurídica dos titulares destes órgãos, que se encontram, por esse motivo, em condições mais idóneas para a aferição da validade normativa que a dos restantes órgãos da Administração. Em consonância, os eventuais riscos que o exercício da competência de recusa de aplicação veicule para a segurança jurídica ficam substancialmente reduzidos. Além disso, a admissibilidade constitucional da devolução de poderes parajurisdicionais a órgãos administrativos depende de se encontrarem asseguradas todas as garantias de imparcialidade (*rectius*, de neutralidade e de terceiridade⁵⁵⁵) da respectiva actuação, porquanto ainda está em causa o exercício de tarefas *materialmente* judiciais (embora não integrantes da reserva absoluta de jurisdição), que, enquanto tais, reclamam uma particular posição de independência funcional dos órgãos por elas responsáveis.

Trata-se, pois, de levar até ao fim ou retirar todas as consequências da excepção que a atribuição de poderes parajurisdicionais a órgãos administrativos comporta – *i.e.*, a

MIRANDA, *Manual...*, tomo V, cit., p. 35, enunciando o princípio segundo o qual “os actos próprios de cada função devem provir, *em princípio*, de órgãos correspondentes a essa função” (itálico nosso).

Como decorre do texto, a convocação desta posição não é, porém, suficiente, para viabilizar o exercício de uma actividade materialmente judicial por um órgão não jurisdicional.

⁵⁵⁵ Sobre a diferenciação dos dois conceitos, cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 325.

prática de «actos administrativos de resolução de litígios» (*streitentscheidende Verwaltungsakte*)⁵⁵⁶ –, na medida em que o cabal exercício destes poderes postule o reconhecimento de uma competência de recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas. O reconhecimento do poder de praticar actos materialmente equiparáveis a actos jurisdicionais implica, para o decisor administrativo, a assunção de uma racionalidade próxima da racionalidade judicial, impondo que o órgão actue norteado por critérios decisórios paralelos que pautam a actuação dos tribunais – o que permite, aliás, o controlo total dos actos parajurisdicionais das autoridades administrativas⁵⁵⁷; a ser assim, a coerência requer, pois, que, à semelhança do que sucede com os tribunais, também o órgão decisor possa fiscalizar a validade das normas regulamentares aplicandas e rejeitá-las, quando fundamentadamente as considere inválidas. Por último, a excepcionalidade da solução que confere aos órgãos administrativos poderes parajurisdicionais encontra-se rodeada de tais cautelas que justifica a concomitante admissibilidade da recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas, de molde a, no exercício daqueles poderes, a Administração alcançar a resolução normativo-juridicamente mais adequada do caso concreto.

⁵⁵⁶ Cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 232, e vol. II, cit., p. 53 (a propósito dos tipos de actos administrativo e como subtipos dos actos administrativos declarativos – *feststellende Verwaltungsakte*); STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., p. 974; v., porém, embora adoptando uma visão mais restritiva, WILKE, «Die Rechtsprechende Gewalt», in: ISENSEE/KIRCHOF (org.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin, 2007, p. 667.

Utilizando, entre nós, a expressão «actos administrativos de resolução de litígios», cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 548, n. 377, e «Regulação das Comunicações Electrónicas», cit., p. 233 (a propósito do ICP – ANACOM); Maria Fernanda MAÇÃS, «O Controlo...», cit., pp. 44 e ss.; João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado...*, cit., p. 177.

Assim se compreende que A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., p. 360) afirme que a decisão dos órgãos aos quais se encontra conferido este tipo de competências (conducentes à prática de actos que o Autor designa como «actos administrativos judicativos» – *Op. cit.*, p. 358) implica a antecipação, para o momento administrativo, de uma futura decisão judicial e, como tal, deverá constituir uma decisão (materialmente jurisdicional) juridicamente conforme – a determinar que àqueles órgãos administrativos sejam atribuídos os mesmos poderes de aplicação e desaplicação de normas conferidos aos tribunais.

⁵⁵⁷ Em sentido próximo, a propósito dos poderes sancionatórios das autoridades reguladoras independentes, Paula Costa e SILVA («As Autoridades...», cit., pp. 559 e s.) defende que, no exercício de funções jurisdicionais, as autoridades administrativas não devem pautar-se por critérios decisórios diversos daqueles que orientam a actuação dos tribunais, inviabilizando que as decisões administrativas adoptadas neste domínio se rejam por critérios de oportunidade, por definição incontroláveis pelos tribunais. V. também Joaquim Pedro Cardoso da COSTA, «O Recurso para os Tribunais Judiciais da Aplicação de Coimas pelas Autoridades Administrativas», in: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, Abril/Junho 1992, pp. 64 e s. (destrinçando, porém, entre o exercício de competências sancionatórias disciplinares – onde admite uma margem de avaliação da Administração, por estar em causa o seu bom funcionamento interno – e competências sancionatórias associadas ao ilícito de mera ordenação social – onde o controlo é total, por se tratar de uma actividade decorrente da necessidade de respeito pelas regras de ordenação, não exclusivas da Administração) e *O Princípio...*, cit., p. 37.

É certo que a perspectiva que vimos adoptando põe a tónica na função administrativa como «função de realização do direito» (cf., por último, *supra*, 1.2.), o que, por si só, engloba já o poder de afastamento das normas práctico-normativamente inadequadas para assimilar os casos concretos, cujo exercício só não é reconhecido, em geral, por força da intervenção de princípios próprios do Direito Administrativo. Todavia, mesmo quando se entenda serem o conhecimento e a aplicação de normas jurídicas coessenciais à função judicial, assumindo-se como meramente instrumentais relativamente à prossecução do interesse público⁵⁵⁸ (motivo que inviabiliza, por força da separação funcional entre julgar e administrar, uma possibilidade *genérica* de recusa de aplicação de normas inválidas pela Administração⁵⁵⁹), se terá de admitir que a distância que separa as duas funções fica atenuada sempre que o legislador confere a órgãos administrativos tarefas materialmente equiparáveis à função jurisdicional, propiciando o exercício de competências de controlo normativo. Neste sentido poder-se-á argumentar que, se é inerente à função judicial a fiscalização da validade de normas e se, nas hipóteses em análise, a Administração desempenha tarefas materialmente jurisdicionais, então a sobreposição da materialidade jurisdicional sobre a formalidade administrativa conduz a que a Administração detenha agora o poder de afastar as normas inválidas na resolução do conflito de interesses⁵⁶⁰.

2.2.8. Exercício de poderes públicos por entidades privadas

A formulação do problema da recusa de aplicação de normas regulamentares por entidades privadas que actuam no exercício de poderes públicos faz emergir questões interessantes da perspectiva da irradiação da força jurídica dos regulamentos. Situando-se na zona de confluência entre a heterovinculação (na medida em que constituem entidades “exteriores” à Administração Pública) e a autovinculação (em virtude de a devolução de tarefas administrativas as incluir, se e enquanto prosseguem, em nome e sob responsabilidade próprios, tais actividades, num conceito amplo de Administração Pública em sentido funcional⁵⁶¹), as entidades privadas com poderes públicos estão numa posição

⁵⁵⁸ Assim, Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 199.

⁵⁵⁹ Cf. Paulo OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 714.

⁵⁶⁰ Argumentando em termos similares, a propósito do poder de rejeição de leis inconstitucionais pela Administração, cf. Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., p. 240.

⁵⁶¹ Alguma doutrina alemã chega a identificar o *Beliehne* (*i.e.*, o sujeito privado que desempenha funções administrativas e ao qual estão atribuídos poderes públicos de autoridade) como sujeito da Administração (*Verwaltungsträger*) e parte da Administração indirecta (cf., *v. g.*, BURGI,

privilegiada para uma especial complexificação do problema da recusa de aplicação de regulamentos administrativos. As nuvens adensam-se quando contemplamos que existe uma heterogeneidade no interior da categoria dos privados que realizam tarefas públicas administrativas, tornando-se possível destringir entre os particulares (funcionalmente integrados na Administração) e as entidades administrativas privadas (institucionalmente integradas na Administração)⁵⁶² – a ditar soluções nem sempre coincidentes –, mas todos eles dando azo à formação do que alguma doutrina designa como o «sector público»⁵⁶³, sem prejuízo da sua manutenção como sujeitos dotados de personalidade jurídica privada⁵⁶⁴.

De qualquer modo, nítido é que a questão da recusa de aplicação apenas se coloca se e enquanto os privados estiverem a desempenhar as funções administrativas e no contexto e por causa desse exercício, só então se podendo falar de autovinculação, no

«Verwaltungsorganisationsrecht», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.^a ed., 2006, p. 277). Por seu lado, a jurisprudência italiana chegou a afirmar o concessionário como «órgão indirecto da Administração», com o objectivo de reconhecer legitimidade para impugnar actos emanados por entidades privadas (v. NAPOLITANO, «Soggetti Privati “Enti Pubblici”?»), in: *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, ano IX, 2003, pp. 814 e s.).

Já para Vital MOREIRA (*Administração...*, cit., p. 544) as entidades privadas que exercem competências administrativas colhiam o qualificativo de “sujeitos da Administração Pública”. Trata-se, todavia, de posição que não recolhe os sufrágios de toda a doutrina nacional – Freitas do AMARAL (*Curso...*, vol. I, cit., p. 718) declina às instituições particulares de interesse público (onde engloba, *inter alia*, o exercício privado de funções públicas – *Op. cit.*, pp. 716 e s.) a qualidade de “elementos integrados na Administração Pública”, fazendo prevalecer a sua natureza jurídica (privada) sobre as funções (algumas das funções que desempenham), defendendo estar-se antes diante de um modo de “descentralização funcional do sector público, por transferência de poderes próprios deste para a órbita do sector privado”. Adoptando uma posição intermédia, Pedro GONÇALVES (*Entidades...*, cit., pp. 287 e s.) considera que a referência aos particulares que exercem funções públicas administrativas como “membros da Administração” pretende exprimir a especial posição que aqueles assumem, visto que, embora estejam materialmente fora da Administração, tais privados se apresentam, perante terceiros e durante a execução das tarefas públicas, na posição de membros da Administração (cf. também Pedro GONÇALVES, «Entidades Privadas com Poderes Administrativos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, p. 51., recusando um valor excludente ao critério formal).

Na perspectiva que acolhemos, a assimilação possui apenas um pendor *funcional*, destinando-se a sublinhar que a assunção da qualidade de membro da Administração por parte destas entidades só existe se e enquanto as mesmas estiverem a desempenhar as funções públicas delegadas pela pessoa colectiva pública e apenas para estes efeitos. Por outro lado, e como veremos no ponto II. do texto, esta problemática já não se coloca (ou não se coloca com a mesma acuidade) quanto às denominadas «entidades administrativas privadas», cuja personalidade jurídico-privada possui repercussões essencialmente formais.

⁵⁶² Nestes precisos termos, Pedro GONÇALVES, «Entidades...», cit., p. 56, destringindo entre a integração funcional e a integração institucional.

⁵⁶³ Cf., por todos, CASSESE, *Le Basi...*, cit., pp. 29 e ss..

⁵⁶⁴ Criticando a assimilação que, *in toto*, a jurisprudência italiana faz dos sujeitos privados aos entes públicos, para aplicação de toda e qualquer norma de Direito Administrativo, chegando a desconsiderar a respectiva personalidade jurídica privada, para lá dos alargamentos determinados pelo legislador e pelo direito comunitário, v. NAPOLITANO, «Soggetti...», cit., pp. 801 e ss. (ainda que o Autor se reporte, indiferenciadamente, a entes privados resultantes da transformação de entes públicos pré-existentes e a particulares chamados a colaborar no exercício da função administrativa).

sentido que perfilhamos, por apenas aí a temática se volver num autêntico problema de recusa de aplicação de regulamentos *pela Administração*, ou, se preferirmos, pelas entidades (embora de natureza privada) que exercem funções administrativas e, por esse motivo, estão dotadas de poderes públicos de autoridade.

Nos restantes casos, *i.e.*, na medida em que actuem como simples particulares, tais entidades encontram-se vinculadas à observância das normas regulamentares, nos mesmos termos em que se encontram os demais particulares, em virtude da força heterovinculativa própria dos regulamentos administrativos.

As posições a adoptar nesta sede carecem de precisões, motivadas pela consideração de diversos pontos de vista: por um lado, e numa óptica intersubjectiva, cumpre aquilatar da possibilidade da recusa de aplicação por entidades privadas de regulamentos emanados por pessoas colectivas públicas – quer pela entidade pública delegante, quer pelas demais entidades públicas (I.); por outro lado, urge avaliar se a solução seguida, em geral, quanto à recusa de aplicação de regulamentos por privados no desempenho da função administrativa, bem como a respectiva fundamentação se adequam às hipóteses em que estas consubstanciam «entidades administrativas privadas» (II.); além disso, e agora sob a lupa das relações internas, importa aferir da existência de tal poder na titularidade de órgãos de uma entidade quanto a normas emanadas por outro(s) órgão(s) do mesmo ente (III.); por último, importa observar se a entidade pública delegante pode desaplicar regulamentos emitidos pela entidade privada delegatária (IV.).

I. Quanto ao primeiro problema, apontamos no sentido do não reconhecimento às entidades privadas que exercem poderes públicos da competência de recusa de aplicação de quaisquer regulamentos administrativos emanados por pessoas colectivas públicas. Trata-se de uma conclusão que, partindo do (já por si) excepcional exercício da competência de recusa de aplicação (mercê da – por diversas vezes acentuada – força autovinculativa dos regulamentos), encontra-se agora directamente associada à excepcionalidade da delegação de poderes públicos em entidades privadas (enquanto excepção ao princípio segundo o qual o exercício de poderes públicos de autoridade pertence a entidades em absoluto adstritas à prossecução do interesse público)⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ A acentuação, neste momento, da excepcionalidade destas duas realidades para motivar o afastamento do poder de recusa de aplicação pelos órgãos das entidades privadas no exercício de poderes públicos em nada se revela incongruente com a fundamentação (precedentemente efectuada – cf. *supra*,

Efectivamente, a ausência de uma prescrição constitucional que proíba tal possibilidade de delegação não implica uma indiferença quanto ao fenómeno, o qual se encontra sujeito a limites (quanto aos poderes delegáveis e quanto aos destinatários da delegação) e condições (requerendo a sua previsão legal, a observância das exigências do princípio democrático e o cumprimento do princípio da prossecução do interesse público)⁵⁶⁶. Além disso, o regime jurídico do exercício de poderes públicos por entidades privadas determina a vinculação destas últimas ao Direito Administrativo *in toto* (em virtude da natureza material-funcional própria dessa vinculação⁵⁶⁷), incluindo, por isso, a observância dos regulamentos administrativos aplicáveis às decisões autoritárias que profram. Em consonância com as considerações tecidas quando nos debruçámos sobre a força jurídica do regulamento (enquanto instrumento de regulação), constitui característica desta forma de acção administrativa o estabelecimento de normas obrigatórias quer para os destinatários, quer para os demais órgãos da Administração; a eventual recusa de aplicação, por representar uma excepção a este princípio, apenas se revela admissível nas hipóteses em que militem razões que a fundamentem – o que não sucede, *in casu*.

Por outro lado, e encarando agora o problema da perspectiva da recusa de aplicação enquanto inerente à competência decisória jurídico-pública (cf., *supra*, Parte II, 2.3., III), importa enfatizar que a atribuição de poderes administrativos a entidades privadas – e a correspectiva sujeição aos princípios e normas de Direito Administrativo – consubstanciam uma derrogação ao regime jurídico “normal” (jurídico-privado) destas entidades. É esta consideração que motiva, *v. g.*, a determinação e a clareza exigidas ao acto de delegação (de natureza legislativa ou administrativa) na delineação do âmbito dos poderes públicos de autoridade delegáveis ou delegados⁵⁶⁸. Nesta ordem de ideias, nunca a dimensão competencial de recusa de aplicação se poderia reconhecer a uma entidade privada, sem que a mesma constasse, de forma expressa, do elenco de poderes públicos delegáveis ou

2.2.6.) de que a especialidade revestida pela Administração independente justifica o reconhecimento da competência de recusa de aplicação. Com efeito, estão em causa situações em absoluto diversas: a excepcionalidade representada pela devolução de poderes públicos a entidades privadas prende-se com o facto de, em princípio, caber apenas a pessoas colectivas públicas o desempenho de tarefas em causa – razão por que a exigência na admissibilidade da recusa de aplicação há-de ser maior em relação a privados que a demandada quando o problema se coloca perante órgãos de entidades públicas; no âmbito da Administração independente, a especialidade em causa releva da atipicidade que a mesma assume no quadro da organização administrativa, sem prejuízo da natureza pública dos órgãos e/ou entidades independentes.

⁵⁶⁶ Cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 952 e ss., cujo discurso adoptamos.

⁵⁶⁷ Cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1046 e s..

⁵⁶⁸ *V.*, por todos, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 1029.

delegados pela pessoa colectiva pública em causa, em total consonância com o princípio da excepcional de faculdades jurídico-públicas a entidades privadas⁵⁶⁹.

Estas conclusões solidificam-se quando em causa estão regulamentos emanados pela entidade delegante. Independentemente da configuração da concreta relação de delegação (delineada ou prevista pelo legislador), o conteúdo da mesma há-de conferir ao delegante, no mínimo, quer o poder de fiscalização (*ex vi* artigo 267.º, n.º 6, da Constituição), dirigido à verificação genérica da juridicidade da actuação do delegatário, quer o poder de livre revogação da delegação, transferindo, por sua vez, para o delegatário o exercício do poder público⁵⁷⁰. Se esta transferência impede que os órgãos da entidade delegante adoptem actuações que comprometam o desempenho das tarefas administrativas atribuídas ao delegante – desde logo, através da emissão de normas regulamentares que extravasem o âmbito da competência dos órgãos do delegante (por incidirem sobre matérias delegadas) –, tal não implica a atribuição ao delegatário de uma espécie de “poder de autotutela”, que lhe permita, *inter alia*, avaliar da invalidade de tais medidas e, tratando-se de regulamentos, rejeitar a sua aplicação nos casos concretos, na medida em que tal ampliaria significativamente os poderes públicos (taxativamente) transferidos para a entidade privada. Pelo contrário, a especificidade revestida pela relação de delegação constringe, nestas hipóteses, que o delegatário impugne judicialmente as normas regulamentares inválidas, sem prejuízo da possibilidade de exigir uma indemnização pelos prejuízos decorrentes da ilegalidade da actuação administrativa do delegante.

II. Importa perceber se esta tese se confirma quando o problema da recusa de aplicação se coloca perante órgãos de *entidades administrativas privadas*⁵⁷¹, quando estas actuem no exercício de poderes públicos – como sucede, por excelência, com as empresas públicas de natureza societária⁵⁷². Estamos diante de entidades que podem pertencer ao

⁵⁶⁹ Lapidariamente, EHLERS, *Verwaltung...*, cit., p. 111.

⁵⁷⁰ Sobre esta matéria, v. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1034 e s..

⁵⁷¹ Sobre este conceito, cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 285 e ss., 545, e, desenvolvendo, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 432 e s., 895 e ss..

⁵⁷² Embora privilegiemos, neste ponto, os problemas relativos às sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicas, as hipóteses não se circunscrevem às empresas públicas com natureza societária, podendo colocar-se questões idênticas quanto a fundações ou entidades criadas por parceria público-privada e revelando-se admissível seguir conclusões similares, desde que, em qualquer dos casos, as mesmas se encontrem subordinadas à influência dominante (directa ou indirecta) de uma entidade pública. Relativamente às fundações, e na ausência de legislação especial sobre a respectiva criação por entidades públicas [sem prejuízo das referências pontuais à possibilidade dessa constituição – cf., v. g., artigo 53.º, n.º 2, alínea I), da Lei n.º 169/99, que prevê a competência da assembleia municipal para criar fundações, sob

sector empresarial do Estado (disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 558/99), bem como aos sectores empresariais regional⁵⁷³ e local (cujo regime jurídico consta da Lei n.º 53-F/2006⁵⁷⁴), enquadrando-se, por isso, no conceito amplo de «empresas do sector público»⁵⁷⁵. Em comum têm todas elas quer a subordinação à influência dominante (directa ou indirecta) de uma entidade pública (o Estado ou outras entidades públicas estaduais, as regiões, os municípios, associações de municípios e as áreas metropolitanas de Lisboa e Porto) – em virtude da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto, bem como da titularidade do direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou fiscalização (cf. os artigos 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A e 3.º da Lei n.º 53-F/2006) –, quer o desempenho de uma actividade de interesse geral e a satisfação das necessidades da colectividade (cf. artigos 4.º do Decreto-Lei n.º 558/99 e 7.º do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A – que, significativamente, se reportam à *missão* do sectores empresariais do Estado e da Região – e 5.º da Lei n.º 53-F/2006)⁵⁷⁶.

proposta da câmara municipal], as mesmas são constituídas nos termos do Código Civil. Quanto à segunda hipótese, encontramos-nos no âmbito das designadas *parcerias público-privadas institucionalizadas*, em especial, daquelas que dão lugar à instituição de sociedades de capitais mistos ou associações com associados públicos ou particulares, e, por conseguinte, a uma outra modalidade de participação dos particulares na realização de tarefas públicas [cf., sobre as parcerias público-privadas de tipo institucionalizado, o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, da Comissão Europeia, COM(2004) 327 final, pp. 19 e ss.]. Para os efeitos que consideramos neste ponto, determinante é que – reforçamos – estas entidades se configurem como entidades *administrativas* privadas, o que apenas sucederá, como sublinhamos, quando as mesmas se encontrem subordinadas à influência dominante de uma pessoa colectiva pública e estejam ao serviço da prossecução de interesses públicos integrados nas atribuições daquela (motivo pelo qual não incluímos seguramente nesta categoria, *v. g.*, as parcerias público-privadas de tipo institucionalizado realizadas através da assunção, por parte do sector privado, do controlo de uma empresa pública).

⁵⁷³ Ao sector empresarial das regiões autónomas aplica-se supletivamente o regime jurídico do sector empresarial do Estado (cf. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 558/99). Até ao momento, apenas a Região Autónoma dos Açores dispõe de diploma especial sobre o respectivo sector empresarial – o Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24 de Março.

⁵⁷⁴ Tal-qualmente decorre da Lei n.º 53-F/2006, o sector empresarial local tem como “entidade dominante” o município (bem como as associações de municípios e as áreas metropolitanas), mas não a freguesia. Todavia, não se exclui que esta última participe em “empresas de capitais públicos de âmbito municipal, para a prossecução de actividades de interesse público ou de desenvolvimento local, cujo objecto se contenha nas atribuições da freguesia” [artigo 18.º, n.º 2, alínea *e*), da Lei n.º 169/99; cf. também artigo 34.º, n.º 1, alínea *j*), e n.º 6, alínea *b*)].

⁵⁷⁵ Sobre este conceito, cf. Pedro GONÇALVES, «O Direito de Acesso à Informação Detida por Empresas do Sector Público», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 81, Maio/Junho 2010, pp. 3 e s..

⁵⁷⁶ Esta última nota (de índole funcional) aproxima significativamente a noção nacional de «empresa pública» do conceito europeu de «organismo de direito público», embora sem com ele se identificar. Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais), e do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Agosto de 2004 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos

Como é sabido e decorre das considerações precedentes, a opção pela constituição de sociedades comerciais (de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos) para o desempenho de tarefas públicas administrativas constitui uma manifestação do fenómeno mais amplo de privatização, estando, todavia, em causa uma mera *privatização orgânica formal*⁵⁷⁷. Estas entidades assumem-se, pois, como «pessoas colectivas ficticiamente privadas»⁵⁷⁸, sob uma dupla perspectiva: não só estão sujeitas à influência dominante de uma pessoa colectiva pública, como ainda se encontram adstritas à satisfação de necessidades de interesse geral, integradas nas atribuições daquela, verificando-se uma *relação de continuidade substancial*⁵⁷⁹ entre as pessoas colectivas públicas e as entidades administrativas privadas. Revela-se, por isso, legítimo afirmar que estas entidades consubstanciam modalidades de Administração indirecta (estadual ou autónoma, consoante os casos)⁵⁸⁰, prosseguindo, através da *forma* privada, os interesses públicos da pessoa colectiva pública que sobre elas exerce uma influência dominante (e, nessa medida,

contratos públicos de serviços), constitui um organismo de direito público “qualquer organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial, dotado de personalidade jurídica e cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público”. Diversamente, o conceito europeu de empresa pública prescinde da nota funcional, bastando-se, para a definição da respectiva *intensio*, com a existência de uma influência dominante por parte dos poderes públicos [cf. artigos 2.º, n.º 1, alínea *b*), da Directiva n.º 2004/17/CE, e 2.º alínea *b*), da Directiva n.º 2006/111/CE, de da Comissão, de 16 de Novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas]. Para uma diferenciação entre estes conceitos, cf., v. g., NAPOLITANO, «Soggetti...», cit., pp. 808 e ss.. Sobre o conceito de «organismo de direito público», cf., entre nós, BERNARDO AZEVEDO, «Organismo de Direito Público», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 51 e ss.; v. ainda João Amaral e ALMEIDA, «Os “Organismos de Direito Público” e o Respectivo Regime de Contratação: Um Caso de Levantamento do Véu», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 633 e ss..

⁵⁷⁷ Sobre esta matéria, v., por todos, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 396 e ss.; cf. também SCHUPPERT, «Die Öffentliche Verwaltung...», cit., pp. 415 e ss..

⁵⁷⁸ Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 285.

⁵⁷⁹ Estamos a parafrasear Pedro GONÇALVES, *Regime...*, cit., p. 134, a propósito da relação entre empresas municipais e municípios. Aliás, a Lei n.º 53-F/2006 é muito clara quanto à necessidade de o objecto social das empresas municipais se inserir no âmbito das atribuições da autarquia (ou associação de municípios) respectiva.

⁵⁸⁰ Vieira de ANDRADE (*Lições...*, cit., p. 12) refere-se expressamente às entidades privadas administrativas ou entes privados de mão pública (sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos e fundações privadas de instituição pública) como “uma espécie de administração indirecta privada”. Aludindo já a uma «Administração indirecta privada» e «descentralização privada» (e à consonante necessidade de reformulação do conceito orgânico-subjectivo de Administração Pública), v. Paulo OTERO, *Vinculação...*, cit., pp. 229 e s., e *Legalidade...*, cit., p. 305. Numa perspectiva concordante, Pedro GONÇALVES (*Regime...*, cit., p. 50) concebe as empresas municipais como Administração indirecta municipal. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS (*Direito...*, tomo I, cit., p. 146) entendem que a criação, pelos municípios, de empresas municipais constitui um exemplo de «descentralização de segundo grau».

desenvolvendo actividades pelas quais aquela é responsável⁵⁸¹) e integrando igualmente um conceito de Administração Pública⁵⁸². Assim sendo, a única razão que pode motivar a satisfação de tais interesses públicos através de uma entidade administrativa privada consiste no facto de as actividades por esta desenvolvidas se afeiçoarem aos princípios da gestão privada («princípio da compatibilidade da actividade a desenvolver com uma gestão empresarial privada»⁵⁸³), não tendo como objecto principal ou preponderante a prática de actuações de autoridade⁵⁸⁴, representando o recurso a formas organizativas privadas um outro modo de gestão de tais actividades. Daí que se possa afirmar que estas entidades possuem uma «função instrumental» (*Instrumentalfunktion*), convocando os saberes acumulados pelas ciências económicas e sociais para a realização dos interesses públicos correspondentes às atribuições de sujeitos dotados de personalidade jurídico-pública⁵⁸⁵, complementando, em certa medida, a satisfação de tais interesses⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Neste sentido, a propósito das empresas municipais, Pedro GONÇALVES, *Regime...*, cit., p. 41.

⁵⁸² Cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 283 e s., defendendo que um conceito material de Administração Pública compreende também entidades criadas pela Administração ou sob a sua influência dominante, onde se incluem as sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos, mas já não as de capitais maioritariamente privados, ainda que com participação pública, que consubstanciam entidades materialmente (e não apenas formalmente) privadas, com ressalva da sua consideração como entidades públicas para efeitos de aplicação dos regimes jurídicos das empresas públicas (estaduais, regionais ou municipais) e das disposições europeias (ou disposições nacionais de transposição de directivas) relativas a empresas públicas (*Op. cit.*, pp. 401 e s.).

⁵⁸³ Pacheco de AMORIM, *As Empresas...*, cit., pp. 103 e s.. Um dos argumentos para a autonomia substancial das demais empresas públicas face às entidades públicas empresariais consiste na prestação, por parte das primeiras, de um certo tipo de bens e serviços – assim, Luís MORAIS, «As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas», in: E. Paz FERREIRA (org.), *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 103 e s.; Sofia Tomé D'ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 298 e ss..

⁵⁸⁴ Cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 1021 e s.. Sobre os limites à liberdade de escolha de formas de organização empresarial (*maxime*, privada) da Administração, v., desenvolvidamente, Paulo OTERO, *Vinculação...*, cit., *passim*, esp.^{te} pp. 230 e ss..

⁵⁸⁵ MANN, «Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von Öffentlichem Auftrag und Wettbewerb», in: *Juristenzeitung*, vol. 57.º, 2002, p. 819.

⁵⁸⁶ Referindo-se expressamente ao facto de as empresas públicas completarem o Estado, v. Paulo OTERO, *Vinculação...*, cit., p. 229.

Não ignoramos, porém, o carácter tendencial desta afirmação, que a prática pode infirmar. Basta suceder que o capital social de uma empresa pública seja maioritariamente detido pelo Estado (o que viabiliza a respectiva integração no sector empresarial do Estado) e partilhado por outras entidades (v. g., regiões autónomas ou municípios). Se a própria constituição da sociedade em causa já seria reveladora do facto de o Estado não conseguir, por si só, prosseguir o objecto social de tal entidade, torna-se ainda difícil afirmar para qual das pessoas colectivas públicas participantes a empresa pública reveste carácter instrumental, porquanto a mesma se encontraria adstrita à realização de finalidades compreendidas nas atribuições de todas elas. Alertando para esta realidade, cf. também Rui Guerra da FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 252 e ss., concluindo, na senda de Santamaría Pastor, pela necessidade de distinguir, quanto à instrumentalidade da empresa pública, diferentes matizes, em função da natureza e do peso das entidades participantes.

Não surpreende, por conseguinte, que o tipo de relação intercedente entre a entidade administrativa privada e a pessoa colectiva pública que sobre ela exerce influência dominante se afigure idêntico ao que existe no âmbito das administrações indirectas – a permitir, em certo sentido, a defesa de uma equivalência funcional e estrutural entre estas entidades e os institutos públicos (enquanto sujeitos típicos da Administração estadual indirecta)⁵⁸⁷. Embora sem a pretensão de qualificar o tipo de relação que intercede entre estes sujeitos (ou, mais aproximadamente, a natureza dos poderes de controlo exercidos pela pessoa colectiva pública)⁵⁸⁸, importa compreender o respectivo conteúdo, em termos que as permitam aproximar das soluções defendidas a propósito das administrações indirectas públicas. No caso específico das entidades com natureza empresarial, assumem relevância decisiva os poderes da pessoa colectiva pública accionista: (a) nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, as empresas públicas estão sujeitas não apenas a *orientações estratégicas*, relativas à globalidade do sector empresarial do Estado (n.º 1), mas também a *orientações gerais*, dirigidas a um conjunto de empresas públicas do mesmo sector de actividade, e *orientações específicas*, destinadas individualmente a uma empresa pública (n.º 2); estas orientações, cujo conteúdo oscila entre uma maior ou menor definição (desde o estabelecimento de metas quantificadas à previsão da celebração de contratos), devem obter reflexo nas deliberações a adoptar em assembleia geral pelos representantes públicos (n.ºs 3 e 4); (b) por sua vez, os artigos 13.º, 13.º-A e 13.º-B do Decreto-Lei n.º 558/99 contemplam deveres especiais de informação a cargo das empresas públicas, destinados a permitir a efectivação do controlo governamental. Em sentido similar, o artigo 16.º da Lei n.º 53-F/2006 prevê a necessidade da definição de orientações estratégicas relativas ao exercício da «função accionista» (*hoc sensu*)⁵⁸⁹, as quais determinam os objectivos a prosseguir em vista do desenvolvimento local e regional ou a forma de prossecução dos serviços de interesse geral, contendo metas quantificadas e consagrando a

⁵⁸⁷ Paulo OTERO, *Vinculação...*, cit., pp. 228 e ss.. Na sequência do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 03.04.2008, P. 3421/08, o Supremo Tribunal Administrativo, numa argumentação intrigante, pronunciou-se pela existência de um “conceito genérico” ou uma “noção ampla” de instituto público, presente na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do CPA, que abrangia inicialmente as empresas públicas (pessoas colectivas públicas), mas que, com a generalização da utilização de sociedades anónimas de capitais exclusiva ou predominantemente públicas, passou também a incluir estas últimas, na medida em que configuradas pelo legislador como empresas públicas (cf. Acórdão de 20.05.2010, P. 1113/09).

⁵⁸⁸ A doutrina vem discutindo se se trata ainda de uma forma de tutela administrativa. Sobre esta questão, cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 219; Paulo OTERO, *Vinculação...*, cit., pp. 308 e ss., esp.^{te} pp. 314 e ss.; André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., pp. 280 e ss..

⁵⁸⁹ Não desconhecemos as críticas ao conceito de «função accionista» (desde logo, em virtude de as empresas públicas nem sempre revestirem a forma de sociedades anónimas) desferidas por Coutinho de ABREU, «Sobre as Novas Empresas Públicas...», cit., p. 557, n. 9.

celebração de contratos entre as entidades públicas participantes e as sociedades do sector empresarial local.

Destas disposições decorre que os poderes exercidos pelas pessoas colectivas públicas se não circunscrevem apenas aos meros direitos de accionista, detendo, *intra societatis*⁵⁹⁰, um conjunto de direitos, de natureza pública, que permitem uma capacidade de conformação da vida da empresa pública ou, pelo menos, de definição das linhas orientadoras da gestão e de fiscalização da respectiva observância⁵⁹¹. Se se não admite que o controlo público interferira na gestão corrente destas sociedades, a verdade é que o exercício dos poderes próprios da pessoa colectiva pública dominante implica um controlo sobre as linhas e opções fundamentais da gestão empresarial⁵⁹².

Neste cenário, resta-nos clarificar o sentido da resposta quanto à admissibilidade de recusa de aplicação de regulamentos por estas entidades administrativas privadas, na medida em que se encontrem a exercer poderes públicos de autoridade⁵⁹³. As considerações até este momento tecidas apontam no sentido de a questão em análise se solucionar como um caso *sui generis* de “levantamento do véu” da personalidade jurídica privada (*piercing the veil*), para ter em conta o substrato público destas entidades⁵⁹⁴, em

⁵⁹⁰ Sem prejuízo da possibilidade de a pessoa colectiva pública dominante exercer ainda um controlo *extra societatis* (e já não, por conseguinte, enquanto simples sócio), através da celebração dos contratos previstos nas orientações estratégicas (cf. artigos 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99, e 16.º, n.º 3, da Lei n.º 53-F/2006). Aludindo a esta realidade como uma forma de controlo externo das empresas públicas, v. Rui Guerra da FONSECA, *Autonomia...*, cit., pp. 242 e s..

⁵⁹¹ A intensidade destes poderes conduz alguma doutrina a aproximá-los de uma «tutela interna», no sentido, propugnado por Baptista MACHADO («Participação...», cit., p. 19), de poderes destinados a dirigir intrinsecamente a vontade do ente tutelado – cf. André FOLQUE, *A Tutela...*, cit., p. 431.

⁵⁹² Cf. Luís MORAIS, «As Relações...», cit., pp. 114, 116 e 117, aludindo à “conjugação dos mecanismos normais de direito societário (...) com um feixe de direitos especiais, de natureza pública, atribuídos ao Estado”. V. também Sofia Tomé D’ALTE, *A Nova Configuração...*, cit., pp. 379 e ss., para quem está em causa um poder misto, que combina tutela inspectiva, tutela sancionatória e superintendência – *Op. cit.*, p. 380, n. 577 (sem deixar de sublinhar, contudo, a propósito das empresas integradas no sector empresarial estadual, que a prática demonstra que os perigos decorrem não do facto de o Estado se arrogar excessivos poderes de controlo, mas da circunstância de se demitir dos poderes legalmente conferidos – *Op. cit.*, pp. 381 e s.).

⁵⁹³ Cf. artigos 14.º do Decreto-Lei n.º 558/99 e 17.º da Lei n.º 53-F/2006.

⁵⁹⁴ Sobre o “levantamento do véu” da personalidade jurídico-privada e respectivas consequências jurídicas, v. GOISIS, *Contributo allo Studio delle Società in Mano Pubblica come Persone Giuridiche*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 241 e ss., com amplas referências de direito comparado.

Como advertimos em texto, trata-se de um caso *sui generis* de aplicação da teoria do “levantamento do véu”, porquanto não se trata precipuamente de desconsiderar a personalidade jurídico-privada para atender à natureza pública do sócio dominante – o que, por princípio, postula uma identificação (para determinados efeitos, desde logo, para evitar fraudes na aplicação de certas normas de Direito Administrativo e de Direito Europeu) entre este último e a entidade administrativa privada (em regra, uma empresa pública). No horizonte em que nos movemos, o apelo ao *piercing the veil* destina-se a enfatizar dois aspectos: por um lado, a constituição da empresa pública como fenómeno de desconcentração personalizada (de entes públicos) em forma privada; por outro lado, a realização, por parte dos órgãos da empresa pública, dos fins públicos

consonância com a ideia de que a qualificação formal de um determinado sujeito jurídico constitui uma presunção, não vinculando (materialmente) o intérprete⁵⁹⁵. A assimilação, no sentido apontado, das mesmas aos entes da Administração (pública) indirecta da entidade pública que sobre elas exerce influência dominante conduz à negação do reconhecimento da competência de recusa de aplicação por parte da empresa pública de quaisquer normas regulamentares emitidas pela primeira.

Dir-se-á que, sendo a solução agora encontrada similar à prevista para os particulares que exercem funções públicas se tornaria inútil este excursus pelas entidades administrativas privadas. Atente-se, porém, na diversidade da fundamentação do não reconhecimento da competência de recusa de aplicação a estes “falsos privados”: o facto de estas entidades ainda constituírem um mecanismo de realização de tarefas (e, por conseguinte, de interesses públicos) a cargo de uma pessoa colectiva pública – a permitir, nos termos apontados, a integração na Administração indirecta estadual, regional ou local – , implica que esta última adquira, no contexto relacional, preponderância sobre o modo de prossecução de tais interesses, não se consentindo a rejeição das normas jurídicas por ela emanadas; assim, e ao contrário do que sucede com os demais particulares, a inadmissibilidade da recusa de aplicação não arranca da excepcionalidade que a assunção de tarefas públicas por particulares deve revestir no cenário da satisfação de tarefas públicas, mas nas especificidades das relações intersubjectivas.

III. Também neste domínio podem emergir problemas idênticos aos que versámos a propósito das relações no interior das entidades públicas. Se, até este momento, nos preocupámos em aquilatar da competência de recusa de aplicação relativamente a regulamentos emanados por pessoas colectivas públicas, importa compreender se as mesmas soluções serão de propugnar quando o órgão decisor da entidade privada com

incluídos nas atribuições da pessoa colectiva pública que sobre ela exerce influência dominante. Com esta posição julgados não incorrer na crítica de Pedro GONÇALVES («Natureza Jurídica das Sociedades de Capitais Exclusiva ou Maioritariamente Públicos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 84, Novembro/Dezembro 2010, pp. 26 e ss.), quando, sem deixar de recensar as situações de “abuso de forma jurídico-privada”, contesta as posições que concebem as sociedades públicas como pessoas colectivas públicas – aspecto com o qual concordamos totalmente. Na verdade, não defendemos que as entidades administrativas privadas constituam pessoas colectivas públicas, mas apenas que, para efeitos da determinação das possibilidades de recusa de aplicação de regulamentos inválidos, aquelas se revelam assimiláveis, em termos de relacionamento com a entidade pública dominante, às pessoas colectivas públicas que integram a respectiva Administração indirecta.

⁵⁹⁵ Cf. GOISIS, *Contributo...*, cit., p. 109.

poderes públicos se vê confrontado com a invalidade de uma norma regulamentar⁵⁹⁶ proveniente de outro órgão da mesma entidade. Em matéria de relações inter-orgânicas desenvolvidas no seio de entidades privadas com poderes públicos, deverão seguir-se soluções idênticas às defendidas entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública. Assomam, neste momento, as questões relacionadas com a existência de relações de supra-/infra-ordenação no seio da entidade privada, de órgãos polarizadores de interesses específicos ou do exercício de competências parajurisdicionais.

Se parece mais ou menos líquido que, a existirem órgãos entre os quais se estabeleça uma relação análoga à hierarquia, a competência de recusa de aplicação deverá ser reconhecida àquele que se encontrar numa posição superior, os dois outros problemas enunciados podem, contudo, revestir contornos mais delicados. Atente-se na hipótese de recusa de aplicação relativamente a regulamentos emitidos por órgãos das entidades privadas que acolhem, no interior de si próprias, organismos representativos de interesses diferenciados, e entre os quais não se estabelece uma relação de hierarquia, numa situação em tudo idêntica à que configurámos como de «independência inter-orgânica»: à semelhança do que então considerámos, poder-se-á defender a competência de recusa de aplicação, quando a invalidade de que padecem as normas regulamentares ofenda os interesses polarizados pelo órgão decisor. Finalmente, quando o decisor constitua um órgão com competências parajurisdicionais, dever-se-á, de igual modo, admitir que, no âmbito da sua tarefa de resolução de litígios, recuse a aplicação de regulamentos inválidos emanados por outro órgão da entidade privada em que se insere.

Atentemos no complexo exemplo dos organismos desportivos⁵⁹⁷. Estamos perante uma situação peculiarmente rica, da perspectiva da organização, porquanto a *Lei*

⁵⁹⁶ Esta questão postula a resolução de um problema prévio nem sempre assume contornos lineares – estamos a reportar-nos à avaliação da natureza jurídico-pública (regulamentar) das normas emanadas pelas entidades privadas. Apenas se contarão neste número as normas jurídicas que, sendo aprovadas (e não apenas propostas) pelas entidades privadas, integrem directamente o ordenamento jurídico da comunidade e correspondam ao exercício de poderes normativos públicos, atribuídos por concessão ou delegação (prevista ou autorizada por lei), no quadro da realização de fins públicos e do desempenho da função administrativa. Cf., sobre esta questão, Vieira de ANDRADE, «A Fiscalização...», cit., pp. 359 e s., e Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 694 e ss. (esp.¹⁶ pp. 738 e ss.), Autores cujas formulações seguimos de perto.

⁵⁹⁷ Sobre as federações desportivas e as ligas profissionais de clubes como entidades privadas com poderes públicos, v. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., pp. 304 e s., e «A Utilização e Valorização do Resultado das Escutas Telefónicas em Processos Disciplinares Desportivos – Parecer», in: *Desporto & Direito*, n.º 18, ano VI, Maio/Agosto 2009, pp. 434 e ss.; Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 835 e ss., e «A “Soberania Limitada” das Federações Desportivas», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, Setembro/Outubro 2005, pp. 41 e ss.. José Manuel MEIRIM, *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, *passim*.

de Bases da Actividade Física e Desporto (LBD – Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro) estabelece uma imbricação entre dois sujeitos diversos: as *federações desportivas* [pessoas colectivas privadas que, integrando clubes ou sociedades desportivas, associações de âmbito territorial, ligas profissionais, e agentes desportivos (praticantes, técnicos, juizes e árbitros) e demais entidades que promovam, pratiquem ou contribuam para o desenvolvimento da respectiva modalidade, se constituem sob a forma de associação sem fins lucrativos (cf. artigos 14.º da LBD e 2.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro)⁵⁹⁸] – e as *ligas profissionais de clubes* [associações privadas, sem fins lucrativos, dotadas de personalidade jurídica e autonomia administrativa, técnica e financeira, integradas obrigatoriamente pelos clubes e sociedades desportivas que disputem competições desportivas profissionais, que exercem competências delegadas pela federação, mediante contrato administrativo (cf. artigos 22.º, n.ºs 1 e 3, da LBD, e 27.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008)]. A circunstância de ambas as entidades produzirem normas regulamentares, aplicáveis pelos respectivos órgãos coloca, com alguma acutilância, o problema de saber se existe um poder recíproco de recusa de aplicação.

As soluções a seguir pressupõem, desde logo, uma consideração do tipo de relação intercedente entre as federações desportivas e as ligas profissionais de clubes: a considerarmos estas últimas equiparáveis a “uma espécie de administração indirecta da federação”⁵⁹⁹, o poder de recusa de aplicação caberá apenas aos órgãos da federação relativamente às normas regulamentares inválidas emitidas pela liga, não se admitindo uma possibilidade de sinal inverso. Todavia, em matérias que correspondem a tarefas atribuídas pelo legislador às ligas de clubes (e não resultantes de delegação operada pelas federações), têm os respectivos órgãos – na medida em que polarizadores de um conjunto de interesses próprios – poder para recusar a aplicação dos regulamentos que ofendam o círculo desses interesses, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para os órgãos da respectiva federação. Esta ideia de representação de interesses diferenciados penetra a própria organização interna destas entidades, permitindo transpor esta conclusão para as hipóteses em que, no interior do sujeito em causa, os órgãos sejam titulares de competências dirigidas à tutela de interesses específicos, permitindo a desaplicação das normas regulamentares emanadas por outros órgãos da mesma entidade, quando estas se revelam atentatórias do exercício daquelas competências.

O exemplo dos organismos privados desportivos revela-se, de igual modo, prestável para ilustrar o fenómeno do exercício de poderes parajurisdicionais, no âmbito da designada «auto-jurisdição desportiva»⁶⁰⁰, vocacionada para o julgamento de infracções e aplicação de sanções. Trata-se, mais uma vez, de uma condição que permite reconhecer aos órgãos destas entidades a competência para a recusa de aplicação, no

⁵⁹⁸ O exercício de poderes públicos (regulamentares, disciplinares e outros) pelas federações desportivas encontra-se condicionado à obtenção do estatuto de utilidade pública desportiva – cf. artigos 10.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 248-B/2008; a alínea *b*) do artigo 14.º da LBD chega a incluir o estatuto de utilidade pública desportiva como um dos requisitos essenciais do conceito de federação desportiva.

⁵⁹⁹ Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., p. 866.

⁶⁰⁰ Cf. Vital MOREIRA, *Administração...*, cit., p. 198, n. 281.

contexto da prática de tais actos: se o legislador lhes conferiu o poder de praticar actos materialmente equiparáveis a actos jurisdicionais, então também pressupôs que lhes fossem conferidas todas as competências imprescindíveis ao adequado cumprimento dessa tarefa. Nesta hipótese, o *punctum saliens* reside menos na admissibilidade da recusa de aplicação de regulamentos, que na legitimidade constitucional da adopção de actos equiparáveis a actos jurisdicionais por parte de entidades privadas. De qualquer modo, e como emerge da localização sistemática em que colocamos o problema, o âmbito desta competência de rejeição circunscreve-se às normas regulamentares emanadas por órgãos da entidade privada, não compreendendo os regulamentos emitidos por pessoas colectivas públicas. Efectivamente, os poderes de auto-regulação conferidos aos organismos desportivos compreendem, na sua essência, um conjunto de poderes disciplinares, os quais envolvem a aplicação das sanções (desportivas) contempladas nos respectivos regulamentos, atribuindo-se às federações competências para graduar, por número de jogos, a sanção de interdição, *nos termos dos respectivos regulamentos* e de se estabelecer, no que respeita à falta de cumprimento das medidas preventivas, que a mesma há-de ser punida com as sanções *a estabelecer nos seus regulamentos*⁶⁰¹. Atenta a natureza pública do poder disciplinar desportivo, a existência de órgãos separados⁶⁰², independentes e imparciais para o exercício desse mesmo poder disciplinar⁶⁰³ e a circunstância de apenas estar em causa a recusa de aplicação de normas regulamentares emanadas pelos próprios organismos desportivos, não causará grave perturbação a desaplicação daquelas, *in casu*, implícita no poder de auto-jurisdicção, legalmente atribuído aos órgãos destas entidades.

⁶⁰¹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 730/95, de 14 de Dezembro, cit., pp. 265 e ss.. Repare-se que do artigo 1.º da Lei n.º 119/99, de 3 de Agosto (que aprova o regime disciplinar das federações desportivas), decorre um autêntico dever de regulamentar, impondo-se que “as federações desportivas titulares do estatuto de utilidade pública desportiva *devem dispor de regulamentos disciplinares* com vista a sancionar a violação das regras de jogo ou da competição, bem como as demais regras desportivas, nomeadamente as relativas à ética desportiva” e com as matérias enunciadas no artigo 2.º. Em sentido próximo, o artigo 5.º da Lei n.º 39/2009, de 30 de Julho (que estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos, de forma a possibilitar a sua realização com segurança), impõe que as federações desportivas e as ligas profissionais de clubes, na qualidade de organizadores de competições desportivas, aprovem regulamentos em matéria de prevenção e punição das manifestações de violência, racismo, xenofobia e intolerância nos espectáculos desportivos.

Cf. também José Manuel MEIRIM, «Elementos para uma Leitura Crítica da Legislação sobre o Desporto», in: *Temas de Direito do Desporto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 207 e s.; Vital MOREIRA, «A Utilização...», cit., p. 456.

Em consonância com o problema para o qual já alertámos, cumpre observar que nem todas as normas emitidas pelas federações desportivas revestem natureza de regulamentos administrativos, como sucede com aqueles cujo conteúdo se circunscreve à definição das «regras do jogo» (normas que nem sequer recebem o qualificativo de normas jurídicas); correspectivamente, as sanções aplicáveis em aplicação destas normas não correspondem ao exercício de um poder disciplinar público – assim, Pedro GONÇALVES, *Entidades...*, cit., pp. 860 e s..

⁶⁰² O artigo 11.º da Lei n.º 119/99 prevê expressamente a competência dos órgãos disciplinares federativos para investigar e punir infracções disciplinares, ainda que as mesmas ocorram no âmbito de competições de natureza profissional.

⁶⁰³ Sobre a natureza pública do poder disciplinar desportivo e a independência funcional dos órgãos disciplinares desportivos, cf. Vital MOREIRA, «A Utilização...», cit., pp. 449 e 451, e 453, respectivamente.

IV. O último ponto a afinar consiste em saber se existe a possibilidade de rejeição por pessoas colectivas públicas relativamente a normas regulamentares emanadas por entidades privadas. Trata-se de uma situação equacionável no contexto da devolução de poderes públicos a privados mediante concessões. Pense-se, *v. g.*, na hipótese de o contrato atribuir ao concessionário o poder para a emissão de regulamentos sobre a exploração do serviço público concedido ou sobre a fixação do preço dos serviços (a tarifa)⁶⁰⁴.

Na hipótese de existirem terceiros (designadamente, os utentes) prejudicados por actuações ilícitas do concessionário (que não envolvam a prática de um acto administrativo por parte deste), decorrentes da observância de um regulamentos que padeçam de invalidez, podem aqueles, denunciando o comportamento do concessionário, dirigir-se à Administração concedente, sendo-lhes reconhecido o direito a uma decisão desta última⁶⁰⁵. Esta mesma ideia surge reforçada pelo n.º 3 do artigo 37.º do CPTA, que, no contexto das relações entre privados, admite o recurso aos tribunais administrativos, *desde que as autoridades competentes, instadas a fazê-lo, não tenham adoptado as medidas adequadas*. É precisamente no contexto da apreciação da licitude ou da legalidade das actuações do concessionário e da adopção das medidas adequadas pela Administração que poderá emergir uma situação de necessidade de convocação, por uma pessoa colectiva pública, de uma norma regulamentar inválida emanada pelo concessionário, colocando-se o problema de saber em que medida pode aquela recusar a sua aplicação.

Nestas hipóteses – em que à pessoa colectiva pública se encontra cometido o poder de reapreciar os actos da entidade privada, ficando, como tal, na posição de mobilizar os regulamentos por esta emanados e aplicáveis ao caso –, somos do entendimento de que, no contexto do exercício daquele poder de reapreciação, pode a entidade pública recusar a aplicação das normas regulamentares emitidas pela mesma entidade, quando as considere inválidas. Eis-nos diante de uma posição imprescindível para assegurar a efectividade do poder de fiscalização das actuações dos privados com poderes públicos: uma solução

⁶⁰⁴ Cf., *v. g.*, Pedro GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pp. 318 e 320, respectivamente.

⁶⁰⁵ Constitui este, aliás, o meio tradicional ao dispor dos utentes para garantia do seu direito ao serviço público, reconhecido a partir do *Arrêt* do *Conseil d'Etat* «Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey/Tivoli», de 21.12.1906 (cf. LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVE/GENEVOIS, *Les Grands Arrêts...*, cit., pp. 101 e ss.), onde se apreciou o problema do interesse em agir, da perspectiva da admissibilidade de um *recours pour excès de pouvoir* de uma decisão da Administração concedente (*in casu*, do *préfet*) que se recusou a adoptar as medidas necessárias ao funcionamento do serviço público (*in casu*, da rede de eléctricos); sobre este aresto, cf. DUGUIT, «De la Situation des Particuliers à l'Égard des Services Publics», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano XIV, 1907, pp. 411 e ss.. Entre nós, *v.* Pedro GONÇALVES, *A Concessão...*, cit., pp. 372 e s., n. 648.

contrária poderia conduzir a entidade privada a escudar-se sistematicamente em normas regulamentares inválidas, para justificar uma actuação administrativa ilegal, que seria insusceptível de sindicância pela pessoa colectiva pública, caso esta não dispusesse da competência de rejeição daquelas normas.

3. Consequências jurídicas da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez

A admissibilidade da recusa de aplicação nos condicionalismos apontados não esgota a problemática em análise. O reconhecimento de que, em certas situações, os órgãos administrativos estão habilitados a rejeitar as normas regulamentares inválidas, *prima facie* aplicáveis ao caso concreto, implica que nos detenhamos sobre as consequências jurídicas daí emergentes, observando o problema quer na perspectiva da norma cuja aplicação foi recusada, quer na óptica das repercussões que essa recusa comporta sobre a decisão do caso concreto.

3.1. Na perspectiva da norma cuja aplicação foi recusada

O objectivo presente neste primeiro ponto consiste em determinar se e em que termos a consistência jurídica da norma fica afectada pela recusa da sua aplicação num caso concreto, com fundamento na respectiva invalidez. A questão suscita-se – recorde-se – porque o instituto em estudo não envolve a eliminação da norma em causa do ordenamento jurídico (ao contrário do que sucede com a declaração administrativa de ilegalidade), mas, em termos práticos, implica a sua desconsideração (a sua irrelevância⁶⁰⁶) no caso concreto pelo órgão decisor.

Revela-se indiscutível o enorme contributo que as reflexões sobre os efeitos da fiscalização jurisdicional da validade normativa (*maxime*, pelo seu aprofundamento, da constitucionalidade) potenciam para o nosso tema. Neste cenário, já tivemos oportunidade de salientar as cumplicidades tecidas entre a questão em análise e o problema dos efeitos da fiscalização concreta da constitucionalidade (cf., *supra*, Parte II, 2.4.3.). Especial relevância nesta matéria assume a controvérsia sobre a sanção jurídica cominada para a norma considerada inconstitucional no âmbito deste tipo de processos. Estabelecendo uma diferença entre o desvalor da norma inconstitucional em função dos processos de

⁶⁰⁶ CANNADA-BARTOLI, «Disapplicazione di Atti...», cit., col. 73.

fiscalização, Blanco de Morais⁶⁰⁷ entende que, no controlo concreto e incidental, a sanção da norma inconstitucional se reconduz à privação da sua eficácia com efeitos *ex tunc*. Na ausência de disposições expressas constantes da Constituição relativas aos efeitos da fiscalização concreta (e que corroborem, designadamente, a tese da nulidade sustentada por parte da doutrina), o Autor acentua que o *punctum saliens* do problema radica na circunstância de a norma desaplicada em determinado processo continuar em vigor no ordenamento jurídico: a supressão dos efeitos da norma respeita tão-só à decisão de um determinado caso concreto, permanecendo aquela susceptível de mobilização (até pelo mesmo tribunal que a recusou) relativamente a situações jurídicas já constituídas ou a constituir no futuro. No sentido da recusa da nulidade como sanção da inconstitucionalidade no âmbito de processos de fiscalização concreta militam também, seguindo ainda a posição de Blanco de Morais, as exigências relativas ao dever de suscitar o incidente de inconstitucionalidade durante o processo e à previsão de um prazo de recurso – aspectos que impedem a existência de uma rigorosa incaducabilidade do direito de impugnar uma norma inconstitucional.

Contra esta solução reagiu Jorge Miranda⁶⁰⁸, defendendo que a invalidade não deverá acarretar consequências jurídicas diversas, consoante o tipo de processo em causa, devendo autonomizar-se, quanto a este ponto, a realidade substantiva dos aspectos adjectivos. Sublinhando a coerência entre o controlo incidental e os efeitos *inter partes*, o Autor salienta que este ponto não afecta o cerne da nulidade, que reside em a situação *sub iudice* não ser regulada, desde a origem, pela norma inconstitucional que se encontra desprovida de qualquer valor. Nessa medida, as disposições relativas ao momento de suscitar o incidente de inconstitucionalidade ou ao prazo de recurso para o Tribunal Constitucional prendem-se com a necessidade de estabelecer um acesso regrado a este último órgão.

Salvaguardada a devida distância que separa os problemas da decisão judicial de recusa de aplicação e da recusa administrativa de aplicação (ainda quando incidam ambas sobre normas regulamentares) – distância essa que radica não só na destrição entre um «direito-dever» fundamental dos tribunais e um poder-dever limitado dos órgãos administrativos, mas também no facto de a desaplicação de normas inconstitucionais representam uma regra (e não uma excepção) quando exercida pelos tribunais –, julgamos

⁶⁰⁷ Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., pp. 240 e ss., e tomo II, cit., pp. 782 e ss..

⁶⁰⁸ Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., pp. 108 e s..

que a posição a adoptar resulta de uma simbiose entre os argumentos convocados pelos Autores. Não negamos que a figura da privação da eficácia construída por Blanco de Moraes quadra bem ao regime do controlo concreto, na medida em que traduz linguisticamente o resultado da desaplicação; aliás, este Professor não assimila a privação da eficácia à simples ineficácia, salientando que a norma em causa enferma necessariamente de um desvalor⁶⁰⁹. Todavia, tal como Jorge Miranda, entendemos que a sanção para a invalidade da norma não variará em função do tipo de controlo efectuado. Afigura-se inegável, porém, que o impacto da decisão sobre a vigência da norma difere consoante esteja em causa um controlo principal (destinado a erradicar a norma do ordenamento jurídico) ou um controlo incidental (motivado pela necessidade de mobilização da norma para a resolução de um caso concreto)⁶¹⁰.

Esta diferença subsiste, *mutatis mutandis*, quando o problema se coloca perante os órgãos da Administração. Também aqui, como salienta a doutrina alemã, existe uma dissemelhança não despicienda entre uma *prinzipale Normverwerfung* e uma *inzidentale Normverwerfung*⁶¹¹: enquanto a primeira consiste num procedimento destinado à aferição da validade norma, que constitui objecto desse procedimento e da decisão, na segunda a questão da invalidade da norma assume natureza prévia e incidental para a decisão de um caso concreto. O carácter principal ou incidental da apreciação da questão da validade da norma regulamentar vai influenciar os efeitos da decisão da Administração sobre a mesma, erradicando-a da ordem jurídica ou determinando a sua inobservância no caso concreto.

Assim, a privação da eficácia com efeitos retroactivos da norma considerada inválida pelo órgão administrativo constitui não uma sanção⁶¹², mas sim o *resultado da recusa de aplicação*. Cifrando-se a recusa de aplicação, como vimos na Parte II, no afastamento da norma por força da sua inadequação práctico-normativa para assimilar o caso concreto por causa da invalidade de que padece, o seu exercício corresponderá a uma

⁶⁰⁹ Cf. Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., p. 706.

⁶¹⁰ A excepção à correspondência biunívoca entre controlo principal/eficácia *erga omnes* e controlo incidental/eficácia *inter partes* encontra-se na declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, prevista no n.º 2 do artigo 73.º do CPTA. Pese a circunstância de a restrição dos efeitos ao caso concreto se não identificar com efeitos *inter partes*, estamos, nesta hipótese, perante uma situação em que a apreciação a título principal da validade (constitucionalidade e/ou legalidade da norma) não redundará, em caso de decisão positiva, na expurgação da norma do ordenamento jurídico.

⁶¹¹ Cf., *supra*, Parte II, 2.3., e bibliografia aí citada.

⁶¹² Blanco de MORAIS (*Justiça...*, tomo I, cit., pp. 245 e s.) concorda igualmente que a ineficácia não constitui sempre uma sanção, exemplificando esta hipótese com as situações de preferência applicativa (por exemplo, de uma lei especial sobre uma lei geral, ou de um regulamento comunitário sobre uma norma ordinária interna).

não valoração do caso à luz da norma regulamentar considerada inválida. A circunstância de, por força daquela decisão da Administração, a norma não ficar extirpada da ordem jurídica não modifica a natureza das consequências jurídicas associadas à invalidez de que padece, mas constitui um efeito da específica forma de controlo administrativo das normas regulamentares, em que se consubstancia, a final, a recusa de aplicação.

Em suma, não é a recusa de aplicação que afecta a consistência jurídica da norma regulamentar, mas o vício que conduz à respectiva invalidez; nesta ordem de ideias, o reconhecimento da competência de rejeição não corresponde senão a uma consequência jurídica da invalidez normativa, a qual tolhe os efeitos a que a norma tendia e admite, sob o cumprimento de certas condições, que um órgão afaste a norma viciada da decisão de um caso concreto. E não se pense que esta afirmação conduz a uma contradição insanável com a caracterização (até ao momento efectuada) da recusa de aplicação como uma competência de exercício *excepcional* dos órgãos administrativos: o regime jurídico desta figura procura atingir um equilíbrio entre as exigências da força jurídica (auto-)vinculativa do regulamento administrativo (que conduzem à respectiva configuração como uma excepção) e os ditames das consequências da invalidez normativa. Como decorre das considerações precedentes, trata-se de um equilíbrio algo instável, que tenta conciliar as exigências da força jurídica autovinculativa (alicerçadas nos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da protecção da confiança e da boa fé), o imperativo da juridicidade concreta da actuação administrativa e as consequências jurídicas do tipo de invalidez que afecta o regulamento – a justificar que, em simultâneo, se acentue a natureza excepcional da figura, sem menoscabo da sua configuração como parcela do regime jurídico das invalidezes das normas regulamentares.

3.2. Na perspectiva da decisão do caso concreto

O reconhecimento da competência de recusa de aplicação de uma norma regulamentar inválida numa determinada situação importa, desde logo, uma consequência basilar: a não invalidez da decisão que, legitimamente, se afastou, na resolução do caso concreto, da norma constante do regulamento administrativo⁶¹³. Eis-nos, pois, perante uma

⁶¹³ Cf., v. g., o Acórdão do STA, de 12.01.2005, P. 808/04, onde se defendeu que “o entendimento de que a administração tributária estivesse proibida de recusar a aplicação de normas regulamentares com fundamento em incompatibilidade com normas de categoria superior, inclusivamente as constitucionais, conduziria à conclusão de que, quando a Administração praticasse um acto com recusa de aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade estaria a praticar uma ilegalidade, susceptível de servir

das problemáticas que começámos por abordar logo na Parte I, quando nos deparámos com a questão da força jurídica do regulamento: a afirmação da vinculatividade do regulamento – especialmente consistente no caso dos regulamentos externos, onde se encontra suportada pelo (entendimento tradicionalmente *absoluto* do) princípio da inderrogabilidade singular – ganha agora uma nova densidade, permitindo esclarecer que, mesmo perante normas regulamentares dotadas de eficácia externa, a vinculatividade das mesmas só alcança, em certos termos, até aos limites da juridicidade.

Todavia, admitir a recusa de aplicação da norma regulamentar com fundamento na sua invalidez não permite ainda dar uma resposta integral ao órgão decisor, para o orientar na sua tarefa de decisão do caso concreto. Importa, por conseguinte, determinar quais as exigências colocadas ao decisor, quando exerça o seu recusa de aplicação (I.), bem como aferir à luz de que disciplina jurídica deverá ser decidido o caso (II.).

I. Como decorre dos vários pontos analisados até ao momento, o exercício da competência de recusa de aplicação de normas regulamentares constitui o resultado de uma complexa tarefa, que envolve um juízo de avaliação da validade e uma ponderação delicada entre vários critérios, e que não constitui apanágio de todos os órgãos administrativos. Não surpreenderá, por isso, que acresçam especiais exigências de índole *formal e procedimental* para a decisão que afaste uma norma regulamentar, com fundamento na respectiva invalidez – tal não corresponde senão a projecções do princípio da concordância prática, cujas exigências de sentido recortam o *quomodo* da recusa de aplicação (cf., *supra*, 2.1.6., II). Sem prejuízo da susceptibilidade da configuração de situações em que a inobservância de um regulamento ocorra em vários cenários (cf., *supra*, Parte II, 2.3., III), vimos já que a situação típica se reconduz às hipóteses em que a recusa de aplicação se verifica no horizonte da prática de um acto administrativo. É neste contexto privilegiado que se devem compreender as considerações subsequentes.

de fundamento a uma sentença de anulação do acto. Ora, esta conclusão é inaceitável, pois, a ser esse o fundamento da anulação judicial, seria seguro que, em execução do julgado anulatório, o tribunal, como está constitucionalmente obrigado a recusar a aplicação de normas inconstitucionais (art. 204.º da C.R.P.), não poderia ordenar a reconstituição da situação que existiria se não tivesse sido praticado esse acto (isto é, não podia ordenar a prática do acto, omitido pela Administração, de aplicação da norma inconstitucional)”. *V.* também o Acórdão do STA de 04.07.2006, P. 1403/02, *in fine* (que não considerou inválido um acto de declaração de utilidade pública contrário a uma norma constante de um plano director municipal, mas conforme com a Lei do Património Cultural – então, a Lei n.º 13/85, de 6 de Julho – que aquele instrumento de gestão territorial violava).

α) A circunstância de a recusa de aplicação por um órgão contender com o poder regulamentar de outro órgão (por vezes, até integrado noutra entidade pública) implica alguma delicadeza da perspectiva das relações desenvolvidas no interior da Administração. Tem aqui especial cabimento a invocação do *princípio da cooperação leal* entre órgãos administrativos, a permitir, em alguns casos, a intervenção procedimental do órgão cujo regulamento se pretende afastar da decisão do caso concreto, com fundamento na respectiva invalidade.

Sem pretendermos estabelecer uma teorização do princípio da cooperação no Direito Administrativo, notamos que plúrimas são as manifestações em que aquele se desdobra. Em primeira linha, alude-se ao princípio da cooperação para exprimir a colaboração recíproca entre Administração e particulares⁶¹⁴, traduzindo quer os deveres procedimentais da Administração na sua relação com os particulares (nos termos do artigo 7.º do CPA), quer as obrigações dos particulares para com os órgãos administrativos, cuja conduta procedimental deve concorrer para a célere e adequada adopção das decisões – traduzidas no dever de prestar a colaboração para o esclarecimento dos factos e descoberta da verdade (artigo 60.º, n.º 2), com implicações em matéria de prestação de informações, apresentação de documentos ou coisas, sujeição a inspecção e colaboração noutros meios de prova (artigo 89.º), cujo incumprimento importa consequências para os particulares (artigo 91.º).

Não constitui, porém, esta a manifestação da cooperação que releva no âmbito que nos movemos, mas aquela que tece as relações entre órgãos e entes administrativos, enquanto mecanismo dirigido à harmonia e unidade da acção administrativa⁶¹⁵, e impondo obrigações de colaboração recíproca no exercício das funções administrativas – a implicar partilha de informações, comunicações em rede, auxílio inter-orgânico e inter-subjectivo,

⁶¹⁴ Cf., v. g., M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo I, cit., pp. 153 e ss. (concebendo a colaboração da Administração com os particulares como dimensão do princípio constitucional da participação dos particulares na gestão da Administração Pública); M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 117 e ss., comentários ao artigo 7.º. Nesta acepção, o princípio da cooperação encontra-se estreitamente ligado às exigências de participação, promovendo um “procedimento administrativo comunicativo, discursivo e interactivo” – cf., v. g., ROSSEN-STADTFELD, «Beteiligung...», cit., pp. 632, 637 e ss. (citação da p. 639).

Numa outra dimensão (mais extensa) do princípio da cooperação, pode este reportar-se ainda à colaboração (e partilha de responsabilidades) entre esfera pública e esfera privada, entre Estado e Sociedade – neste sentido, cf. EHLERS, «Verwaltung...», cit., pp. 47 e ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 116 e s., 131 e s. (a propósito das refracções deste sentido do princípio da cooperação no direito do ambiente e no direito da economia, respectivamente).

⁶¹⁵ GALLEGO ANABITARTE, *Concepto...*, cit., p. 135 (cf, porém, a distinção do Autor entre cooperação e coordenação – *Op. cit.*, pp. 135 e ss.).

de molde a proporcionar que as decisões sejam adoptadas pelos órgãos com maior preparação técnica e experiência⁶¹⁶.

O princípio da cooperação tem constituído objecto de tratamento doutrinal recente no quadro do Direito Administrativo Europeu⁶¹⁷, promovendo um trabalho conjunto (*Zusammenarbeit*) entre administrações e desdobrando-se estruturalmente⁶¹⁸ entre cooperação vertical (entre a União e as administrações dos Estados-membros), horizontal (das administrações nacionais entre si), mista vertical-horizontal (entre a União e as administrações nacionais e ainda estas entre si) ou direccionada a terceiros (entre a União ou as administrações dos Estados-membros e Estados terceiros ou outras organizações internacionais), cooperação essa destinada a reforçar a lealdade e a efectividade da acção administrativa europeia.

Esta ideia, típica do “novo Direito Administrativo” ou da *New Governance*⁶¹⁹ e convergente na emergência do valor pós-burocrático da «actuação colectiva» (*collective action*)⁶²⁰, penetra no plano interno, onde se pode aludir a uma «conectividade multinível» de actuações administrativas, caracterizada por uma *cooperação coordenada*, não só a nível europeu, como também a nível nacional, regional e local⁶²¹, com especial notoriedade nas relações entre Administração central e administrações autónomas, *maxime*, naquelas áreas em que se verifica uma confluência de interesses públicos. Claro está que o princípio da cooperação pode originar uma colaboração interadministrativa mais ou menos institucionalizada, sob a designação de «parcerias públicas-públicas», de carácter ocasional ou estável, formalizada através da celebração de contratos, da criação de organismos administrativos conjuntos ou da participação de organismos administrativos na vida de

⁶¹⁶ Cf. CERULLI IRELLI, *Lineamenti...*, cit., p. 60.

⁶¹⁷ Cf., v. g., EHLERS, «Verwaltung...», cit., pp. 194 e s.; SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 383 e s. (sobre o princípio da cooperação), 388 e ss. (sobre o direito da cooperação administrativa). Não se estranhará, por isso, que, já em 2001, o reforço da cooperação de administrações tenha constituído uma das preocupações do *Livro Branco sobre Governança Europeia*, COM(2001) 428 final, p. 39.

⁶¹⁸ Torna-se possível destrinçar as formas de cooperação ainda em função de outros critérios (número de parceiros cooperadores, organização, duração, procedimento, vinculatividade, meio) – sobre estas classificações, v. EHLERS, «Verwaltung...», cit., pp. 194 e s.; cf. também SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 183 e s., e 389.

⁶¹⁹ Assim, HARLOW, «Law...», cit., p. 291.

⁶²⁰ Cf. SALMINEN, «Accountability, Values and Ethical Principles of Public Service: The Views of Finnish Legislators», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, p. 179, incluindo na *collective action*, a *consultation* e a *coordination*.

⁶²¹ Assim, Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 25 (v. também pp. 84, 87, 94 e 102).

outros⁶²². Além desta vertente, o princípio assume relevo enquanto promove a lealdade no dia-a-dia da actuação administrativa e do desenvolvimento das relações no interior da Administração Pública, como sucederá precipuamente quando um órgão administrativo recusa a aplicação de uma norma jurídica emanada por outro. Reconduz-se a este sentido o «princípio da lealdade institucional», previsto no n.º 1 do artigo 4 do *Regimén Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, que tem como decorrência o dever inter-administrativo de prestar cooperação e assistência activas⁶²³, directamente inspirado no «dever de ajuda dos serviços administrativos» (*Amtshilfepflicht*), um instrumento de cooperação contemplado (na sequência do artigo 35, n.º 1, da *Grundgesetz*, que consagra o princípio da entreatajuda ou ajuda recíproca nos domínios judicial e administrativo) nos §§4 e seguintes da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, onde justamente se enquadra a possibilidade de os órgãos solicitarem informações a outros órgãos que se encontrem, jurídica ou praticamente, mais apetrechados quanto às matérias em causa⁶²⁴.

Mobilizando o princípio da cooperação leal para o nosso âmbito problemático, entendemos que, no decurso do procedimento administrativo em que o órgão decisor anteveja a possibilidade de recusar a aplicação de uma norma regulamentar, por causa da invalidade de que a mesma padece, deverá dar conhecimento desse facto ao órgão que a emitiu⁶²⁵. Esta comunicação possui o propósito principal de proporcionar ao órgão com poder regulamentar a oportunidade de se pronunciar sobre a validade da(s) norma(s) em causa (evitando, *v. g.*, uma recusa de aplicação ilegal); a este acresce um objectivo secundário de criar condições para que, quando se verificarem os pressupostos legais, o órgão emissor possa reagir judicialmente de modo a evitar a prática de um acto inválido, por força do afastamento de um regulamento não viciado, através de uma acção de

⁶²² Assim, Vital MOREIRA, «Cap. 3 – Organização Administrativa», pp. 58 e s., ponto 3.17, e *Organização...*, cit., p. 87.

⁶²³ Cf., *v. g.*, GALLEGO ANABITARTE, *Concepto...*, cit., pp. 144 e s., aludindo a este dever como a dimensão positiva do princípio da cooperação.

⁶²⁴ O legislador alemão consagra disposições sobre os contornos, limites, formas de execução, responsabilidades e custos deste «dever de ajuda», que equivalem a consequências de princípios de Direito Administrativo e, como tal, revelam-se transponíveis para o nosso ordenamento. Sobre esta matéria, cf., *v. g.*, STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 300 e ss.. Tal não significa que se esgote neste dever o âmbito do princípio da cooperação no direito germânico – cf. as densificações, embora apenas relativas a deveres recíprocos de informação, efectuadas por SOMMER, *Verwaltungskooperation am Beispiel Administrativer Informationsverfahren im Europäischen Umweltrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2003, pp. 100 e ss..

⁶²⁵ Esta solução só é pensável para as hipóteses em que o órgão decisor não coincide com o órgão com competência regulamentar; obviamente, em caso de coincidência, não há lugar a qualquer comunicação, nem se coloca qualquer problema de cooperação entre órgãos administrativos.

condenação à não emissão do acto administrativo, nos termos da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA⁶²⁶. No fundo, ainda encontramos aqui uma repercussão do dever de lealdade, agora amplamente entendido, no sentido de vincular o titular do órgão a desempenhar as respectivas funções (não apenas com subordinação aos objectivos do órgão ou serviço, como prescreve o n.º 9 do artigo 3.º do ED, mas) com observância dos princípios que regem uma franca articulação de esforços entre órgãos e entidades administrativas para alcançar a melhor forma de prossecução dos interesses públicos.

Esta observação carece, porém, de algumas explicitações complementares.

Desde logo, e por um lado, poder-se-á pensar que o momento azado para tal comunicação corresponderá àquele em que se realiza a audiência dos interessados, porquanto, nessa altura, existe já um projecto de decisão; no fundo, tratar-se-ia de ampliar esta audiência, incluindo a auscultação do órgão que emitiu o regulamento tido como

⁶²⁶ Esta solução não se afigurará totalmente isenta de dificuldades, em virtude das dificuldades inerentes à própria acção inibitória (de condenação à não emissão de acto administrativo), agravadas pela utilização desta última no âmbito de litígios administrativos (entre entidades públicas), *maxime* quando estes se assumem como inter-orgânicos (como acontecerá naquelas hipóteses de recusa de aplicação em que o decisor e o emissor do regulamento integram a mesma pessoa colectiva pública).

Recorde-se que, quanto à concepção da condenação à não emissão de acto administrativo, encontramos duas posições na doutrina portuguesa (distintas, embora com tendência para se aproximarem). Por um lado, Pedro GONÇALVES («A Acção Administrativa Comum», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 147 e ss.) defende não constituir esta acção uma forma de impugnação antecipada de actos administrativos (na medida em que o legislador adoptou, quanto ao controlo destes últimos, um regime de tutela sucessiva), mas, pelo contrário, a condenação à não emissão do acto administrativo apenas vingará nas hipóteses em que esteja firmado um direito do particular à não emissão do acto administrativo e, por conseguinte, um direito à não ingerência da Administração na esfera jurídica do particular através do exercício de um poder de autoridade, em plena consonância com a natureza paritária da relação jurídica pressuposta na acção administrativa comum. A restante doutrina, sem deixar de manifestar reservas quanto ao processo (sobretudo, quanto à inserção sistemática da norma) concebe a previsão legislativa como uma tutela preventiva contra a prática de quaisquer actos administrativos ilegais (cf. Sérvulo CORREIA, *Direito...*, cit., pp. 772 e ss., compreendendo expressamente esta pretensão nos moldes de uma impugnação preventiva do acto administrativo e, por esse motivo, considerando mais ajustada a forma da acção administrativa especial; cf. também Rui LANCEIRO, «A Condenação...», cit., pp. 1156 e ss.) e revela preocupações relacionadas com a disfuncionalidade do meio (Vieira de ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 189, embora aludindo às possibilidades de interpretação da previsão legal no sentido de exigir que a relação jurídica entre particular e Administração seja substancialmente paritária – *Op. cit.*, p. 190) e os possíveis entraves daí emergentes para o normal desenvolvimento da função administrativa.

Apesar da exigência colocada nas restrições à utilização desta acção, às quais preside a intenção (irrepreensível, porque correctíssima) de evitar abusos que a convolem em meio processual *normal* de reagir contra (projectos de) actos administrativos, julgamos que se deve propiciar alguma abertura quando a mesma é proposta pelo órgão emissor de um regulamento, com fundamento na iminente prática de um acto administrativo que afasta a aplicação de normas constantes deste último, por as considerar viciadas, apesar de não padecerem de qualquer causa de invalidez. Em princípio, o titular do poder regulamentar está em melhores condições para, depois de alertado para um hipotético vício, apreciar a validade dos regulamentos que emana, porquanto a matéria em causa se inclui nas atribuições da entidade em causa e nas competências do órgão que aprovou os regulamentos. A estas adiciona-se a vantagem de este meio contribuir para acautelar eventuais recusas indevidas de aplicação.

inválido pelo órgão decisor. A plasticidade inerente ao princípio da cooperação permite, porém, alguma ductilidade relativamente ao *quando* da realização desta comunicação, que se aferirá em função de uma ideia de razoabilidade: assim, por exemplo, nos procedimentos de longa duração, o órgão decisor poderá sobrestar na elaboração do projecto de decisão (sem qualquer suspensão do procedimento⁶²⁷), e comunicar ao órgão emissor o seu juízo sobre a invalidez da norma regulamentar, o que lhe permitirá apresentar já aos interessados um projecto de decisão com uma opinião mais informada relativamente à validade da norma em causa.

Por outro lado, não se pode afirmar que a realização desta comunicação corresponda ao cumprimento de um dever específico que impenda, sob qualquer circunstancialismo, sobre o órgão decisor, quando este pretenda recusar a aplicação de uma norma regulamentar, com fundamento em invalidez, constituindo antes, como principiámos por contextualizar, uma decorrência do dever geral de cooperação leal. Não se olvide que a recusa de aplicação, quando admissível (porque responde aos requisitos objectivos e subjectivos que enumerámos) traduz o exercício de uma competência própria do órgão administrativo, que não depende do assentimento ou da concordância do órgão que emitiu o regulamento. Trata-se de uma asserção particularmente líquida nas hipóteses de autonomia, em que, como vimos, o órgão da Administração autónoma pode recusar a aplicação de regulamentos, quando se verifique uma invasão da esfera de interesses próprios, em função dos quais tal autonomia se encontra constitucional ou legalmente conferida: afigurar-se-nos-ia excessivo exigir a estes órgãos que, antes da prática do acto, estivessem vinculados, sob pena de invalidez do acto⁶²⁸, a comunicar o facto ao Governo, em virtude de as restrições que rodeiam a recusa de aplicação já a reservarem para situações excepcionais, marcadas por alguma gravidade, não fazendo sentido aprofundá-las neste ponto.

⁶²⁷ Constatámos *supra* (cf. 2.1.6.) que a suspensão do procedimento, acompanhada da remissão da questão da validade do regulamento para o órgão competente para a avaliar, pode constituir uma alternativa à recusa de aplicação, no quadro das ponderações a efectuar à luz do princípio da proporcionalidade. Havendo já ultrapassado esta fase, encontramos-nos agora num momento em que o órgão terá feito uma opção (que pressupomos legítima) no sentido da recusa de aplicação; é neste contexto que surge a efectivação da comunicação a que nos referimos em texto.

⁶²⁸ No máximo, a ausência de comunicação gerará uma simples irregularidade do acto (v. g., nas hipóteses em que ocorra uma ofensa do princípio da cooperação), que, por definição, não afecta a respectiva consistência. Não negamos que a falta de comunicação potencia a existência de recusas de aplicação ilegais, evitáveis se fosse dada ao órgão emissor a oportunidade de se pronunciar sobre a validade da norma regulamentar. Não nos parece, porém, que a recusa de aplicação deva padecer de invalidez, tão-só em resultado da preterição da comunicação ao órgão emissor do regulamento, dada a desproporcionalidade da solução.

β) No domínio em que nos movemos, impõe-se ainda um dever acrescido de fundamentação⁶²⁹; ou seja, além da fundamentação exigida para o tipo de acto em causa, exige-se que o órgão explicita as razões que motivaram o afastamento da norma regulamentar *prima facie* aplicável ao caso e, como tal, que demonstre não só a invalidez que a inquina, mas também a verificação das condições (objectivas e subjectivas) que o habilitam a recusar a respectiva aplicação. Trata-se, pois, de reconduzir a fundamentação à sua vocação de “garantia de reflexão e ponderação da autoridade responsável pela decisão” e de viabilizadora da possibilidade de controlo jurisdicional da mesma⁶³⁰. Vejamos, com detenção, quais as especificidades desta fundamentação.

O regime da fundamentação de actos administrativos consta, entre nós, do n.º 3 do artigo 268.º da Constituição e dos artigos 124.º e seguintes do CPA⁶³¹. Destas disposições resulta que a fundamentação de actos administrativos se consubstancia numa “externação das *razões de facto e de direito* que estão na base da decisão”⁶³², abrangendo a motivação e a justificação do acto⁶³³, assumindo, concomitantemente, as características da clareza, congruência e suficiência⁶³⁴. Como principiámos por enfatizar, no que tange, em particular, ao conteúdo a constar da fundamentação da recusa de aplicação de uma norma regulamentar como decorrência da respectiva invalidez, impõe-se uma especial exigência: além da explicitação do juízo sobre a validade normativa, da fundamentação há-de constar a descrição pormenorizada da verificação dos requisitos que permitem reconhecer ao órgão a competência para rejeitar uma norma (aspecto que assume tanto maior relevância, quanto esse reconhecimento depender da apreciação do tipo ou dos interesses subjacentes à

⁶²⁹ No âmbito do problema da desaplicação de leis inconstitucionais, referem-se à exigência de fundamentação Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 266 e s. (aludindo ao ónus da prova da inconstitucionalidade que se encontra a cargo da Administração); Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 339 e ss..

⁶³⁰ Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 360.

⁶³¹ A propósito das decisões adoptadas pelas instituições, órgãos e organismos da União Europeia, prevê a alínea c) do n.º 2 do artigo 41.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* a obrigação, por parte da Administração, de fundamentar as suas decisões.

⁶³² Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 227.

⁶³³ Cf. também neste sentido Rogério SOARES, *Direito...*, cit., p. 306.

⁶³⁴ Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 232 e ss.. Cf., no mesmo sentido, Marcello CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 479 e s.; Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 826, anotação XIII ao artigo 268.º. Ou, nas palavras do Tribunal Constitucional, “a fundamentação há-de ser clara, suficiente, congruente e exacta” (Acórdão n.º 86/84, de 24 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 4.º, 1984, p. 94). Aliás, de acordo com o próprio enunciado constitucional, a fundamentação deve mostrar-se *expressa e acessível*, uma vez que só esta, por se traduzir numa “afirmação tendente a revelar os motivos”, deixa “transparecer a subsistência de motivos ilegítimos [e] é absolutamente concludente” (Afonso QUEIRÓ, *O Poder...*, cit., p. 486).

competência decisória), bem como a explanação da ponderação efectuada entre os vários critérios objectivos, de molde a justificar argumentativamente a opção pela desaplicação (ângulo que envolve a convocação e o confronto entre os vários princípios em presença, sem deixar de atender às especificidades do caso, manifestadas quer pelos interesses públicos e privados em presença, quer pela tutela dos direitos dos cidadãos eventualmente atingidos pela decisão)⁶³⁵.

O rigor requerido ao conteúdo da fundamentação representa uma refacção dos fins que lhe estão inerentes. Se, em regra, a fundamentação de actos administrativos surge perspectivada sob uma óptica subjectiva, através da conexão que a liga à impugnação de actos administrativos⁶³⁶, a verdade é que a mesma possui finalidades de maior alcance, que passam ainda pela transparência e capacidade (argumentativamente) persuasiva quanto à bondade da decisão, e pela garantia da objectividade e da racionalidade, bem como da correcção jurídica e do interesse público na produção de uma decisão administrativa legítima⁶³⁷ – sem prejuízo das demais, são justamente estas duas últimas finalidades que assomam quando se associa a fundamentação à recusa de aplicação.

Dir-se-á que o legislador não incluiu no elenco das actuações subordinadas à observância do dever de fundamentação os casos em que se verificou um afastamento de normas regulamentares, em virtude da respectiva invalidez. Trata-se, contudo, de observação facilmente rebatível. Por um lado, o artigo 124.º do CPA não contém uma enumeração exaustiva de todas as situações em que, para além das previstas em lei especial, existe um dever de fundamentação dos actos administrativos, devendo entender-se que existe em todos os actos em que se verifica uma maior probabilidade ou temor do

⁶³⁵ Como sucede nos termos gerais do n.º 1 do artigo 125.º do CPA, esta fundamentação pode ser efectuada mediante concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas. Eis uma observação especialmente pertinente nos casos em que o superior hierárquico recusa a aplicação de uma norma regulamentar, em resultado da representação efectuada pelo subalterno sobre matéria; quando a exposição/informação por este apresentado revista uma densidade suficiente, pode a fundamentação consubstanciar-se numa remissão para aquela exposição/informação, que passará a constituir parte integrante do acto administrativo. Trata-se, pois, de mais uma manifestação da «desburocratização da fundamentação» (sobre esta, cf. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., p. 150).

⁶³⁶ Recorde-se a jurisprudencialmente controversa questão de saber se a fundamentação configura ou não uma garantia integrante do direito à impugnação de actos administrativos, que dividiu as duas Secções do Tribunal Constitucional. Sobre esta matéria, com referências jurisprudenciais, v. o nosso trabalho «O Direito...», cit., pp. 73 e ss..

⁶³⁷ Cf. Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 71 e ss. (cuja terminologia adoptamos), reflectindo sobre a «plurifuncionalidade» da fundamentação dos actos administrativos (protecção, racionalidade e transparência); v. ainda a síntese conclusiva do Autor, relativamente à complexidade funcional da fundamentação – *Op. cit.*, p. 79. Sobre as funções da fundamentação, v. ainda Freitas do AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 350 e s.; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 147 e s..

erro ou do arbítrio da Administração, ou em que as respectivas consequências se afiguram mais funestas⁶³⁸ – como é manifestamente a hipótese de recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez. Por outro lado, a alínea *d*) do n.º 1 do mesmo preceito oferece um arrimo para a exigência da fundamentação, quando o órgão decida contra um critério pré-disponibilizado no sistema jurídico – ainda que a norma se reporte expressamente apenas aos precedentes administrativos⁶³⁹ (uma das *species* daquele *genus*), a respectiva *ratio* permite estendê-la, sem grandes dificuldades, aos regulamentos internos⁶⁴⁰, podendo, de igual modo, basear a ideia segundo a qual a decisão que contrarie

⁶³⁸ Nestes termos, Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 75; aliás, em face do regime da fundamentação constante do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho e dos casos em que se previa a existência de um dever (numa redacção similar à presente nas alíneas do actual artigo 124.º do CPA), o nosso Professor não deixou de sublinhar a falta de critério na classificação dos actos administrativos carentes de fundamentação (*Op. cit.*, pp. 111 e s.), estando em causa actos desfavoráveis, actos quase-jurisdicionais e (especialmente relevante, da nossa perspectiva interessada) *actos que implicam mudança ou divergência* (*Op. cit.*, p. 113).

Na linha da negação do carácter taxativo das hipóteses do artigo 124.º, alguma doutrina estende, *v. g.*, o dever de fundamentação aos actos de dispensa e isenção do cumprimento de deveres ou encargos legais, impostos à Administração ou aos particulares – *v. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, Código...*, cit., p. 597, comentário XIV ao artigo 124.º.

⁶³⁹ Enquanto decorrência de um imperativo de estabilidade, universalidade e de protecção da confiança, existe, para os actos de conteúdo ou sentido diverso dos anteriormente adoptados *validamente* pela Administração, um dever de fundamentação, cuja violação acarreta a invalidez desses actos por vício de forma. Trata-se de uma aplicação particular do perelmaniano «princípio da inércia», a significar, neste domínio, que um precedente administrativo anteriormente aceite não deve ser abandonado sem uma razão nesse sentido.

Nos termos da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA, carecem de fundamentação os actos administrativos que “decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais”. Cf., sobre a norma em análise, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 597, comentário XII ao artigo 124.º. Esta disposição está intimamente conexas com as praxes administrativas valoradas como «precedentes», que “depositam experiências administrativas” e cujo desrespeito sem motivo poderá “fornecer um indício de que o conteúdo discricionário dos actos foi encontrado para satisfazer fins que não eram coincidentes com os fins legais” (cf. Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, cit., pp. 111 e s.); neste sentido, alude Sérvulo CORREIA («Interpretação...», cit., pp. 337) à relevância da “«jurisprudência» administrativa” – correspondente a “um mesmo entendimento de certa norma [que] incorpora uma prática habitual da Administração” – e cuja preterição implicará, salvo fundamento em contrário (alteração das circunstâncias, ausência de analogia entre os casos), uma violação do princípio da imparcialidade administrativa, sob a faceta da igualdade de tratamento.

⁶⁴⁰ Parece-nos pouco problemático considerar que a regra subjacente à alínea *d*) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA seja convocada no caso do afastamento num caso concreto de uma norma regulamentar interna, sobretudo quando se tem em conta que alguma doutrina aproxima de tal forma as praxes administrativas aos regulamentos internos, que concebe estes últimos como uma forma de codificação (*a priori* ou *a posteriori*) das primeiras (cf. JOUANJAN, *Le Principe...*, cit., pp. 373 e s.). Se o afastamento de uma prática administrativa (que não goza de uma força jurídica obrigatória, em termos de postular a sua adopção em casos posteriores) exige que a Administração fundamente a nova solução seguida, por maioria de razão, a desaplicação de um regulamento, ainda que interno, que constitui, enquanto norma, um padrão de decisão, deve suscitar um dever de fundamentação similar, cujo desrespeito inquina o acto de um vício formal. Saliencia Vieira de ANDRADE («O Ordenamento...», cit., p. 62) que os regulamentos (interpretativos) criam uma «jurisprudência burocrática», que, como tal, não pode ser afastada sem se cumprir o ónus da contra-argumentação (também David DUARTE, «Alguns Problemas Relativos à Autovinculação Administrativa», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 6, Novembro/Dezembro 1997, p. 8, aproxima a

uma norma regulamentar externa deve ser, quanto a esse preciso ponto, objecto de fundamentação que contemple as razões pelas quais o órgão se afasta da solução constante do regulamento, impendendo sobre ele um ónus da contra-argumentação. Atente-se, porém, que, com a defesa desta solução, não propugnamos uma equivalência entre praxes administrativas e normas regulamentares; trata-se, apenas, de advogar uma extensão do regime de fundamentação legal previsto para aquelas, cuja *ratio* (e os princípios que lhe estão subjacentes, *maxime*, os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da imparcialidade) se verifica, por maioria de razão, sempre que a Administração emanou normas destinadas a reger situações análogas ao concreto caso decidendo.

γ) Uma outra exigência consiste na obrigação de notificação da recusa de aplicação da norma regulamentar quer ao órgão que a emanou, quer ao Ministério Público. Atentemos nos contornos e propósitos desta notificação.

Afigura-se-nos inegável que o dever de notificação consagrado no n.º 3 do artigo 268.º da Constituição e disciplinado nos artigos 66.º e seguintes do CPA está pensado para levar o acto ao conhecimento dos respectivos destinatários⁶⁴¹ e não para as hipóteses aqui

autovinculação resultante de critérios corporizados em regulamentos administrativos daquela emergente de precedentes). Na Alemanha, as *Vorschriften* foram consideradas como «praxe administrativa antecipada» (*antizipierte Verwaltungspraxis*) pelo *Bundesverwaltungsgericht* (cf. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., p. 161, n. 138; B. MÜLLER, *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2004, p. 135). Aliás, não aplicar a esta hipótese o imperativo de fundamentação emergente do artigo 124.º equivaleria a menosprezar as luzes propiciadas pela evolução da jurisprudência alemã nesta matéria: após um momento inicial em que se atribuiu às *Vorschriften* o papel de simples indícios da existência de uma praxe administrativa estabilizada, relativamente à qual um desvio representaria uma violação do princípio da igualdade e cuja legitimidade dependia, por conseguinte, da presença de um fundamento razoável (por exemplo, uma alteração das circunstâncias fácticas ou jurídicas – cf. ALEXY, *Teoria...*, cit., p. 259), os tribunais passaram a ancorar o juízo de violação daquele princípio nas próprias *Vorschriften* (a simples emissão não necessariamente complementada pela efectiva aplicação) que, de acordo com esta construção, alcançam um lugar autónomo, funcionando as práticas administrativas consolidadas tão-só como elemento subsidiário de vinculação, a invocar apenas na ausência de norma administrativa (v. OSSENBÜHL, «Verwaltungsvorschriften...», cit., pp. 14 e ss.).

⁶⁴¹ Pedro GONÇALVES («Notificação dos Actos Administrativos», in: *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 1099) define precisamente a notificação como a medida destinada a “provocar no destinatário o conhecimento de um acto administrativo, colocando-o em condições de actuar de acordo com as determinações nele contidas”.

Em consonância com esta ideia, cf. Acórdão n.º 489/97, de 2 de Julho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 37.º vol., 1997, p. 477; v. ainda Acórdãos n.ºs 245/99, de 29 de Abril, in: *Diário da República*, II Série, n.º 160, 12.07.1999, p. 10078; 579/99, de 20 de Outubro, in: *Diário da República*, II Série, n.º 43, 21.02.2000, p. 3517; e, acentuando, de forma particular, a notificação enquanto direito fundamental dos administrados, Acórdão n.º 145/2001, de 28 de Março, in: *Diário da República*, II Série, n.º 107, 09.05.2001, p. 7954.

Ainda que constitua este o exemplo típico de notificação administrativa (como decorre, aliás, do artigo 66.º do CPA), não significa que todas as notificações administrativas possuam o propósito de

equacionadas. A expressão “interessados” (que surge nesses preceitos) aparece com recorrência no CPA, para designar, em regra, as pessoas ou entidades titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, susceptíveis de serem afectados pelo acto, abrangendo, no máximo, as associações sem carácter político ou sindical que tenham por fim a defesa desses interesses (cf., v. g., artigos 53.º, n.º 1, e 55.º do CPA). Nesta medida, a disciplina jurídica legalmente consagrada para a notificação dos actos administrativos serve o propósito de tutela dos interesses dos administrados, em consonância com a sua imediata função informativa⁶⁴²: daí que, por princípio, a notificação não constitua requisito de eficácia do acto administrativo (salvo no caso dos actos receptícios), mas apenas condição da sua oponibilidade (cf. artigo 132.º do CPA).

A notificação ao órgão que aprovou a norma regulamentar e ao Ministério Público possui um sentido diverso do que pauta a notificação de actos administrativos aos interessados, que, aliás, não pretende substituir – trata-se agora de uma *outra notificação*⁶⁴³. O principal propósito desta última consiste em proporcionar a eliminação das normas afastadas na resolução do caso concreto, em virtude da respectiva invalidez: a informação do facto ao órgão emissor da norma vai permitir-lhe desencadear um procedimento de declaração de ilegalidade do regulamento e a comunicação ao Ministério Público viabiliza a propositura de uma acção de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral ou do desencadeamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, consoante os casos⁶⁴⁴. Assumindo-se a recusa de aplicação como

comunicação do acto administrativo ao interessado – cf. também M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito...*, tomo III, cit., pp. 113 e ss., com diversos exemplos de notificações administrativas.

⁶⁴² V. Pedro GONÇALVES, «Notificação...», cit., pp. 1099 e 1106.

⁶⁴³ Tal não impede, contudo, a aplicabilidade dos dispositivos constantes dos artigos 66.º e seguintes, que se mostrem compatíveis com esta notificação: eis o que sucede, v. g., quanto ao artigo 69.º (prazo) e, parcialmente, quanto aos artigos 68.º (conteúdo) e 70.º (forma).

⁶⁴⁴ A imposição da notificação ao Ministério Público importa duas precisões.

Primo, não obstante a diversidade dos parâmetros de vinculação do regulamento (estudados na Parte III do presente trabalho), a relevância processual das violações perpetradas pelo regulamento reconduz-se à dicotomia inconstitucionalidade (por atentado à Constituição) e ilegalidade (por ofensa de um parâmetro de vinculação diferente da Lei Fundamental). Esta relevância processual tem repercussões na legitimidade processual activa para o desencadeamento dos processos jurisdicionais dirigidos à apreciação da invalidez dos regulamentos, mesmo quando em causa está o Ministério Público, visto que o pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional cabe ao Procurador-Geral da República [cf. artigo 281.º, n.º 2, alínea e), da Constituição], e não a qualquer outro magistrado do Ministério Público. A referência à notificação ao Ministério Público do acto administrativo que recusa a aplicação de uma norma regulamentar com fundamento em invalidez deverá, por isso, interpretar-se no sentido (mais lato) de notificação à *magistratura do Ministério Público*; a escolha do magistrado em causa a quem dirigir a notificação dependerá do caso concreto: ao Procurador-Geral da República, quando se trate do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade; ao procurador da República, colocado no tribunal administrativo e fiscal territorialmente competente ou ao

uma competência de exercício excepcional, uma compressão da força jurídica vinculativa do regulamento e dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, existe todo o interesse em evitar sucessivas decisões de afastamento da norma. Se a norma padecer efectivamente de uma invalidez, o princípio da juridicidade da Administração e o interesse público reclamam, por isso, a sua eliminação do ordenamento, com todas as refrações vantajosas que isso também acarreta da perspectiva da tutela dos administrados e da protecção da respectiva confiança.

Dir-se-á que desta exigência não se retiram quaisquer consequências visto que a notificação não constitui nem requisito de validade, nem condição de eficácia do acto administrativo que operou a recusa de aplicação. Efectivamente, não consubstanciando a notificação um momento intrínseco do acto, um elemento constitutivo da pronúncia, a sua ausência nunca geraria a invalidez do acto, que não fica afectado na respectiva «integridade». Por outro lado, e apesar de consistir num elemento extrínseco à decisão administrativa, também não se pode erigir esta especial notificação como um elemento determinante da eficácia do acto administrativo, visto que as finalidades (principais) por ela servidas não justificam a paralisação dos efeitos do acto, a qual poderia implicar uma lesão mais significativa do interesse público que a falta de notificação; estabelecer esta notificação como condição de eficácia do acto revelar-se-ia manifestamente ofensivo do princípio da proporcionalidade. Todavia, e porque está em causa um dever imposto ao

procurador-geral adjunto afecto ao STA, quando se trate da acção administrativa comum de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, a propor no tribunal administrativo de círculo ou no STA, respectivamente [cf. artigos 63.º, n.º 1, alínea *a*), e 125.º, do *Estatuto do Ministério Público* – Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, alterada pelas Leis n.ºs 2/90, de 20 de Janeiro, 23/92, de 20 de Agosto, 10/94, de 5 de Maio, 60/98, de 27 de Agosto, pela 42/2005, de 29 de Agosto, 52/2008, de 28 de Agosto, e 37/2009, de 20 de Julho; sobre o tribunal administrativo competente para a apreciação destas acções, cf. artigos 44.º, n.º 1, do ETAF, 16.º e 20.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA, relativamente à competência dos tribunais administrativos de círculo; e 24.º, n.º 1, alínea *a*), do ETAF, quanto à competência do STA para apreciar regulamentos de determinadas autoridades administrativas].

Secundo, a relevância da notificação ao Ministério Público compreende-se em virtude de, em geral, os órgãos administrativos não disporem de legitimidade processual activa para desencadear os processos judiciais em causa – o que sucede, com nitidez, com o processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade reforçada [à excepção do Governo, através do Primeiro-Ministro, de acordo com o artigo 281.º, n.º 2, alínea *c*), da Constituição]. Quando se trate de ilegalidades simples o próprio n.º 3 do artigo 73.º do CPTA prevê que o Ministério Público pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, a requerimento de qualquer das entidades previstas no n.º 2 do artigo 9.º, onde se encontram contempladas as autarquias locais; poder-se-á, por isso, afirmar que, quanto a estas, a notificação funciona como requerimento dirigido ao Ministério Público, na acepção do citado n.º 3 do artigo 73.º, aplicável por analogia às notificações efectuadas pelos órgãos das demais entidades públicas, relativos às normas cuja aplicação hajam recusado. Por outro lado, e ainda no processo administrativo, pode ser esta notificação ao Ministério Público a única forma de extirpar a norma regulamentar ilegal: tal acontecerá quando o órgão com competência para declarar a ilegalidade da norma o não fizer e ainda não se tenham verificado as três “desaplicações” daquela, previstas no n.º 1 do artigo 73.º.

órgão decisor, o respectivo incumprimento não se revela juridicamente indiferente, sendo sancionável (não no âmbito da teoria do acto, mas) em sede de responsabilidade: responsabilidade disciplinar, desde logo, por violação do dever de zelo [cf. artigo 3.º, n.º 7, do ED], e, em caso de emergência de danos, responsabilidade civil, se se verificarem os respectivos pressupostos⁶⁴⁵.

No máximo, e no que tange à operatividade do acto administrativo, a notificação representará uma condição de oponibilidade quando a preterição (ilegal) da norma de determinado órgão implicou a prática de um acto ofensivo dos interesses que a entidade pública (ou o próprio órgão, no caso de litígios inter-orgânicos) polariza, gozando esta (ou este) de legitimidade processual activa para a impugnação do acto, nos termos da alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA. Em sentido idêntico, mas quanto às acções a propor pelo Ministério Público, a ausência desta notificação impede o decurso do prazo de um ano previsto na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 58.º do CPTA para a impugnação do acto (não valendo, nestas hipóteses, o n.º 6 do artigo 59.º do CPTA). O que nos permite identificar uma outra função da notificação: levar ao conhecimento de sujeitos processuais com legitimidade activa para lhes permitir uma reacção contra a decisão de recusa de aplicação, quando a considerem indevida (quer por a norma regulamentar afastada não padecer de invalidez, quer em virtude de não se encontrarem preenchidas as condições objectivas e subjectivas da recusa de aplicação)⁶⁴⁶.

II. Analisados os aspectos formais da decisão em que se afasta a aplicação de uma norma regulamentar com fundamento em invalidez, importa determinar qual o caminho a seguir pelo órgão decisor para dilucidar o caso concreto que se lhe apresenta, uma vez que concluiu pela impossibilidade de convocar tal norma. Neste ponto, e tal-qualmente

⁶⁴⁵ Estamos, pois, diante de normas menos que perfeitas (*minus quam perfectæ*), na terminologia cunhada por ULPIANUS, relativamente à classificação das *leges*, quanto à *sanctio* – *i.e.*, normas que impõem penas (sanções) aos transgressores, mas não invalidam os actos contrários. Cf. Santos JUSTO, *Direito...*, cit., p. 82, e *Breviário...*, cit., p. 32.

⁶⁴⁶ No quadro da desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração, Ana Cláudia GOMES (*O Poder...*, cit., pp. 344 e ss.) defende a existência de um dever de notificação do Ministério Público, com o preciso objectivo de lhe proporcionar a oportunidade de impugnar jurisdicionalmente o acto administrativo que corporiza a decisão *contra legem*, de forma a que a última palavra sobre a inconstitucionalidade da lei caiba aos tribunais.

Rui MEDEIROS (*A Decisão...*, cit., p. 254) avança mais fundo e advoga inclusivamente a obrigatoriedade, para o Ministério Público, da impugnação jurisdicional dos actos administrativos que contrariem o anteriormente decidido pelo Tribunal Constitucional, defendendo uma identidade de *rationes* quanto ao regime do n.º 5 do artigo 280.º da Constituição, que consagra o dever de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões jurisdicionais que apliquem uma norma anteriormente considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

acentuámos no final da Parte II (cf. 2.4.3.), atinge o seu auge o paralelismo entre a desaplicação incidental de uma norma pelos tribunais e a recusa de aplicação com fundamento em invalidez pelos órgãos administrativos, razão por que, aqui e além, nos socorremos das soluções já trabalhadas para aquele problema. Daí que, relativamente à escolha do critério da decisão do caso concreto, beneficiemos largamente dos bordões proporcionados pelo controlo jurisdicional de normas jurídicas a título incidental, *maxime*, do processo de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Desde logo, impõe-se acentuar que, ao caso concreto, se aplica sempre o parâmetro de vinculação violado pelo regulamento inválido, pois é este que justifica a rejeição da norma regulamentar viciada⁶⁴⁷. Além disso, qualquer solução que se venha a dar ao caso concreto terá de se mostrar compatível com a norma constitucional, legal ou regulamentar que o regulamento inválido havia postergado.

Por outro lado, o órgão administrativo deve aplicar a norma que teria de aplicar na hipótese de a norma considerada inválida não existir. Tal critério agora a mobilizar poderá identificar-se com uma norma subsidiariamente aplicável ao caso ou mesmo, directamente, com o parâmetro de vinculação ofendido⁶⁴⁸.

Deverá ainda admitir-se a possibilidade de repristinação das normas regulamentares revogadas pelo regulamento agora considerado inválido. Na verdade, não só a repristinação consubstancia um *minus* em face da recusa de aplicação, como a vigência das normas revogadas por um acto normativo inválido constitui um efeito dessa invalidez⁶⁴⁹. Problemas especiais poderão surgir se as normas repristinadas padecem, elas próprias, de invalidez. Nestas hipóteses, deverá apelar-se para toda a principiologia decantada sobre a recusa de aplicação de regulamentos: o decisor tem a obrigação de apreciar a respectiva validade e de os afastar da decisão do caso concreto, quando estejam preenchidas as condições objectivas e subjectivas da recusa de aplicação – o que, na situação prefigurada, acontecerá por princípio, uma vez que já se havia admitido a desaplicação da norma revogatória. A possibilidade de repristinação conhecerá, todavia, limitações, quando as normas regulamentares em causa contendam com matéria sancionatória. Em causa está o

⁶⁴⁷ Cf. Jorge MIRANDA, *Contributo...*, cit., p. 229.

⁶⁴⁸ Assim, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 520, anotação V ao artigo 204.º, a propósito do comportamento a seguir pelos tribunais quando desapliquem uma norma inconstitucional durante os processos.

⁶⁴⁹ Cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 463 e s., a propósito da desaplicação administrativa de leis inconstitucionais.

princípio do tratamento mais favorável ao arguido⁶⁵⁰, o qual restringe os efeitos da aplicação de uma norma regulamentar anterior que contemple um tratamento mais gravoso⁶⁵¹.

A estas questões acrescem ainda as decorrentes do facto de a(s) norma(s) regulamentar(e)s agora desaplicada(s) se assumirem a “normas cuja adopção (...) seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação”, na acepção do n.º 1 do artigo 77.º do CPTA. Observe-se que, propositadamente, não tomámos esta hipótese como factor a ponderar no contexto do juízo da possibilidade de exercício da recusa de aplicação; com efeito, os casos de invalidez de um regulamento imprescindível à execução (*lato sensu*) de uma lei (em que, dentro do circunstancialismo apontado, pode haver recusa de aplicação) acarretam consequências irremediáveis e equivalentemente nefastas: ou se aplica o regulamento e a execução da lei em causa é efectuada de forma defeituosa (até *contra legem* ou mesmo *contra Constitutionem*) ou se rejeita o regulamento e se actua como se este último não existisse (o que pode importar dificuldades – quiçá, a impossibilidade – na aplicação da lei regulamentada). Nestas situações, e após o afastamento da norma inválida, o órgão deverá solucionar o caso de molde a salvaguardar, dentro do possível, a efectivação, em concreto, das soluções contempladas na lei em causa, o que, no limite, poderá implicar o recurso aos próprios princípios normativos.

4. Patologias

A compreensão do problema da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez não ficaria completa sem a análise dos momentos patológicos. Além disso, a consideração deste aspecto revela-se essencial para escapar à crítica segundo

⁶⁵⁰ Trata-se de um princípio legalmente previsto no artigo 3.º, n.º 2, do *Regime Geral das Contra-Ordenações*, e decorrente do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro (que aprova o *Estatuto Disciplinar*), mas que tem raízes constitucionais no n.º 3 do artigo 282.º, o qual, no horizonte dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral, aproxima as matérias contra-ordenacionais e disciplinares da matéria penal, para a qual o princípio do tratamento mais favorável se encontra contemplado, *ex professo*, no n.º 4 do artigo 29.º. Neste sentido, a doutrina vem advogando a extensão dos princípios presentes no artigo 29.º da Constituição ao ilícito de mera ordenação social e ao ilícito disciplinar – cf. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 498, anotação XIII ao artigo 29.º; A. Taipa de CARVALHO, «Artigo 29.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, cit., p. 676, anotação XIII.

⁶⁵¹ Perfilhando solução análoga no contexto da desaplicação jurisdicional de normas inconstitucionais em matéria penal, Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, p. 520, anotação V ao artigo 204.º. Cf. também Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo VI, cit., p. 69.

a qual a retórica argumentativa desenvolvida em torno da recusa de aplicação se efectua sempre no pressuposto de que a decisão de desaplicação é correcta⁶⁵².

Impõe-se agora analisar as consequências jurídicas de um errado exercício da competência de recusa de aplicação de normas regulamentares: estão sob escrutínio as situações em que se verifica uma realização deficiente dos juízos postulados pela possibilidade (ou não) do afastamento dos regulamentos nas decisões dos casos concretos pelos órgãos administrativos. Importa, pois, aquilatar o relevo e os efeitos dos casos em que o órgão não deveria ter rejeitado a norma regulamentar (4.1.), bem como aqueles em que, estando reunidos os pressupostos determinantes do reconhecimento da competência de recusa de aplicação, o órgão mobilizou um regulamento inválido para solucionar o caso concreto (4.2).

4.1. A recusa ilegal de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez

A ilegalidade da recusa de aplicação de regulamentos com fundamento em invalidez estriba-se em duas situações distintas, podendo resultar quer do facto de a norma não padecer de qualquer causa de invalidez, quer de, *in casu*, não estarem verificadas as condições objectivas e subjectivas a que sujeitámos o exercício da competência da recusa de aplicação.

Sobre a primeira problemática – em que falha uma das premissas da recusa de aplicação [a existência de um *conflito normativo real entre normas gerador da invalidez da norma regulamentar* (cf., *supra*, 1.4.)] –, debruçou-se já o STA⁶⁵³: sem grandes preocupações de elaboração dogmática, e após ter concluído pela validade da norma regulamentar aplicável (*in casu*, constante de um plano director municipal), pelo menos quando interpretada de certa forma, o Tribunal entendeu que a respectiva desaplicação consubstanciava sempre uma situação de «violação de lei», porquanto, na hipótese *sub iudice*, a Administração se havia recusado a aplicar uma norma que a vinculava. Concordamos com a perspectiva subjacente à posição do STA, segundo a qual a recusa ilegal de aplicação de regulamentos não constitui um vício autónomo e específico do acto administrativo; quer dizer, a invalidez da decisão não decorre do facto de o órgão ter cometido um erro quanto à (apreciação da) validade do regulamento, o qual fica

⁶⁵² Assim, KOPP, «Das Gesetztes- und Verordnungsprüfungsrecht...», cit., pp. 827 e s., n. 57.

⁶⁵³ Acórdão de 17.06.2009, P. 305/09.

consumido pela circunstância de o acto violar uma norma a cuja observância se encontrava adstrito (*i.e.*, uma norma que integrava o «bloco da juridicidade»). Assim, o acto sofrerá de um vício relativo ao sujeito, ao objecto ou à decisão, consoante a substância e o sentido da vinculação contidos na norma regulamentar preterida – aspectos que igualmente determinam a consequência jurídica decorrente da invalidez.

A solução assumirá contornos diversos quando, embora a norma regulamentar padecesse de invalidez, o órgão não a poderia desaplicar, por não se encontrarem reunidas, em concreto, as assinaladas condições objectivas e subjectivas. Esta hipótese de ilegalidade da desaplicação não deixa de suscitar algumas perplexidades, porquanto pode conduzir a sancionar um acto que, considerado em si, não merece qualquer censura – eis-nos diante de situações em que, não fôra a ausência das condições objectivas e/ou subjectivas para a recusa de aplicação da norma inválida, o acto administrativo não se encontraria maculado. Com esta observação, não pretendemos afastar a invalidez do acto que não respeitou uma norma regulamentar a cuja observância se encontrava adstrito (precisamente por não estarem verificados os pressupostos da respectiva desaplicação, os quais, como vimos, se destinam a tutelar valores e princípios juridicamente relevantes, alguns deles com assento constitucional, directo ou indirecto). Pensamos, por isso, tratar-se de um vício que gerará, em princípio e nos termos gerais do artigo 135.º do CPA, a anulabilidade do acto administrativo⁶⁵⁴. Todavia, entendemos igualmente que as considerações precedentes devem ser tomadas em conta sob uma dupla perspectiva: a da possibilidade de aproveitamento do acto (que analisaremos *infra*, 5.4.) e a da responsabilidade pela invalidez da decisão administrativa (que apreciaremos já de seguida)⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Em qualquer hipótese, estará afastada a verificação de uma nulidade por usurpação de poder [nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA], alicerçada na ideia de que a recusa de aplicação de normas inválidas constitui uma competência que releva do exercício da função jurisdicional. Todas as considerações tecidas até ao momento permitem-nos afastar, com tranquilidade, quer a premissa, quer a conclusão deste raciocínio: no domínio administrativo, se o reconhecimento da possibilidade de *exercício* da competência de recusa de aplicação de normas regulamentares inválidas assume contornos de *excepcionalidade*, o poder de desaplicação existe como competência *administrativa*, nos termos apontados (*i.e.*, enquanto momento – apenas dogmático-explicativamente cindível – do *iter* metodológico tendente à decisão de um caso concreto pela mediação de uma norma regulamentar). Em sentido diverso, quanto à desaplicação de leis inconstitucionais pela Administração, cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 419 e 426, justamente por, ao contrário do que defendemos, entender que a competência de desaplicação é própria da função judicial, e, só em situações excepcionais, reconhecida à Administração.

⁶⁵⁵ A posição que adoptamos representa um ponto intermédio entre as visões de Paulo OTERO (*Ensaio...*, cit., pp. 154 e ss., relativamente à validade do acto administrativo que desaplica um caso julgado inconstitucional) e A. Salgado de MATOS (*A Fiscalização...*, cit., pp. 415 e ss., onde dirige uma crítica ao primeiro Autor, a propósito da desaplicação indevida de leis inconstitucionais). Se a exclusão da invalidez

Quanto a este último aspecto, compreende-se, de imediato, a necessidade de apartar os casos (primeiramente enunciados) em que a recusa de aplicação é indevida por se reportar a uma norma regulamentar válida, daqueles (que acabámos de versar) em que não se encontram reunidas as condições objectivas e/ou objectivas para a desaplicação. Enquanto a primeira hipótese não acusa especificidades face ao regime geral da responsabilidade (civil⁶⁵⁶, disciplinar ou penal) pela prática de actos administrativos inválidos, o mesmo não sucede com a segunda. Com efeito, e recuperando as conclusões do parágrafo anterior, estamos diante de hipóteses em que o acto pode estar conforme com os demais elementos do bloco da juridicidade, apenas padecendo de anulabilidade porque o órgão deveria ter seguido a norma regulamentar viciada. Importa, por isso, determinar se a prática de um acto administrativo inválido, decorrente de uma ilegal recusa de aplicação de regulamento viciado, consubstancia um facto constitutivo de responsabilidade civil, disciplinar e/ou penal.

A doutrina⁶⁵⁷ já tem reflectido sobre problema idêntico, a propósito da questão da fiscalização de leis inconstitucionais pela Administração, declinando a existência de responsabilidade civil nos casos de desaplicação indevida, com base em dois argumentos. Em primeiro lugar, invoca a teoria das «disposições especiais de protecção», que pressupõe, como requisito da responsabilidade civil, que o dano ocorra no âmbito pessoal e material de protecção conferido por aquelas disposições⁶⁵⁸; ora, destinando-se a regra da não desaplicação de leis inconstitucionais a tutelar o equilíbrio entre os princípios da separação de poderes e da constitucionalidade (e não à protecção dos interesses dos afectados pela aplicação da lei inconstitucional), não está verificado o pressuposto da

do acto nos parece desajustada ao facto de a recusa ilegal de aplicação de regulamentos implicar uma (não negligenciável) violação de normas e princípios jurídicos materiais, também julgamos excessivo propender para a nulidade de actos administrativos que afastam normas inválidas (inclusive, normas constitucionais), valendo aqui plenamente as considerações de salvaguarda da estabilidade da acção administrativa, defesa do interesse público e tutela da confiança dos particulares que conduzem à eleição da anulabilidade como “sanção-regra” na teoria do acto.

⁶⁵⁶ Em matéria de responsabilidade civil, cf., com muito desenvolvimento, Margarida CORTEZ, *Responsabilidade...*, cit., *passim*, esp.^{te} a partir das pp. 50 e ss.. Mais recentemente, e à luz do novo RRCEE, M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Responsabilidade...*, cit., pp. 18 e ss., e Carlos CADILHA, *Regime...*, cit., pp. 106 e ss. (ambas as obras, em geral, sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes de facto ilícito, praticado no exercício da função administrativa).

⁶⁵⁷ Cf. A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 457 e ss., cujas conclusões aqui recuperamos.

⁶⁵⁸ Sobre esta modalidade de ilicitude, v. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 237 e ss.; Carneiro da FRADA, «Contrato e Deveres de Protecção», in: *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXXVIII, 1994, pp. 288 e ss..

emergência da responsabilidade civil. Em segundo lugar, e na mesma perspectiva, a direito à indemnização é excluído, em virtude do funcionamento da teoria do comportamento alternativo lícito⁶⁵⁹, defendendo-se que os prejuízos dos destinatários do acto administrativo sempre se verificariam, porquanto uma posterior declaração de inconstitucionalidade implicaria a “desaparição retroactiva do acto administrativo desaplicador”.

Eis-nos diante de uma argumentação não transponível para a questão de que nos ocupamos. Desde logo, a afirmação da excepcionalidade e a delineação de condições de exercício da competência de recusa de aplicação pelos órgãos administrativos resultam, pelo menos em parte, do imperativo da tutela da confiança e da boa fé daqueles que se encontram abrangidos pelo âmbito do regulamento em causa. Por outro lado, (e sem nos debruçarmos sobre o pressuposto desta perspectiva, que comunga da ideia de que o comportamento desaplicador, além de inválido, é ilícito) também se não pode afirmar que os danos emergentes da não mobilização da norma regulamentar ocorreriam, ainda se a Administração houvesse convocado tal norma para a decisão: se este pressuposto já não se verifica quando estão em causa normas que padeçam de inconstitucionalidade ou de ilegalidade reforçada (visto que o desencadeamento de um processo tendente à respectiva declaração com força obrigatória geral não reveste natureza necessária, nem mesmo quando se trate do processo misto), também não ficará certamente preenchido se o regulamento tiver um vício gerador de simples ilegalidade, porque os efeitos retroactivos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral não atingem os casos decididos (cf. artigo 76.º, n.º 2, do CPTA).

Parece-nos, porém, que a recusa de aplicação de normas regulamentares, ainda que inválidas, não gerará, em princípio, a responsabilidade civil, por não estar verificada uma das dimensões da ilicitude: a *ilicitude do resultado*⁶⁶⁰. É certo que, na situação em análise, o decisor violou um princípio jurídico: o princípio segundo o qual um órgão administrativo

⁶⁵⁹ Sobre esta teoria (que incide já sobre o problema do nexos de ilicitude), cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade...*, cit., pp. 286 e ss.. Relativamente à teoria do comportamento alternativo lícito no âmbito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, v. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Responsabilidade...*, cit., pp. 32 e s..

⁶⁶⁰ Atente-se que a discussão em torno da concepção da ilicitude nunca põe em causa a necessidade de uma ilicitude do resultado, sempre se havendo admitido a indemnização quando se verifique uma lesão de um direito ou interesse legalmente protegido; as questões problemáticas (com mais relevância teórica do que prática) colocam-se precisamente no campo oposto: o de saber se à ilicitude do resultado se deverá adicionar a verificação da ilicitude da conduta. Cf., por todos, Margarida CORTEZ, *Responsabilidade...*, cit., pp. 50 e ss..

não pode desaplicar uma norma regulamentar com fundamento em invalidez, a não ser que esteja verificado um conjunto de condições objectivas e subjectivas⁶⁶¹. Não desvalorizamos, além disso, que as referidas condições constituam manifestações ou expressões de princípios e normas constitucionais ou legais (de direito material ou organizatório). Todavia, se o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE considera ilícitas as acções dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem, *inter alia*, princípios constitucionais ou legais, o mesmo preceito não deixa de acrescentar que de tais acções (ainda que ilegais) tem de resultar a *ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos* – o que não sucede, *in concreto*. Por outro lado, e em geral, os eventuais prejuízos emergentes para os destinatários do acto administrativo (em que ocorreu a desaplicação) não decorrem deste último, mas antes da situação de confiança gerada pela emissão da norma regulamentar ou da invalidez da mesma – o que permite afirmar que, ainda quando não estejam reunidas as condições objectivas e subjectivas, a recusa de aplicação não constitui, em princípio, *causa adequada* dos danos sofridos pelos destinatários do acto.

Assim, salvo se se conseguir demonstrar a existência de danos que directamente decorrem do acto administrativo em causa (*i.e.*, da decisão no horizonte da qual se verificou a recusa de aplicação, e não da situação de confiança gerada pela norma ilegal), não nos parece, como regra geral, passível de afirmação a responsabilidade civil⁶⁶²: é que – reforçamos – a invalidez de que padece a norma regulamentar implica, em princípio, que o particular não tenha direito ao efeito jurídico subjacente à mesma.

⁶⁶¹ Tal princípio constitui uma concretização particular da regra geral, segundo a qual a atribuição de uma competência a um órgão gera para este a responsabilidade (*hoc sensu*, o dever) de não a ultrapassar. Assim, WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., p. 159.

⁶⁶² Trata-se de uma solução análoga à seguida no que respeita aos vícios de forma (*lato sensu*). Cf. Margarida CORTEZ, *Responsabilidade...*, cit., pp. 74 e ss. (sobre a relação entre ilegalidade formal e ilicitude) e 114 e ss. (sobre o nexó de causalidade); e «O Crepúsculo da Invalidez Formal?», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 7, Janeiro/Fevereiro 1998, pp. 37 e ss.. V. ainda Carlos CADILHA, *Regime...*, cit., pp. 152 e ss., anotações 3 e 4 ao artigo 9.º (v., porém, do Autor, «Regime Geral da Responsabilidade Civil da Administração Pública», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, Julho/Agosto 2003, p. 27).

Esta posição não acolhe, contudo, os sufrágios de toda a doutrina. Em sentido diverso, cf. Rui MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., pp. 168 e ss., 206 e ss.. Adoptando uma posição modelada, defende Sérvulo CORREIA («A Jurisprudência...», cit., pp. 103 e s.) que, no interior da legalidade procedimental, é possível destringir entre as situações em que o trâmite procedimental possui uma «função instrumental» (assumindo-se como útil, no seio do procedimento, para o alcance de um determinado resultado objectivo) daquelas em que desempenha uma «função dignificante» (estando em causa uma norma procedimental de protecção, que prevê um trâmite destinado a tutelar a dignidade da pessoa humana do cidadão participante no procedimento, o qual consubstanciará um direito fundamental procedimental); ora, ainda quando se conclua que, por estar em causa uma decisão estritamente vinculada, o incumprimento do trâmite não influenciou o conteúdo do acto, a violação das normas procedimentais dotadas de uma «função dignificante» originará uma indemnização por danos morais – eis a solução que, na posição de Sérvulo CORREIA (*Op. cit.*, pp. 104 e s.), decorre da tarefa de concordância prática entre os valores da protecção constitucional da dignidade do particular participante no procedimento e da legalidade substantiva.

A não afirmação da responsabilidade civil não acarreta, contudo, o não reconhecimento da responsabilidade disciplinar do órgão que ilegalmente recusou a aplicação da norma. Em causa estará, em regra, a violação do dever de zelo que, nos termos do n.º 7 do artigo 3.º do ED, consiste, *inter alia*, em conhecer e aplicar as normas regulamentares⁶⁶³; quando se trate de recusa de aplicação pelo subalterno a desaplicação ilegal implicará a infracção do dever de obediência (artigo 3.º, n.º 8, do ED), se a desaplicação ocorrer contra a decisão do superior hierárquico, ou se, tendo como objecto um regulamento emanado por este último, o inferior não houver exercido o direito de representação⁶⁶⁴. Obviamente que a afirmação da responsabilidade disciplinar não prescinde da verificação, *in concreto*, dos respectivos pressupostos: assim, constituindo a culpa um dos elementos constitutivos da infracção disciplinar, importará sempre averiguar se um titular do órgão normalmente diligente e sagaz, com a preparação exigida para o desempenho das suas funções, actuaria da mesma forma, quando colocado perante circunstâncias idênticas⁶⁶⁵.

4.2. A aplicação ilegal de regulamentos inválidos: a existência de um dever de recusa de aplicação

A questão cuja abordagem agora se impõe constitui a inversa da anterior, exigindo que se perspetive a eventualidade de o órgão administrativo decidir o caso concreto pela mediação de uma norma regulamentar viciada, *quando a deveria ter rejeitado*. Compreende-se, de imediato, que a própria formulação do problema traz ínsito um pressuposto: a existência de um dever de recusar a aplicação de regulamentos inválidos – dever este que, amplamente concebido, inclui o dever de apreciação da validade das normas jurídicas (regulamentares) aplicandas e o dever de retirar as consequências jurídicas desse juízo para a decisão do caso concreto. Assim sendo, as patologias conjecturáveis neste horizonte reconduzem-se (1) ao erro na avaliação da validade das normas regulamentares, (2) ao erro na formulação dos juízos de proporcionalidade e

⁶⁶³ Entendendo abrangidas na violação do dever de zelo as hipóteses em que o trabalhador revele desconhecimento das normas que disciplinam o serviço, cf. Paulo Veiga e MOURA, *Estatuto...*, cit., p. 49, anotação 15 ao artigo 3.º.

⁶⁶⁴ Cf., porém, Paulo Veiga e MOURA, *Estatuto...*, cit., pp. 55 e s., anotação 16 ao artigo 3.º.

⁶⁶⁵ Cf., v. g., Ana Fernanda NEVES, «Direito...», cit., p. 524; Paulo Veiga e MOURA, *Estatuto...*, cit., pp. 36 e s., anotação 8 ao artigo 3.º (de acordo com este Autor, as capacidades e conhecimentos exigidos ao trabalhador apenas se poderão reconduzir aos previstos e considerados necessários ao exercício das suas funções, no início de cada ciclo anual da avaliação de desempenho – *Op. cit.*, pp. 49 e s., anotação 15 ao artigo 3.º).

concordância prática e (3) à violação do dever de recusa de aplicação⁶⁶⁶. Nítido se afigura que, em qualquer destas hipóteses, a aplicação indevida também não consubstancia um vício autónomo e específico da invalidez da actuação administrativa, a qual decorre antes da violação da lei (ou da Constituição ou de qualquer outro parâmetro a que se encontra vinculado), devendo as consequências jurídicas da invalidez associar-se ao tipo de parâmetro de violação ofendido e não ao incumprimento do dever de recusa de aplicação. Tal significa que, em regra, o acto administrativo de aplicação (indevida) de um regulamento inválido padecerá de anulabilidade, ressalvadas as hipóteses em que preencha algum dos casos de nulidade contemplados na lei. Por exemplo, quando o não exercício do dever de recusa de aplicação envolve concomitantemente a ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental (posto em causa pelo regulamento inválido), o acto administrativo de aplicação padecerá de nulidade, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA: eis o que sucederá, *v. g.*, quando um órgão universitário aplique um regulamento governamental ofensivo do direito à autonomia universitária, consagrado no n.º 2 do artigo 76.º da Constituição⁶⁶⁷.

Neste domínio, porém, a conclusão revela-se tão problemática quanto a premissa. Para além dos problemas atinentes à (in)validade de um acto administrativo de aplicação de uma norma regulamentar inválida (I.), impõe-se ainda avaliar da existência de um dever de recusa de aplicação (II.). Esta última questão representa o corolário do estudo até ao

⁶⁶⁶ Este último não se confunde, nem é absorvido por qualquer dos anteriores (apreciados isolada ou conjuntamente): o decisor pode considerar que a norma regulamentar padece de invalidez e que a recusa de aplicação constitui uma medida proporcional (*lato sensu*) para a obtenção da juridicidade da concreta actuação administrativa, mas concluir pela não recusa, por entender (erradamente) que o exercício dessa competência se encontra na sua disponibilidade.

⁶⁶⁷ Preceito que não distingue, para este efeito, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, cominando com a nulidade os actos que firam o conteúdo essencial de qualquer direito fundamental (*v. também* M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 646, que entendem, embora com algumas dúvidas, que, se os mesmos direitos já estiverem consagrados com suficiente densidade numa lei ordinária, a violação desta última por um qualquer acto administrativo terá por consequência a sua nulidade). Defendendo, porém, uma interpretação restritiva desta norma, de molde a compreender apenas os direitos, liberdades e garantias, cf. M. Rebelo de SOUSA, «Regime do acto administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 46, com fundamento quer no facto de uma posição contrária permitir a qualquer autoridade administrativa a determinação, para efeitos da declaração de nulidade, do conteúdo essencial de um direito à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, quer na circunstância de ser apenas perante os direitos, liberdades e garantias que os cidadãos têm o direito constitucionalmente garantido (cf. art. 21.º da CRP) de resistir contra os actos administrativos que os violem, a par do direito a uma indemnização por parte das entidades públicas que os hajam lesado. De qualquer modo, e relativamente ao exemplo mencionado no texto, as nuvens dissipar-se-ão quando se considere, como alguma doutrina, que a autonomia universitária se assume como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, sem prejuízo da necessidade de ulterior concretização legislativa, como decorre, *expressis verbis*, do preceito constitucional [assim, L. Pereira COUTINHO, *As Faculdades...*, cit., pp. 113 e ss., considerando, nesta medida, a ofensa da autonomia universitária como uma indubitável causa de nulidade, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA – *Op. cit.*, p. 121].

momento empreendido: torna-se imprescindível, pois, fundamentar em que medida, verificados os condicionalismos (de ordem objectiva e subjectiva) que conferiam ao órgão decisor o poder para recusar a aplicação de uma norma regulamentar inválida, este tem o dever de solucionar o caso abstraindo daquela, e, em caso afirmativo, quais as consequências jurídicas decorrentes do incumprimento daquele dever.

I. O problema da aferição da validade de um acto administrativo de aplicação de uma norma jurídica inválida não é privativo da temática de que nos ocupamos. Na verdade, esta questão surge quer nas situações patológicas de aplicação *ilegal* de uma norma regulamentar inválida (como as que analisamos de momento), quer nas hipóteses em que, por não estarem reunidos os pressupostos do exercício do poder de desaplicação, o órgão está vinculado a mobilizar o regulamento inválido para decidir o caso concreto (correspondendo à situação de aplicação *legal* de uma norma regulamentar inválida).

As primeiras dúvidas a suscitar consistem em determinar qual a relação entre a invalidade do regulamento e a (in)validade do acto administrativo que o aplica e em apurar se a (eventual) invalidade deste acto está dependente da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (consoante os casos) daquele regulamento. Esta perspectivação da problemática em análise sugere uma aproximação às questões da designada *invalidade derivada, reflexa, consequente ou consequencial* de actuações jurídicas – veremos se esta concepção se revela adequada.

Como é sabido, a invalidade derivada caracteriza-se pela irradiação (pela “propagação *por arrastamento*”⁶⁶⁸, enquanto «*patologia “per caduta”*»⁶⁶⁹) da invalidade de um determinado acto para outro acto deste dependente. A tónica reside na relação de prejudiciabilidade entre os actos envolvidos: nestas hipóteses, a invalidade do acto prejudicial ou pressuposto⁶⁷⁰ – enquanto acto necessário e lógico-juridicamente anterior ao acto prejudicado ou consequencial⁶⁷¹ – implica a invalidade deste último^{672 673}.

⁶⁶⁸ Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo I, cit., p. 177.

⁶⁶⁹ CAVALLO, *Provvedimenti...*, cit., p. 312.

⁶⁷⁰ O “acto no qual se funda”, na terminologia de Santi ROMANO (*Corso...*, cit., p. 274).

⁶⁷¹ Analiticamente, é ainda possível destrinçar os casos em que esta relação de prejudiciabilidade ocorre no seio do mesmo diploma normativo (em que a invalidade de uma norma inquina a validade de outra norma) – falando-se de *invalidade conexa* – e aqueles, correspondentes às hipóteses de que nos ocupamos, em que a relação de prejudiciabilidade se verifica entre dois actos diferentes. Estabelecendo uma distinção similar, cf. Jorge MIRANDA, «Artigo 277.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição...*, tomo III, cit., p. 709, anotação V.

⁶⁷² Assim, Alberto XAVIER, *Conceito...*, cit., pp. 255 e ss.; na jurisprudência, seguindo explicitamente este Autor, cf. Acórdãos do STA, de 13.07.2005, P. 1735/03, e de 16.06.2010, P. 205/10. Cf. também SANDULLI, *Il Procedimento...*, cit., p. 332.

⁶⁷³ Deparamo-nos com três domínios de eleição para o tratamento dogmático da invalidade derivada: a inconstitucionalidade derivada de actuações hierárquica ou instrumentalmente dependentes de normas inconstitucionais, a nulidade de actos administrativos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados [artigo 133.º, n.º 2, alínea *i*), do CPA], e a invalidade dos contratos consequente de actos procedimentais inválidos (artigo 283.º do CCP). Não se apresentam, contudo, homogêneas as particularidades concitadas por cada uma destas questões.

No que concerne à inconstitucionalidade derivada de normas prejudicadas ou consequenciais, as dificuldades decorrem, por um lado, da possibilidade da respectiva apreciação aquando da impugnação da constitucionalidade das normas prejudiciais ou pressupostas – aspecto que se revela especialmente delicado no quadro dos processos de fiscalização abstracta sucessiva, em virtude do princípio do pedido (cf., *supra*, Parte III, 2.2.3., III, com bibliografia e jurisprudência). Por outro lado, especiais obstáculos dogmáticos surgem do prisma da sanção associada à inconstitucionalidade derivada, quando esta afecte actuações (em particular, actos administrativos) de aplicação de normas inconstitucionais, oscilando as posições entre (*i*) a nulidade, em qualquer caso, e (*ii*) a anulabilidade, reservando-se a nulidade para as situações legalmente previstas como tal (desde logo, para as hipóteses constantes do artigo 133.º do CPA). Inclinando-se para admitir a anulabilidade, quando não esteja em causa qualquer das hipóteses contempladas no artigo 133.º do CPA, cf. Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 940; Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., pp. 632 e s.. Manifestando dúvidas, M. Esteves de OLIVEIRA, Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., p. 643, comentário V ao artigo 133.º. Defendendo a nulidade dos actos de aplicação de normas inconstitucionais, cf., v. g., Blanco de MORAIS, *Justiça...*, tomo II, cit., p. 235; A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 429 e ss.; A. Salgado de MATOS/Taborda da GAMA, «O Prazo...», cit., pp. 127 e ss..

Sobre a temática do regime dos actos consequentes de actos anulados, rege a alínea *i*) do n.º 2 do art. 133.º do CPA, que considera feridos de nulidade “os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente”. Sem prejuízo das dificuldades que rodeiam a interpretação deste preceito (cf., *supra*, Parte III, 3.1., em nota), do regime da invalidade dos actos consequentes de actos anulados decorrem três subsídios determinantes para o problema agora em análise: *primo*, a consideração como *actos consequentes* daqueles cuja prática e/ou sentido foram determinados pelo acto anulado (que constitui como que um «elemento essencial» da emissão do acto – Mário Aroso de ALMEIDA, *Anulação...*, cit., p. 331, ilustrando, subsequentemente, este requisito com os actos de execução de acto anulado e certos actos inseridos no mesmo procedimento ou subprocedimento) e cuja manutenção se revela inconciliável com a anulação; *secundo*, a previsão da sanção da nulidade para os actos consequentes de actos que, anteriormente, constituíram objecto de decisão anulatória (administrativa ou jurisdicional), não se verificando, neste sentido, uma comunicação automática de invalidades; *tertio*, a salvaguarda dos interesses de terceiros (de boa fé, com confiança legítima) na manutenção de (certos) efeitos do acto consequente. Cf. M. Esteves de OLIVEIRA, Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 650 e s., comentário XVI ao artigo 133.º; Vieira de ANDRADE, «Validade», cit., pp. 589 e s., e «Actos Consequentes...», cit., pp. 29 e ss.; Raquel CARVALHO, *As Invalidades...*, cit., pp. 87 e ss.. *V.*, muito desenvolvidamente, M. Aroso de ALMEIDA, *Sobre a Autoridade...*, cit., pp. 315 e ss., e «Regime Jurídico dos Actos Consequentes de Actos Administrativos Anulados», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, Julho/Agosto 2001, pp. 16 e ss..

Relativamente à invalidade derivada dos contratos administrativos, encontra-se o respectivo regime contemplado no artigo 283.º do CCP (sem prejuízo da disciplina especial constante da Directiva n.º 2007/66/CE, de 17 de Dezembro, in: *JOUE*, n.º L 335, 20.12.2007, pp. 31 e ss.). Uma das questões que, neste âmbito, assume maior importância reside em perceber quais as consequências, em sede de contrato, da anulação de um acto praticado no decurso do procedimento de formação do contrato. Entende-se que tal anulação deverá possuir algum efeito útil, não sendo «meramente platónica», ou, nas palavras expressivas de POUYAUD [«Le Sort des Contrats après l’Annulation d’un Acte Détachable: Nouvelles Difficultés (les Suites de l’Affaire Lopez)», in: *Revue Française de Droit Administratif*, ano 13, n.º 2, Março/Abril 1997, p. 355] “*un coup d’épée dans l’eau*”. Trata-se de saber se, uma vez verificada a anulação, encontramos consequências que se repercutem automaticamente sobre o contrato ou se se considera indispensável a propositura de uma acção (de validade) sobre o contrato. Também agora se coloca o problema do relacionamento entre um acto pressuposto (um acto administrativo) e um acto consequente (o contrato administrativo). Como aflorámos na Parte III (3.4.1., I, β), também agora os principais problemas resultam da delimitação do conceito de actos administrativos prejudiciais ou pressupostos, bem como da aferição do

Entendemos, porém, que a questão da invalidez dos actos administrativos baseados em regulamentos inválidos não passará, em todos os casos, pela afirmação de uma invalidez derivada. Patenteia, neste momento, especial subtileza a distinção evidenciada por Wehr⁶⁷⁴, a propósito do problema da validade da aplicação de normas inválidas. Repudiando a concepção segundo a qual a aplicação de normas inválidas representa *sempre* uma actuação ilegal, o Autor destrinça entre a verdadeira aplicação/execução (*Anwendung*) e a mera observância (*Beachtung*): apenas na primeira – que se verifica relativamente a normas (legais) que conferem à Administração uma habilitação de *agere* ou a normas infra-legais (*maxime, Verordnungen*⁶⁷⁵) que se destinam a completar ou a substituir a lei – a invalidez normativa implicará, de plano, a invalidez das actuações administrativas de aplicação [por falta de base legal e por incumprimento (do dever de aplicação) da lei completada ou substituída, respectivamente]; nas restantes situações – de simples observância –, a actuação da Administração apenas padecerá de invalidez se, ela própria, atentar contra normas e princípios jurídicos.

desvalor jurídico do contrato que aqueles precedem e do circunstancialismo em que tal desvalor se afirma. Pretendendo responder a estas questões, o CCP alude à noção de “actos procedimentais em que tenha assentado a celebração do contrato” (adoptando, pois, uma ideia de prejudiciabilidade) cominando a sanção da nulidade ou da anulabilidade, consoante haja sido declarado nulo ou anulado o acto administrativo pressuposto. Estranhamente, como acentuámos em momento anterior, o n.º 2 do artigo 283.º do CCP basta-se com a anulabilidade do acto para afirmar a anulabilidade do contrato. A esta regra corresponde a excepção – de natureza substancialista – das hipóteses em que o acto anulável esteja consolidado, convalidado ou renovado. O n.º 4 do artigo 173.º pretende promover a tutela da confiança e da boa fé, ao admitir, dentro do circunstancialismo previsto, o afastamento do efeito anulatório (do acto sobre o contrato) por decisão judicial ou arbitral. Sobre este preceito, cf., v. g., Vieira de ANDRADE, «A Propósito...», cit., pp. 23 e ss., e *Lições...*, cit., pp. 232 e ss.; Raquel CARVALHO, *As Invalidades...*, cit., pp. 390 e ss., 477 e ss.; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Contratos...*, cit., pp. 130 e s..

Destas considerações e do conhecimento dos problemas levantados pelas várias hipóteses de invalidez derivada decorrem quatro contributos fundamentais: a precisão do sentido da relação de prejudiciabilidade entre actos (que integra o próprio conceito de invalidez derivada), a determinação da consequência jurídica deste tipo de invalidez, a necessidade de salvaguarda da confiança dos destinatários dos actos, e a ausência de comunicação automática de invalidez.

⁶⁷⁴ WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., p. 82.

É interessante verificar que, no direito italiano, embora em matéria de invalidez derivada de actos administrativos consequentes, se esboça uma distinção entre *ilegitimidade caducante* – a qual opera quando o primeiro acto consubstancia o pressuposto necessário e único de outros actos, constituindo a exclusiva razão da sua existência – e *ilegitimidade meramente invalidante* (a regra, aliás, em matéria de invalidez derivada), reservada para os demais casos em que existe uma relação entre acto pressuposto e acto consequencial. Trata-se de uma destrinça com efeitos práticos relevantes: enquanto os actos feridos de ilegitimidade caducante caem (perdem a sua eficácia) automaticamente (*i.e.*, sem necessidade de impugnação) – daí aludir-se a um *efeito caducante* –, os actos afectados por uma ilegitimidade meramente invalidante necessitam de ser objecto de impugnação – a determinar a referência a um *efeito simplesmente viciante*. Cf. CASSETTA, *Compendio...*, cit., p. 338; MATTARELA, «Il Provvedimento...», cit., pp. 739 e s. (equacionando a transposição desta perspectiva para a relação entre regulamento e acto administrativo a pp. 891 e s.).

⁶⁷⁵ Sobre este fenómeno, cf., *supra*, Parte I, 2.5 e 3.3..

Sem que nos identifiquemos com a posição de Wehr (pontualmente intransponível para o direito português), consideramos acertada a ideia de que, em princípio, não existe uma necessária “contaminação” da validade do acto administrativo pela invalidade do regulamento: o acto estará inquinado na medida em que atente contra um dos elementos do bloco da juridicidade a que se encontre adstrito. Nestas hipóteses, a invalidade do acto é própria e não derivada, encontrando-se, no plano das consequências jurídicas, o acto ferido de nulidade ou anulabilidade, consoante esteja compreendido no *Tatbestand* dos artigos 133.º ou 135.º do CPA, respectivamente. Dizendo de outra forma, a avaliação da validade do acto administrativo (e da sua consequência jurídica) carece de um juízo em que se estime se o acto em causa padece de algum vício (por violação de qualquer um dos elementos do bloco da juridicidade a que está vinculado), com abstracção do facto de o mesmo observar (*beachten*) ou se conformar com um regulamento inválido⁶⁷⁶.

Uma solução diversa apenas parecerá defensável para os casos em que, por força do conteúdo do regulamento, este constitui o fundamento e o pressuposto necessários da prática e/ou do conteúdo do acto administrativo, que, na sua ausência, não seria praticado ou teria conteúdo diverso: pense-se, *v. g.*, em todos os regulamentos proibitivos (ilegais) e nos actos administrativos que aplicam as sanções associadas a essas proibições; ou também em regulamentos (inconstitucionais) que criam impostos (ou contemplam inovatoriamente um dos seus elementos essenciais) e nos respectivos actos de liquidação⁶⁷⁷. Nestas situações, o acto só existe (ou só existe naqueles termos) porque foi pré-determinado pelo regulamento administrativo.

Ainda assim, importa frisar três particularidades.

Em primeiro lugar, e prosseguindo nos exemplos apontados, a invalidade das normas proibitivas implica que os actos sancionatórios estejam feridos de um vício determinante da nulidade, nos termos da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA, porquanto passam a ter um objecto (imediato) juridicamente impossível (sanção de

⁶⁷⁶ A esta posição não se revelará alheio o princípio da conservação dos actos: como acentua PAREJO ALFONSO (*Lecciones...*, cit., pp. 434 e s.), este princípio tanto suporta a defesa de uma interpretação restritiva do regime da invalidade dos actos administrativos, como está na base da regra da *intransmissibilidade dos vícios*.

⁶⁷⁷ Era esta a situação subjacente ao Acórdão do STA, de 10.01.2007, P. 459/06; o Tribunal pronunciou-se, contudo, pela mera anulabilidade do acto administrativo, invocando, numa argumentação confusa, que os actos administrativos inconstitucionais apenas padecem de anulabilidade [salvo quando ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos e para os efeitos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA – o que não sucedia, *in casu*], incluindo aqueles que contendam com o princípio da legalidade tributária.

comportamentos não proibidos pelo direito); os actos de liquidação de impostos cujos elementos essenciais estejam previstos em regulamento assumem-se como actos confiscatórios e, como tal, atentam contra o conteúdo essencial de um direito fundamental (o direito de propriedade), padecendo de nulidade, de acordo com a alínea *d*) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA. Em ambas as hipóteses, a invalidade do acto não reveste, em rigor, todos os caracteres que a permitiriam configurar como uma verdadeira invalidade derivada nos termos apontados (*stricto sensu*): o acto atenta directamente contra o direito e padece de invalidade, não só em virtude de haver aplicado uma norma inválida, mas, sobretudo, por ter um objecto impossível ou vulnerar o direito de propriedade privada – embora a *causa* do vício (a impossibilidade do objecto ou a violação do conteúdo essencial de um direito fundamental) resida na invalidade da norma jurídica (regulamentar) que mobilizou para a decisão do caso concreto⁶⁷⁸.

Daí que – e é esta a segunda observação –, mesmo nos casos de invalidade derivada, julgamos não poder concluir por uma contaminação automática da *consequência jurídica* da invalidade. Como concluímos anteriormente (cf., *supra*, Parte III, 3.4.3.), não existe uma consequência jurídica única para a *invalidade* do regulamento, admitindo-se (para além dos casos de inexistência ou irregularidade, que extravasam o âmbito das invalidades) a nulidade e a invalidade atípica das normas regulamentares que atentem contra um dos seus parâmetros de vinculação. Sem descurar as conexões entre norma prejudicial e acto pressuposto, não podemos negligenciar que a diversidade dos objectivos norteadores da identificação das consequências jurídicas da invalidade de actos administrativos e da invalidade de normas (em especial, de regulamentos) impede que, ainda quando se aceite uma (espécie de) “contaminação” de invalidades, se inviabilize qualquer comunicação de *sanções* da invalidade.

Em terceiro lugar, temos dúvidas de que se possa afirmar, sem mais, a invalidade de um acto de aplicação de um regulamento ferido de invalidade por força de um vício

⁶⁷⁸ Como ilustram os exemplos, esta situação não se reconduz à categoria das «invalidades comuns» (por contraposição às «invalidades exclusivas») – conceito elaborado a propósito da dogmática das invalidades contratuais (cf. Vieira de ANDRADE, *Lições...*, cit., p. 237, e Raquel CARVALHO, *As Invalidades...*, cit., pp. 263 e ss.) que traduz a “comunhão” ou “repetição” de vícios entre dois actos que se encontram numa situação de dependência ou prejudiciabilidade e que, como tal, consubstancia um tipo de *invalidade própria* (e não derivada). Tal não obsta à ocorrência desta possibilidade do âmbito das invalidades dos actos administrativos praticados em aplicação de normas regulamentares inválidas: pense-se num regulamento municipal que permitisse a expropriação de bens imóveis situados no município para fazer face às suas dificuldades financeiras e no acto de declaração de utilidade pública de um prédio, praticado em execução daquele regulamento.

formal, ainda que tal regulamento constitua a causa da prática ou do conteúdo daquele acto⁶⁷⁹. Pondere-se o caso paradigmático dos regulamentos cuja única invalidade decorra da ausência de citação da lei habilitante. Considere-se um regulamento municipal de taxas pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas, cujo único vício consiste na não citação das normas habilitantes [artigos 6.º, n.º 1, alínea *a*), do *Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais*⁶⁸⁰, e 116.º do RJUE]: parece-nos excessivo entender ferido de invalidade o acto administrativo de liquidação das taxas. Podem agitar-se questões delicadíssimas não apenas da perspectiva da tutela da confiança e da boa fé dos particulares, mas também da salvaguarda dos interesses públicos cristalizados num acto que, não fora o facto de ser determinado (na sua prática ou no seu conteúdo) por um regulamento (com cobertura legal) que não contém a identificação das normas habilitantes, não se encontra maculado por qualquer causa de invalidade.

Independentemente das observações precedentes, julgamos que, nos casos (restritos) em que a invalidade do regulamento influa sobre a (in)validade do acto, não é necessária a prévia declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade das normas para a afirmação da invalidade do acto administrativo de aplicação. Como vimos, mesmo nas situações em que a invalidade do regulamento se configure como uma invalidade atípica (escapando à consequência da nulidade), a pronúncia dessa invalidade assume sempre natureza declarativa e não constitutiva. Esta posição não atíça dúvidas perante a apreciação *jurisdicional* da legalidade do acto administrativo: os tribunais estão sempre vinculados a apreciar a validade das normas que convocam para a decisão dos casos e a desaplicar as normas inválidas, pelo que, deparando-se com um pedido impugnatório relativo a um acto administrativo dependente de um regulamento inválido, terão de aferir a respectiva invalidade como se aquele não existisse⁶⁸¹. Naturalmente, as dificuldades avolumam-se quando a avaliação da validade do acto ocorra no âmbito das garantias *administrativas*, reconduzindo-se agora o problema à questão (que nos vem ocupando) da recusa de aplicação de regulamentos inválidos pela Administração, admitindo-se a invalidação do

⁶⁷⁹ Também SANDULLI (*Il Procedimento...*, cit., p. 332, n. 60), que parte do princípio segundo o qual a invalidade do acto pressuposto implica inevitavelmente, como seu reflexo, a invalidade do acto consequente (“o contrário – afirma o Autor – seria inconciliável com a sua essência de pressuposto”), acaba por concordar que esta conclusão carece sempre de uma análise do tipo de vícios que afectam o acto prejudicial e da função que estes desempenham.

⁶⁸⁰ Aprovado pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 117/2009, de 29 de Dezembro.

⁶⁸¹ Para posição similar se inclinava, a propósito dos actos administrativos de aplicação de leis inconstitucionais, Rui MEDEIROS, *A Decisão...*, cit., p. 630.

acto pelo órgão se estiverem preenchidas as condições objectivas e subjectivas do exercício da competência de desaplicação⁶⁸².

II. A compreensão da recusa de aplicação como um poder-dever⁶⁸³ do decisor surge suportada pelos fundamentos do sistema jurídico. Na verdade, as ponderações normativo-axiológicas e a defesa de eventuais interesses públicos (e privados), que virtualmente poderiam justificar uma (re)avaliação da decisão de recusar ou não recusar, encontram-se já salvaguardadas pelas condições (sobretudo, objectivas) colocadas ao exercício da competência de recusa de aplicação. Quando uma norma regulamentar padece de invalidez e estão verificadas as condições objectivas e subjectivas que habilitam o órgão a recusar a sua aplicação, com fundamento na respectiva invalidez, este tem o dever de a rejeitar no caso concreto. Por um lado, tem aqui total cabimento a percepção da assimetria entre os direitos dos particulares e os poderes da Administração: é que estes últimos não constituem expressão da liberdade, ancorada na autonomia da vontade, mas antes representam vinculações competenciais administrativas⁶⁸⁴, em coerência com a ideia de irrenunciabilidade da competência, que vincula os órgãos a exercê-la (cf. artigo 29.º do CPA)⁶⁸⁵. Por outro lado, aquela ideia afasta a existência de discricionariedade em matéria de recusa de aplicação, porquanto, a partir do momento, em que se verificam os pressupostos de que depende o exercício desta competência, não há lugar a quaisquer ponderações por parte do órgão decisor. Finalmente, neste sentido concorrem as exigências subjacentes ao princípio da igualdade e da segurança jurídica, que postulam um tratamento o mais uniforme possível das situações de recusa de aplicação – algo apenas alcançável através da imposição de um dever, não deixando o exercício da competência em causa na discricionariedade do decisor.

O que permite arredar posições, como as que defendem a possibilidade de a Administração escolher, *nesta altura*, entre a suspensão da aplicação da norma (ou a não

⁶⁸² Cf., porém, as posições não coincidentes, entre nós defendidas por P. Delgado ALVES, «O Novo Regime...», cit., pp. 103 e ss., e por M. Lemos PINTO, *Impugnação...*, cit., pp. 358 e s., ambos a propósito da invalidez de actos administrativos de aplicação de regulamentos ilegais.

⁶⁸³ Obviamente, não estamos a defender uma assimilação deste poder-dever com os poderes-deveres civis, nem a identificá-lo com a simples obrigação de prosseguir o interesse público, imposta à actuação dos agentes administrativos. Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 41.

⁶⁸⁴ Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform...», cit., p. 19.

⁶⁸⁵ Sobre o princípio da irrenunciabilidade da competência, cf., por todos, M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 191 e ss., anotação ao artigo 29.º.

aplicação provisória da norma) e a recusa de aplicação⁶⁸⁶. Se admitimos, no quadro do princípio da necessidade, a ponderação entre a recusa de aplicação e a suspensão do procedimento decisório para desencadeamento do procedimento tendente à declaração administrativa da ilegalidade da norma (cf., *supra*, 2.1.6., I), também concluímos que tal ponderação constitui um dos passos a dar no caminho da descoberta da existência (ou não) dos condicionalismos objectivos que permitem a desaplicação. A partir do momento em que se conclua que o juízo de proporcionalidade aponta no sentido da possibilidade de o órgão decisor solucionar o caso sem a mediação da norma em crise, tal denota que se encontram reunidos os condicionalismos da recusa de aplicação; o juízo sobre a possibilidade da suspensão do procedimento não é contemporâneo (mas anterior) à afirmação da existência do poder de recusa de aplicação, não se verificando uma relação de *alternatividade coeva* entre ambas as soluções, mas de mútua exclusão.

O facto de a reflexão sobre o reconhecimento da competência de recusa de aplicação pressupor a intervenção dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática não contende com esta conclusão. Sem prejuízo de ulteriores considerações sobre o relacionamento entre estes princípios e o controlo da decisão de recusa de aplicação (cf., *infra*, 4.3.), para já basta acentuar que a afirmação da vinculatividade, que para o decisor assume o poder-dever de recusar a aplicação das normas regulamentares inválidas, ocorre num momento logicamente posterior ao funcionamento daqueles princípios: os juízos de proporcionalidade e concordância prática visam a aquilatação da existência e do sentido do exercício da competência de rejeição; só após uma resposta positiva dada às exigências de sentido subjacentes àqueles princípios, se pode erigir um dever de recusa de aplicação, pois só então também se conhecem o *an* e o *quomodo* do respectivo exercício. Se o quisermos dizer invocando as palavras de Castanheira Neves⁶⁸⁷, “o jurista em geral *só* pode decidir *contra legem*, se não puder deixar de o fazer, se o *dever fazer*”.

A consideração de que a competência de recusa de aplicação com fundamento em invalidez constitui um poder-dever ou uma competência vinculada do órgão decisor revela-se ainda consonante com a afirmação da centralidade da ideia de «responsabilidades

⁶⁸⁶ Parecendo inclinar-se neste sentido, a propósito da desaplicação de leis inconstitucionais (a pressupor uma não aplicação provisória da norma para aguardar uma decisão do Tribunal Constitucional sobre a respectiva inconstitucionalidade), Ana Cláudia GOMES, *O Poder...*, cit., pp. 337 e s. (embora a Autora acabe por concluir que, em certos casos, a suspensão se possa volver numa medida mais gravosa que a rejeição da lei).

⁶⁸⁷ Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto...*, cit., p. 559, louvando-se em Reichel, que faz afirmação idêntica mas apenas relativamente ao juiz.

da Administração» no Direito Administrativo: as competências e os poderes de acção conferidos aos órgãos administrativos estão contrabalançados ou equilibrados pelas responsabilidades que lhes são cometidas⁶⁸⁸. Os conceitos agora mobilizados reconduzem-se à responsabilização e à responsabilidade da Administração (*Verantwortung* e *Verantwortlichkeit*, *Responsiveness* e *Accountability*⁶⁸⁹): como enfatiza a doutrina germânica, a responsabilidade segue a competência, assumindo-se como complemento desta última⁶⁹⁰. A ideia de responsabilidade da Administração pela juridicidade material das suas actuações nem sempre constituiu objecto de merecido destaque, em virtude de uma concepção de tutela da legalidade administrativa centrada (senão exclusiva, pelo menos preferencialmente) nos tribunais⁶⁹¹; daí que apenas mais recentemente se venha tematizando o auto-controlo (administrativo) como elemento decisório (*Selbskontrolle als Entscheidungselement*), enquanto corolário da ideia segundo a qual a responsabilidade é actuada através do controlo⁶⁹².

Esta concepção possui alguns reflexos da actual perspetivação da responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos e agentes no âmbito da ética (profissional), colocando-se a tônica na dialéctica entre ética e responsabilidade, consonante com a introdução de valores no interior da organização administrativa. Tal concepção, projectada numa especial «moldura institucional» (*institutional framework*), acaba por fortalecer a actuação segundo os parâmetros de validade das decisões e a favor do interesse público⁶⁹³, permitindo compreender que a atribuição legal de uma competência a um órgão subordina este ao dever de actuar em conformidade com o direito e interesse público⁶⁹⁴. Além das evidentes consequências que tal implica da óptica do combate à corrupção, a nova filosofia ou cultura que aqui se entrevê acaba por moldar uma renovada mentalidade do titular do órgão, que, como principiámos por sublinhar (cf., *supra*, 1.3.), não pode (nem deve) demonstrar uma atitude passiva no desempenho da função administrativa (ultrapassando, também no dia-a-dia das actuações, a intelecção desta função como mera execução –

⁶⁸⁸ Cf. também SCHMIDT-ASSMANN, «Cuestiones...», cit., p. 83.

⁶⁸⁹ V. STEWART, «US Administrative Law...», cit., p. 75.

⁶⁹⁰ Cf., v. g., WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., pp. 157 e 155, respectivamente.

⁶⁹¹ Assim, SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 223, aludindo às consequências da *Gerichtszentriertheit* como causa da ausência de registo das potencialidades do direito do procedimento administrativo, enquanto garantia autónoma da juridicidade da acção da Administração.

⁶⁹² WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., p. 162.

⁶⁹³ Cf. ARGYRIADES, «Good Governance...», cit., pp. 164 e ss..

⁶⁹⁴ Cf. também WEHR, *Inzidente Normverwerfung...*, cit., pp. 157 e s., que, neste sentido, se refere ao *Pflichtencharakter* da competência.

aplicação, no seu sentido mais redutor – da lei), mas, pelo contrário, vela activamente pela prossecução última do interesse público. Ora, a definição dos limites (organizatórios) da competência de recusa de aplicação de normas regulamentares com fundamento em invalidez – reservada a órgãos superiores da Administração ou a autoridades que, pela especificidade das funções que desempenham, gozam de um especial estatuto – incute nos respectivos titulares um desígnio de reforço de poderes, o qual lhes confere um maior empenho na prossecução dos interesses públicos e a consciência da responsabilidade pela adopção das decisões que melhor os sirvam, com respeito pela juridicidade administrativa.

Quando admissível, o exercício da competência de recusa de aplicação corresponde, em última análise, ao respeito pelo princípio da racionalidade⁶⁹⁵ e ao cumprimento de um dever de boa administração (a cuja observância os cidadãos têm direito, inclusive, por força do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁹⁶), que exigem uma Administração inteligente, reflexiva, crítica, atenta à legalidade, tendo em conta que “boa-administração é sinónimo de justa administração”⁶⁹⁷ e que a atribuição de competências implica a subordinação a determinados deveres de *agere*⁶⁹⁸.

Para além das consequências *objectivas* associadas à invalidez da actuação jurídica adoptada em conformidade com a norma regulamentar viciada (que apreciamos no ponto anterior), o incumprimento deste dever importa consequências *subjectivas*, *i.e.*, incidentes sobre o decisor faltoso: a responsabilidade.

O facto de estar em causa a violação de um dever impõe o apelo ao instituto da responsabilidade civil do decisor e da entidade pública que integra, para fazer face aos prejuízos decorrentes da aplicação indevida de uma norma regulamentar inválida⁶⁹⁹. Os principais óbices que aqui identificamos residem na avaliação dos requisitos da responsabilidade civil, em especial da culpa do titular do órgão – aspecto não apenas relevante para a afirmação do direito à indemnização dos danos do lesado (cuja emergência

⁶⁹⁵ Cf. Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 374.

⁶⁹⁶ Sobre o princípio da boa administração como princípio de Direito Administrativo Europeu, sem deixar de tematizar a respectiva subjectivização em consequência da Carta, cf. Suzana Tavares da SILVA, *Direito...*, cit., pp. 27 e ss..

⁶⁹⁷ Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., p. 146.

⁶⁹⁸ Cf. Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 198 e ss..

⁶⁹⁹ Os quais não se identificam com os danos emergentes da emissão do regulamento inválido (indemnizáveis em sede de responsabilidade civil extracontratual da entidade a que pertence o órgão que emanou esse regulamento).

carece, no mínimo, da culpa leve do titular do órgão⁷⁰⁰), mas também da determinação da existência de direito de regresso da pessoa colectiva pública em que o decisor se integra. A questão equaciona-se em virtude de os juízos pressupostos pela recusa de aplicação assumirem contornos de complexidade e dificuldade não acessíveis a todos os titulares dos órgãos, não obstante os cuidados que empregámos na identificação das condições subjectivas.

Neste horizonte, são pensáveis dois tipos de hipóteses: aquelas em que o órgão nem sequer se apercebeu da invalidade da norma regulamentar e aquelas em que se pode afirmar ter existido uma decisão consciente no sentido de não recusar a aplicação (casos em que houve, no mínimo, um juízo sobre a validade da norma ou, no máximo, um juízo de ponderação efectuado ao abrigo dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, embora um deles houvesse sido erroneamente efectuado). Em qualquer das hipóteses, a culpa do titular do órgão há-de aferir-se em função da diligência e aptidão razoavelmente exigidas a um titular de órgão zeloso e cumpridor, em face das circunstâncias do caso (cf. artigo 10.º, n.º 1, do RRCEE)⁷⁰¹. Podem, por isso, ocorrer casos de *erro desculpável*⁷⁰², em que, tendo embora actuado com a diligência devida, o decisor errou quanto à validade da norma ou quanto à verificação das condições objectivas e subjectivas do exercício da recusa de aplicação.

A situação complexifica-se, agora no plano exclusivo da responsabilidade *pessoal* do decisor, sempre que a aplicação do regulamento inválido consubstanciar um tipo de ilícito penal. Já tivemos oportunidade de aludir a esta questão no contexto particular da hierarquia administrativa, bem como no ponto relativo à relevância do vício para o juízo da recusa de aplicação. Parecem-nos transponíveis para este momento, *mutatis mutandis*, as conclusões então tecidas: se a observância do regulamento inválido implicar a prática de um crime pelo funcionário, não deverá ser mobilizado para a resolução do caso concreto, sob pena de o decisor incorrer em responsabilidade penal; tal apenas não acontecerá se este

⁷⁰⁰ Aspecto que, todavia, o n.º 2 do artigo 10.º do RCEE facilita, ao presumir a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos, remetendo para a Administração o ónus de provar a não verificação do pressuposto da culpa.

⁷⁰¹ Como clarificava BACHOF («Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...», cit., pp. 18 e 24), no horizonte do problema da rejeição de leis inconstitucionais pela Administração, quanto maiores as responsabilidades do órgão, maiores serão os seus conhecimentos e, por conseguinte, mais forte o «dever de cuidado» ou o «dever de exactidão» (*Sorgfaltspflicht*) que aquele deve ter na avaliação da validade das normas jurídicas aplicandas.

⁷⁰² Sobre esta causa de exclusão da culpa no âmbito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, cf. Paulo OTERO, «Causas...», cit., p. 976; M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Responsabilidade...*, cit., p. 29.

beneficiar de uma causa de exclusão da culpa – a obediência indevida desculpante, aqui convocada a título analógico⁷⁰³, de molde a extrair do artigo 37.º do Código Penal uma regra segundo a qual age sem culpa o funcionário que aplica uma norma jurídica inválida, aplicação essa que conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas. Uma solução alternativa será a recondução desta hipótese à de erro sobre a ilicitude dos factos, nos termos do artigo 17.º do Código Penal, segundo o qual “age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável”⁷⁰⁴.

Algumas reflexões merece, de igual modo, a responsabilidade disciplinar. Embora, como acabámos de salientar, a não desaplicação de uma norma regulamentar inválida, quando se encontrem reunidas as condições objectivas e subjectivas para tal, corresponda à violação de um dever funcional que impende sobre o órgão decisor, pode suceder que, *in concreto*, não fosse exigível ao titular do órgão o conhecimento de todo este circunstancialismo. Todavia, neste cenário, o legislador permite a exclusão da responsabilidade disciplinar ou a atenuação da sanção: além de se poder admitir o funcionamento de uma circunstância dirimente [a não exigibilidade de conduta diversa – cf. artigo 21.º, alínea *d*), do ED], apresenta-se igualmente invocável, por analogia, a existência de uma circunstância atenuante especial (a observância, bem intencionada, de um regulamento administrativo – cf., *mutatis mutandis*, artigo 22.º, alínea *e*), do ED]⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Recorde-se que a proibição da analogia em direito penal não afecta as causas de justificação ou de exclusão da culpa, quando o recurso àquele expediente tem por efeito o alargamento do respectivo campo de incidência – nestes termos, Figueiredo DIAS, *Direito...*, cit., p. 193. *V.*, porém, as observações cuidadosas (da perspectiva do programa político-criminal) tecidas por Faria COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 144 e s..

⁷⁰⁴ Perfilhando esta posição, no contexto do problema da aplicação indevida de leis inconstitucionais, A. Salgado de MATOS, *A Fiscalização...*, cit., pp. 449 e s.. Esta solução pode não conduzir exactamente aos mesmos resultados que a aplicação analógica do artigo 37.º do Código Penal: pense-se, *v. g.*, na posição de Figueiredo DIAS (*Direito...*, cit., pp. 647, 649 e s.), para quem o artigo 37.º contém um regime especial do erro sobre a ilicitude face ao que decorre do artigo 17.º, estreitando, nos termos apontados pelo Autor, o âmbito da censurabilidade da falta de consciência do ilícito e alargando, correspondentemente, o âmbito da desculpa.

⁷⁰⁵ Alertamos para o facto de as duas soluções propostas não se equivalerem: enquanto a inexigibilidade de conduta diversa constitui uma causa de exclusão da culpa (que, por conseguinte, afasta a responsabilidade disciplinar), a observância, de boa fé, de um regulamento administrativo consubstancia uma simples circunstância de atenuação da sanção disciplinar. Efectuando esta diferenciação entre o funcionamento dos artigos 21.º e 22.º do ED, cf. Paulo Veiga e MOURA, *Estatuto...*, cit., pp. 121 e ss. (esp.^{te} pp. 122 e 125, sobre os preceitos referidos no texto).

5. Justicialização: o controlo jurisdicional da (recusa de) aplicação de regulamentos pela Administração

O excursão até agora empreendido sobre a recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez só ficaria completo com a referência aos mecanismos jurisdicionais de controlo das actuações inválidas da Administração neste domínio. Está agora em causa a submissão à Justiça Administrativa quer das decisões em que o órgão administrativo mobilizou (legítima ou ilegitimamente) uma norma regulamentar inválida para a resolução do caso concreto, quer da própria recusa de aplicação. Não se estranhará, portanto, que a matéria relativa à justicialização se encontre entretecida com o ponto relacionado com as patologias, embora não se circunscreva a elas. No fundo, trata-se, neste momento, de aludir ao controlo jurisdicional das decisões de casos concretos (*scilicet*, dos actos administrativos) em que uma ou mais normas regulamentares surgem como candidatos positivos à solução jurídica do problema em causa. Esta consideração implica que o controlo jurisdicional da (recusa de) aplicação de regulamentos no âmbito da prática de actos administrativos se efectue, por excelência, no contexto da acção administrativa especial: os sujeitos com legitimidade processual activa pretenderão impugnar o acto administrativo (inválido) e, eventualmente, cumular este pedido com a condenação à prática do acto [cf. artigos 46.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), 47.º, n.º 2, alínea *a*), do CPTA]⁷⁰⁶.

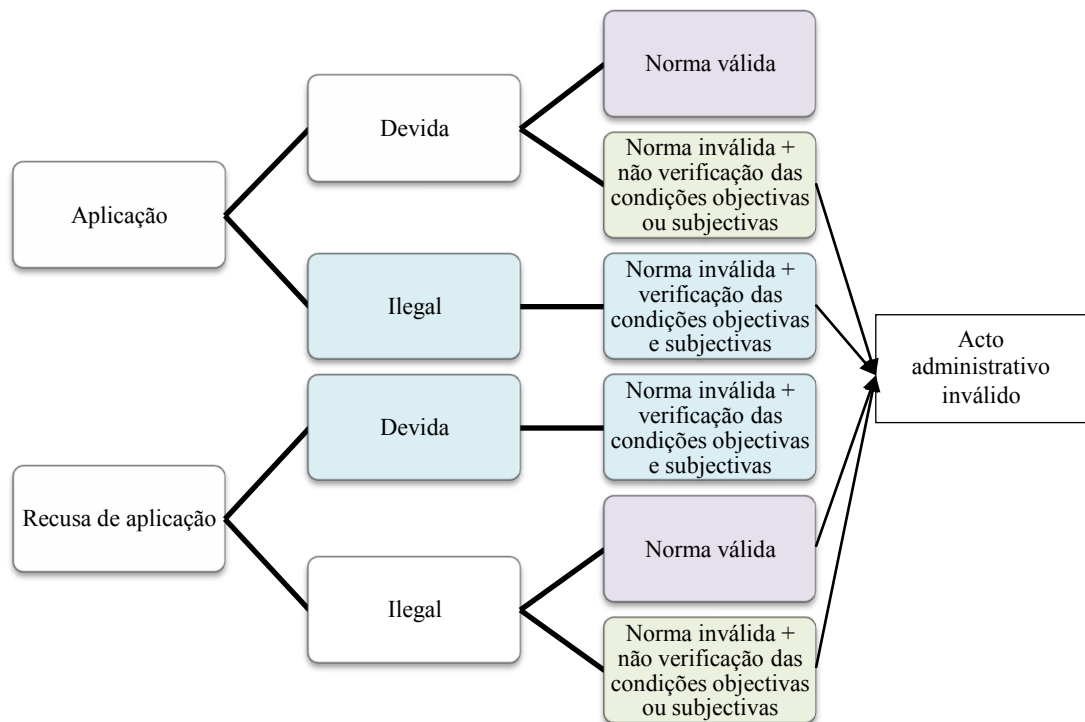
Alertamos, porém, para a circunstância de, neste ponto, nos debruçarmos apenas sobre as especificidades que o recurso aos tribunais administrativos suscita no âmbito da questão particular de que nos ocupamos. Esta temática pressupõe um desenvolvimento em três andamentos, determinando, sucessivamente, quais os elementos densificadores da causa de pedir (5.1.), quais os poderes de cognição do juiz (5.2.) e qual o conteúdo e os efeitos das sentenças (5.3.).

5.1. Causa de pedir

Uma vez que elegemos a prática de actos administrativos como o campo privilegiado da recusa de aplicação de regulamentos, não surpreenderá que a causa do

⁷⁰⁶ Também não se descarta a possibilidade de convocação dos processos urgentes – *v. g.*, contencioso eleitoral (por exemplo, se se tratar de um regulamento atinente à organização de cadernos eleitorais) ou intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (se o regulamento contender com o exercício destes direitos). Note-se, porém, que, no horizonte em que nos movemos, o recurso a estes processos não encerrará especificidades muito mais significativas que aquelas que assinalaremos a propósito da acção administrativa especial.

recurso aos tribunais reside na *invalidade* de tais actos. Tal invalidade, porém, não se reconduz – como, aliás, principiámos por anunciar – apenas às patologias identificadas no ponto anterior (aplicação e recusa de aplicação ilegais de regulamentos pela Administração), mas vai para além delas. A complexidade dos casos susceptíveis de se equacionarem neste horizonte estimula o surgimento de uma panóplia de situações – eis o que pretendemos ilustrar no seguinte quadro sinóptico:



Em qualquer das hipóteses (recusa ou aplicação ilegais), as invalidades do concreto acto administrativo (que afasta ou mobiliza a norma regulamentar) decorrem de dois factores: *deficiente avaliação da validade da norma regulamentar e errado juízo sobre a verificação das condições objectivas e/ou subjectivas de que depende o exercício da competência de recusa de aplicação*. Todavia, e para além das duas patologias encontradas (aplicação e recusa de aplicação indevidas), surge agora uma terceira situação, respeitante à *aplicação devida de norma regulamentar inválida*. Repare-se, porém, na diferença entre as situações patológicas e aquela a que nos referimos neste momento: se, nas duas primeiras hipóteses, a invalidade do acto administrativo traduz, desde logo, uma defeituosa

conduta do órgão decisor⁷⁰⁷, o mesmo não sucede na última delas; efectivamente, ainda que haja concluído que o regulamento padecia de uma causa de invalidez, o órgão (legitimamente) mobilizou-o para a decisão do caso concreto, em virtude de não se encontrarem reunidas as condições objectivas e subjectivas do exercício da competência de recusa de aplicação (pense-se, *v. g.*, na hipótese de a causa de invalidez assumir natureza meramente formal – ausência de citação da lei habilitante – e, nessa medida, o juízo de proporcionalidade não consentir na recusa de aplicação; ou ainda na situação em que um órgão de um instituto público se vê compelido a convocar uma norma regulamentar governamental inválida para a decisão do caso, por não ter competência para a afastar, apesar do vício que a afecta). Neste caso, e não obstante a irrepreensível conduta do decisor, o acto administrativo poderá padecer de uma invalidez, em virtude de a observância do regulamento *inválido* implicar, por parte da decisão, um atentado à Constituição, à lei ou a qualquer dos elementos constantes do «bloco da juridicidade» a que se encontra adstrito (em termos idênticos aos que apreciamos, *supra*, 4.2., I).

5.2. Poderes de cognição do juiz

A complexidade da matéria adensa-se quando perspectivamos o problema do âmbito dos poderes de cognição do juiz. Se o juízo sobre a validade da norma regulamentar não comporta, nesta sede, quaisquer problemas, idêntica consideração se não pode efectuar quanto à avaliação da existência de um poder-dever de recusa de aplicação. A circunstância de a verificação do cumprimento das condições *objectivas* do exercício da competência de recusa de aplicação relevar de um juízo que articula proporcionalidade e concordância prática torna imperativa a correcta (mas difícil e exigente⁷⁰⁸) delineação dos momentos vinculados da decisão (e, como tais, susceptíveis de reapreciação judicial). A questão coloca-se em virtude de a densificação dogmática daqueles princípios (*maxime*, do princípio da proporcionalidade) acentuar amiúde que o respectivo funcionamento pressupõe uma margem de escolha por parte do decisor⁷⁰⁹, conduzindo o tribunal a uma

⁷⁰⁷ Que considerou inválida uma norma regulamentar que não padecia de qualquer vício; ou que aplicou uma norma regulamentar, não se apercebendo da sua invalidez; ou ainda que tomou por cumpridas as condições objectivas e subjectivas da recusa de aplicação, quando tal, *in concreto*, não acontecia.

⁷⁰⁸ Acentuando também as dificuldades da separação entre fiscalização da proporcionalidade e o controlo do mérito da decisão, cf. M. Esteves de OLIVEIRA/Pedro GONÇALVES/Pacheco de AMORIM, *Código...*, cit., pp. 104 e s., comentário VII ao artigo 5.º sobre a exigência postulada pelo controlo jurisdicional da proporcionalidade, *v. CHAPUS, Droit...*, tomo 1, cit., p. 1074.

⁷⁰⁹ Cf., *v. g.*, Vitalino CANAS, «Proporcionalidade...», cit., pp. 616 e s..

penetração significativa na reconstrução do juízo valorativo da Administração⁷¹⁰, sem que, com isso, se assista a uma invasão da esfera própria do exercício da função administrativa (numa palavra, do mérito). De facto, e em geral, o princípio da proporcionalidade (e também o princípio da concordância prática) funciona como uma limitação (como que) *negativa* à acção administrativa, a qual, por não implicar um controlo substancial da *conveniência* dos actos, não determina a dissolução da discricionariedade⁷¹¹. Operando a escolha da melhor solução possível para o interesse público⁷¹² no interior das fronteiras delineadas pelos princípios jurídicos, a discricionariedade – a reserva da Administração – só intervém perante medidas que cumpram as exigências de sentido subjacentes àqueles princípios⁷¹³. A este propósito, revela-se, aliás, sintomática a evolução do *principle of reasonableness* do direito britânico, cedo concebido como limite à *discretion* administrativa: desde que a medida adoptada pela *public authority* se contenha nos limites desenhados por aquele princípio, não pode o juiz ir para além deles e apreciar o respectivo mérito intrínseco⁷¹⁴.

⁷¹⁰ Assim, a propósito do princípio da proporcionalidade, SANDULLI, *La Proporzionalità...*, cit., p. 400; daí que o Autor acabe por concluir por uma transformação das relações dicotómicas entre legitimidade e mérito, com a redução do âmbito do segundo termo do binómio e a transformação do papel do juiz (chamado à justa ponderação dos interesses em presença), viabilizando a intervenção de considerações ligadas à eficiência e economicidade da acção administrativa, tradicionalmente enquadradas no mérito da decisão – o que, por consequência, conduz à diminuição das áreas imunes à sindicância jurisdicional e impõe ao juiz uma auto-contenção no controlo das decisões administrativas à luz do princípio da proporcionalidade, de molde a não ultrapassar os limites decorrentes da sua função e, concomitantemente, os que decorrem do princípio da separação de poderes (*Op. cit.*, pp. 401 e ss.; cf. também a síntese conclusiva da p. 406).

⁷¹¹ Cf. Rogério SOARES, «Princípio...», cit., p. 191.

⁷¹² V. Rogério SOARES, *Direito...*, cit., pp. 69 e s., 85, enfatizando que, da perspectiva do agente, a discricionariedade não lhe permite optar, indiferenciadamente, por uma entre várias soluções possíveis, mas é encarregado, pela sua especial posição, de encontrar *a melhor solução possível*, que equivale a uma única. Somente esta perspectiva permite a sindicância *administrativa* do mérito da decisão; v. ainda Rogério SOARES, *Interesse...*, cit., pp. 140 e ss.. Cf. também Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., p. 374.

⁷¹³ Neste sentido, e pensando agora no princípio da proporcionalidade, a discricionariedade só existe perante medidas que, sendo adequadas e necessárias, passem o teste da proporcionalidade em sentido estrito. A escolha da medida a adoptar no caso concreto releva de um espaço de conformação do órgão administrativo, não podendo o juiz substituir a sua opção à da Administração; ao tribunal não caberá determinar qual *a melhor medida* para atingir o fim, mas apenas avaliar se a escolhida pelo agente não é desproporcional para a satisfação desse mesmo fim.

⁷¹⁴ Sobre esta matéria, v. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 351 e ss.; CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 532 e s., 615 e ss.. Repare-se que, em determinados momentos, o *principle of reasonableness* (também designado como *Wednesbury doctrine*, em homenagem ao respectivo *leading case*) parece possuir um alcance mais amplo e mais aberto que o *principle of proportionality* (cuja emergência no ordenamento britânico se deveu à pressão jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e às exigências postuladas pelo *Human Rights Act*, de 1998), não só porque, sob certas perspectivas, abrange a proibição do arbítrio, como também pelo facto de, para alguns, a intervenção da *proportionality* na *judicial review* dos *discretionary powers* pressuporia uma inadmissível substituição do juízo judicial ao empreendido pela autoridade pública, na medida em que admite uma intromissão nos balanços de ponderação custos/benefícios. A jurisprudência não manifesta, porém, uma posição unânime: se já se argumentou no sentido de que os testes realizados por ambos os princípios conduzem a resultados práticos idênticos, também

Assim, se é certo que o funcionamento do princípio da proporcionalidade pressupõe a existência de vários meios ao dispor da Administração, a respectiva selecção está vinculada ao respeito pelos vários testes contidos naquele e, enquanto tal, revela-se susceptível de fiscalização jurisdicional; só fará sentido aludir a um poder discricionário do órgão decisor se, em concreto, e após a realização do juízo de proporcionalidade, ainda ficar à disposição da Administração um conjunto de medidas (respeitadoras daquele princípio), entre as quais aquela ainda puder seleccionar, orientada pela escolha da melhor solução possível para o interesse público – apenas esta última opção se revela *infungível*, no sentido de que apenas efectuável pelo órgão administrativo e insusceptível de repetição pelo juiz. E com esta observação não pretendemos recuperar uma qualquer ideia de coincidência entre juridicidade e justiciabilidade, pois que tal perspectiva equivaleria à ignorância de toda a evolução adquirida em sede de compreensão da discricionariedade administrativa, ela própria uma actividade subordinada ao direito, cujo alcance decorre de uma adequada visão do princípio da separação de poderes, o qual postula uma repartição entre Administração e tribunais dos poderes de realização do direito no caso concreto⁷¹⁵; em total consonância com esta última ideia, trata-se antes de sublinhar que, mesmo nos momentos vinculados, existem espaços de valoração que não correspondem ao exercício de poderes discricionários (visto não estarem em causa poderes de conformação ou de autodeterminação próprios da Administração) e, como tal, se revelam susceptíveis de reapreciação jurisdicional⁷¹⁶.

Convocando as considerações precedentes para o problema que nos ocupa, com facilidade se conclui pela congruência entre a afirmação do carácter vinculado da recusa de aplicação (como tal, submetida a reexame dos tribunais administrativos) e a respectiva sujeição aos princípios da proporcionalidade e da concordância prática. Efectivamente, e ao contrário do que sucede com as actuações discricionárias, a recusa de aplicação com fundamento em invalidez não representa (nem pode representar) uma escolha orientada

se defendeu a cumulação interactiva dos testes da *reasonableness* e da *proportionality* (com o limite da impossibilidade de controlo do mérito e da substituição da decisão administrativa pela decisão jurisdicional), bem como a absorção recíproca de ambos os princípios, convergindo para a *proportionality* (WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 364 e 366 e s.; CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 613 e s.). Para um confronto entre *proportionality* e *reasonableness*, cf. WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, cit., pp. 366 e ss.; CRAIG, *Administrative Law*, cit., pp. 635 e ss.. Numa perspectiva jus-comparatística, v. PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., pp. 34 e ss.

⁷¹⁵ Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 390 e s..

⁷¹⁶ Destrinçando entre os juízos de proporcionalidade e de oportunidade, cf. PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., pp. 151 e s.. Cf. também STECK, *La Contribution...*, cit., pp. 416 e ss. (agora a propósito do controlo normativo).

por critérios de oportunidade e mérito: por um lado, só é de autorizar a recusa de aplicação, quando esta cumpra os requisitos inerentes ao princípio da proporcionalidade e na medida consentida pelo princípio da concordância prática; por outro lado, uma vez respeitadas as exigências de sentido pressupostas por estes princípios, encontra-se o órgão administrativo vinculado a recusar a aplicação da norma regulamentar inválida; ou, se se preferir, a partir do momento em que estejam cumpridos os requisitos jurídicos da admissibilidade do exercício da competência de recusa de aplicação, esta constitui a única medida juridicamente viável para a decisão do caso concreto.

Assim, é a natureza vinculada do juízo de recusa de aplicação que vai permitir o seu reexame pelo juiz e, por conseguinte, um controlo total pelos tribunais. Trata-se de mais uma consequência da natureza *excepcional* do exercício da competência *administrativa* de recusa de aplicação, em confronto com a *regra* da apreciação *jurisdicional* da validade das normas jurídicas.

A afirmação deste poder de reexame judicial do exercício da competência de rejeição não significa, contudo, que exista uma identidade entre a recusa de aplicação de regulamentos pelos tribunais e pela Administração – como, aliás, resulta de todas as considerações tecidas até ao momento. Entre ambas intercede a diversidade da *intensio* que preside às funções estaduais que polarizam, aspecto que afecta a própria concretização do juízo de proporcionalidade: enquanto o órgão administrativo é chamado a prosseguir fins públicos, através de uma actividade, na qual emergem as particularidades e as circunstâncias do caso (pressupostos essenciais aos fins da legitimidade da acção administrativa), constituindo o juízo da proporcionalidade um passo desse *iter*, o tribunal limita-se a examinar o acto final do procedimento, avaliando em que medida este último cumpre as respectivas vinculações jurídicas⁷¹⁷. Além disso, mas articulando com esta observação, as diferentes posições ocupadas pelo decisor administrativo e pelo juiz reflectem-se na diversidade dos momentos em que ambos se pronunciam sobre o reconhecimento, em concreto, da possibilidade do exercício da competência de recusa de aplicação: se órgão administrativo dilucida o problema da recusa de aplicação antes da decisão do caso concreto, o controlo judicial ocorre *a posteriori* (impondo-se agora um juízo de prognose póstuma), num momento em que, inclusivamente, os resultados da decisão (apenas previstos ou antecipados em prognose pela Administração) podem já se ter

⁷¹⁷ Parafrazeamos, parcialmente, SANDULLI, *La Proporzionalità...*, cit., pp. 397 e s., n. 1.

verificado⁷¹⁸. Tal não impedirá, porém, o tribunal de efectuar um juízo tendencialmente paralelo ao realizado pelo órgão administrativo⁷¹⁹, em termos de verificar se, no caso concreto, a recusa de aplicação constitui (ou não) a medida adequada, necessária e proporcional à salvaguarda da juridicidade da concreta acção administrativa⁷²⁰.

5.4. Conteúdo e efeitos das sentenças

Em matéria de conteúdo e efeitos das sentenças, importa destrinçar as várias hipóteses de invalidez do acto administrativo em que se suscitou o problema da mobilização ou do afastamento de uma determinada norma regulamentar. As soluções diferenciam-se, pois, consoante tenha ocorrido uma das seguintes situações: a aplicação de uma norma inválida (*i*), a recusa de aplicação de uma norma válida (*ii*), ou a recusa de aplicação de uma norma inválida desacompanhada da verificação das condições objectivas e subjectivas de que dependia o exercício da competência (*iii*). Em qualquer das situações, urge acentuar que o âmbito dos poderes decisórios se encontra directamente relacionado com o grau de vinculação da concreta actuação administrativa em causa, como sucede, em geral, no âmbito da Justiça Administrativa, e resulta dos artigos 71.º e 95.º, n.º 3, do CPTA.

(*i*) Quando o acto administrativo foi praticado em obediência a uma norma regulamentar *inválida* e padece, por isso, de invalidez (consoante apreciamos *supra*, 4.2., I), não surgem especiais dificuldades. Adstrito, como está, à observância do direito, o tribunal tem o poder-dever de afastar a norma regulamentar em causa da decisão do caso concreto – estamos, pois, diante de uma recusa de aplicação ou desaplicação jurisdicional, com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade (*lato sensu*), a que nos

⁷¹⁸ Estas dificuldades não são específicas do problema da recusa de aplicação, mas surgem partilhadas por todas as hipóteses em que existe um controlo (*maxime*, judicial) da observância do princípio da proporcionalidade. Cf., v. g., Vitalino CANAS, «Proporcionalidade...», cit., pp. 621 e s., 627 e s., 638 e ss. (estas últimas, a propósito das aporias suscitadas na distribuição das responsabilidades na aplicação do princípio da proporcionalidade entre o legislador e o juiz constitucional).

⁷¹⁹ Cf. também SANDULLI, *La Proporzionalità...*, cit., pp. 397 e s..

⁷²⁰ Esta ausência de identidade entre recusa de aplicação jurisdicional e administrativa possui ainda reflexos no controlo da concreta decisão da Administração que soluciona o caso pela mediação de uma norma regulamentar *inválida*, por não estarem verificadas as condições que permitiriam a afirmação de uma competência de rejeição. Sabemos já que situação inversa ocorre no âmbito de um processo judicial, no qual o juiz se encontra sempre vinculado a apreciar a validade das normas mobilizáveis para a decisão do caso concreto, impondo-se-lhe, *em qualquer hipótese*, o *dever* de as afastar quando conclua pela respectiva invalidez. Esta asserção vai justificar que, apesar de o decisor administrativo haver adoptado a conduta correcta (aplicar a norma inválida), o acto administrativo baseado no regulamento viciado possa padecer de invalidez, e, com esse fundamento, deva ser jurisdicionalmente censurado.

reportámos *supra* (Parte II, 2.4.3.). Compreende-se, pois, que, neste momento⁷²¹, se afigure irrelevante determinar se o órgão havia praticado o acto administrativo em conformidade com o regulamento por não se ter apercebido da invalidade deste último, por ter erradamente considerado não se encontrarem preenchidos os condicionalismos (objectivos e subjectivos) que o habilitariam ao exercício da competência da recusa de aplicação ou ainda por haver legitimamente concluído que não estavam efectivamente reunidos aqueles pressupostos, não obstante a invalidade da norma. Em consonância com o juízo de validade efectuado pelo tribunal, este anula ou declara a nulidade do acto administrativo, e, eventualmente, condena a Administração a praticar novo acto em conformidade com o direito.

(ii) Também não se defrontarão grandes obstáculos nos casos do controlo da *recusa de aplicação* administrativa de norma *válida*. Deparamo-nos agora com a hipótese inversa da acabada de examinar, cabendo agora ao tribunal o controlo de uma das facetas do juízo da recusa de aplicação: a (in)validade da norma⁷²². Nesta situação, o acto administrativo não respeitou um dos elementos integrantes do «bloco da juridicidade» a que está vinculado, violando concomitantemente o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos e afrontando a respectiva força jurídica autovinculativa. Após ter concluído pela validade da norma regulamentar (e pela sua aplicabilidade ao caso concreto), a sentença jurisdicional anula⁷²³ o acto administrativo e condena a Administração a praticar outro acto em conformidade com o regulamento.

(iii) A questão torna-se mais obscura quando a recusa de aplicação surge viciada, não porque a norma rejeitada não seja inválida, mas por, apesar da invalidade normativa, *não se encontrarem reunidas as condições que permitiriam o exercício daquela competência pelo órgão*. Nestas hipóteses, e encontrando-se os tribunais vinculados a

⁷²¹ A questão já revestirá contornos diversos sob o prisma da responsabilidade civil do decisor e da entidade pública em que se integre: como concluimos anteriormente (cf., *supra*, 4.2.), o não exercício da competência de recusa de aplicação de uma norma regulamentar inválida, quando estejam cumpridas as condições objectivas e subjectivas que delineámos corresponde à violação de um dever, existindo uma tendencial correspectividade entre a invalidade do acto e a ilicitude do comportamento do órgão administrativo.

⁷²² Estamos a pressupor uma situação em que da fundamentação do acto decorre que o órgão administrativo afastou a norma por a considerar inválida (erro quanto à validade normativa). Não negamos, porém, que a preterição de um regulamento possa ocorrer por outros motivos: desde a ignorância do decisor (que desconhece a existência da norma) até à consideração de que a mesma não seria aplicável ao caso concreto por fundamentos diversos da invalidade (v. g., por se tratar de norma a preterir num caso de preferência applicativa).

⁷²³ Salvo se o acto contiver outro vício, a preterição de uma norma regulamentar originará, em princípio, a simples anulabilidade do acto administrativo, nos termos gerais do artigo 135.º do CPA.

desaplicar as normas inválidas, podemos interrogar-nos se os resultados da procedência de um pedido impugnatório⁷²⁴ não se volverão praticamente insignificantes.

Equacionemos o problema. Se pretendêssemos conferir à sentença anulatória todo o alcance dos efeitos (ultraconstitutos) delineados no artigo 173.º do CPTA, teríamos que, apesar de o órgão se encontrar impedido de, em sede de execução da sentença anulatória, recusar a aplicação da norma⁷²⁵, iria sempre acabar por praticar um acto inválido⁷²⁶, susceptível de, em seguida, constituir objecto de anulação (ou declaração de nulidade) pelos tribunais administrativos. Esta asserção traz ínsita uma outra dificuldade, que consiste em saber se o cumprimento de uma sentença pode ter como efeito a prática de um acto administrativo ilegal. Considerando estes obstáculos, será aqui de ponderar a convocação de uma solução análoga à inerente ao princípio do aproveitamento do acto, evitando a anulação judicial do acto administrativo em que ocorreu a desaplicação?

A ideia de aproveitamento do acto administrativo encontra-se plasmada no §46 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*⁷²⁷ e decantada pela jurisprudência francesa⁷²⁸, sendo amiúde

⁷²⁴ Aludimos apenas à impugnação, mas poderíamos igualmente fazer referência à condenação – aliás, o meio processual adequado para reagir contra um acto de indeferimento (cf. artigos 51.º, n.º 4, e 66.º, n.º 2, do CPTA). Sob este ângulo, assume especial clareza a improcedência da pretensão condenatória. Efectivamente, se, apesar de o órgão administrativo não poder recusar a aplicação da norma inválida, não a convocou no caso concreto e praticou o acto administrativo sem incorrer em qualquer vício, não se pode pretender que o tribunal *condene a Administração a praticar o acto em obediência a um regulamento inválido* (e, por conseguinte, a adoptar um comportamento ilegal). Na acção de condenação à prática de acto devido, cabe aos tribunais apreciar o direito do particular à prática do acto, pronunciando-se, como prescreve o n.º 1 do artigo 71.º do CPTA, sobre a pretensão material do interessado, e impondo a prática do acto devido. Nas hipóteses que analisamos, o tribunal – que está adstrito a apreciar a validade das normas jurídicas candidatas à resolução do caso e a desaplicá-las quando conclua pela respectiva invalidez – concluirá necessariamente pela inexistência de qualquer direito do particular à prática do acto.

⁷²⁵ Os efeitos ultraconstitutivos da sentença anulatória determinariam a proibição da reincidência no vício (*in casu*, a recusa de aplicação do regulamento) e a reconstituição da situação actual hipotética (e, por conseguinte, a recuperação da situação que existiria se a Administração não tivesse praticado o acto inválido – *in casu*, a aplicação da norma regulamentar inválida ilegalmente preterida e adopção das medidas em conformidade).

⁷²⁶ Encontra-se aqui pressuposta que o acto de aplicação da norma regulamentar viciada padecerá também de invalidez, nos termos analisados, *supra*, 4.2., I.

⁷²⁷ Sob a epígrafe “Vícios de procedimento e de forma”, dispõe este preceito que “não se pode exigir a anulação de um acto administrativo, que não seja nulo nos termos do §44, apenas com fundamento numa ofensa a disposições sobre procedimento forma ou competência territorial, quando seja notório que aquela ofensa não influenciou a decisão”. Sobre o sentido e as dúvidas causadas pelo §46 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cf., v. g., STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., pp. 1601 e ss.; BADURA, «Das Verwaltungsverfahren», cit., pp. 549 e ss.; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 272 e ss.; PÜNDER, «Verwaltungsverfahren», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, pp. 452 e ss.; OSSENBUHL, «Verwaltungsverfahren...», cit., pp. 471 e s.; BUMKE, *Relative Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 208 e ss..

⁷²⁸ Revestem carácter heterogéneo as situações em que o *Conseil d’Etat* não anula um acto por vício de forma quando: o vício se reporta a «formalidades acessórias», as formalidades foram impostas no interesse da Administração, o vício não se repercute sobre o conteúdo da decisão, a decisão assumia natureza vinculada, o vício ficou “coberto” pelo cumprimento tardio da formalidade, verifica-se uma situação de

invocada também entre nós⁷²⁹ perante actos anuláveis que padeçam de vícios de procedimento ou de forma (o aproveitamento de uma decisão ferida de nulidade já é mais discutível), e, simultaneamente, se apresentem como actos estritamente devidos⁷³⁰, em que a Administração não tem um poder de escolha: se os vícios não afectam o conteúdo da pronúncia, os efeitos (vinculados) foram produzidos, e não houver interesse relevante na anulação, exclui-se a anulação do acto (bem como o direito do particular a obter tal anulação). Está, pois, em causa o reconhecimento da faculdade de o juiz se abster de anular um acto, por vício de procedimento ou de forma, sempre que aquele conclua que o conteúdo da decisão administrativa não tenha outra alternativa juridicamente admissível e desde que não se vulnerem interesses ou valores fundamentais no caso concreto⁷³¹ – como

impossibilidade da observância das formalidades pela Administração. Cf., v. g., LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Droit...*, tomo 1, cit., pp. 537 e s.; CHAPUS, *Droit...*, tomo 1, cit., p. 1035, com amplas citações jurisprudenciais. V. ainda GAUDEMET, *Droit...*, cit., p. 141.

⁷²⁹ Sobre esta matéria, cf. as reflexões pormenorizadas de Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 307 e ss., esp.^{ic} pp. 315 e ss.. V. também David DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., pp. 220 e ss., 332 e s. (associando a desvalorização das formas ao princípio da materialidade subjacente, enquanto dimensão do princípio da boa fé e este, por sua vez, ao princípio da justiça).

⁷³⁰ A reformulação do §46 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (ocorrida já em 1996) eliminou a referência no sentido de que a não anulação do acto dependia de não ser possível uma qualquer outra decisão do caso (referência esta que circunscrevia o âmbito do preceito aos actos estritamente vinculados), passando a apelar antes para uma ideia de «causalidade do vício procedimental» (*Kausalität des Verfahrensfehlers*) – cf. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 272. Trata-se apenas de provar que, notória e reconhecidamente, a decisão material não teria sido outra, ainda que houvessem sido observadas as disposições de forma ou de procedimento, *in concreto* preteridas. V., porém, PÜNDER, «*Verwaltungsverfahren*», cit., p. 453.

⁷³¹ Como se sabe, o problema dos reflexos dos vícios formais em sede de validade dos actos administrativos não recebe uma resposta unitária no quadro da teoria do aproveitamento. Outros ordenamentos contêm soluções alternativas que passam pela diferenciação entre formalidades essenciais e não essenciais e pela ideia de que a violação das últimas acarreta a mera irregularidade do acto ou conduz a limitar a sua anulação. Eis o que sucede, v. g., no direito italiano, onde, na sequência da sedimentação jurisprudencial do princípio da instrumentalidade das formas, a primeira parte do n.º 2 do artigo 21-*octies* das *Nuove Norme sul Procedimento Amministrativo* (introduzido em 2005) prescreve que “não é anulável o acto adoptado em violação das normas sobre procedimento ou forma dos actos, no caso de, em virtude da natureza vinculada do acto, seja manifesto que o seu conteúdo dispositivo não poderia ser diferente do concretamente adoptado” – como explicita a doutrina, a não anulabilidade do acto por vícios formais (e, por conseguinte, a sua mera irregularidade) está confinada a “*fattispecie provvedimento «senza alternativa»*” [cf. Cerulli IRELLI, *Lineamenti...*, cit., pp. 492 e ss. (493), e «Osservazioni Generali Sulla Legge di Modifica della L. N. 241/90 – 5. Puntata», *Giustizia Amministrativa*, n.º 2, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/Cerulli_Irelli5.pdf (Dezembro 2010), pp. 7 e ss.; GALLETTA, «Notazione Critiche sul Nuovo Art. 21-*Octies* della Legge N. 241/90», in: *Giustizia Amministrativa*, n.º 2, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/Galetta.pdf (Dezembro 2010); CASSETTA, *Compendio...*, cit., p. 341].

Também o artigo 63 do *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* prevê que os vícios de forma só conduzem à anulabilidade do acto, se o tiverem privado de requisitos indispensáveis para alcançar o seu fim ou se puserem em causa a defesa dos interessados. Trata-se de vícios que, no dizer de PAREJO ALFONSO (*Lecciones...*, cit., p. 434), embora “teoricamente subsumíveis na categoria das anulabilidades”, vêm retirado por lei o seu efeito invalidante. Cf. também GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 652 e ss., 660; GARRIDO FALLA/PALOMAR OLMEDA/LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. I, cit., p. 646.

acentua a doutrina germânica, esta disposição ilustra a «função servidora do direito procedimental relativamente ao direito material» (*dem materiellen Recht dienende Funktion des Verfahrensrecht*)⁷³².

Não ignoramos que existe uma diferença significativa entre as situações que conduziram à emergência do princípio do aproveitamento do acto e aquelas com que agora nos confrontamos: ao contrário do que sucede com as primeiras – em que o vício (formal ou procedimental) não possuiu repercussões sobre o conteúdo do acto, pelo que, em caso de anulação, a Administração poderá praticar um acto com idêntico conteúdo e dirigido à produção das mesmas consequências jurídicas –, nas hipóteses de recusa ilegal de aplicação de norma inválida, admitir-se a anulação desta última significaria que, em sede de execução da sentença, o órgão viria a adoptar um acto com conteúdo diverso (porque se passaria a conformar com o regulamento preterido)⁷³³. Aqui reside, precisamente, o *punctum saliens* da questão.

Esta ideia perpassa igualmente o direito da União Europeia: o artigo 263.º – correspondente ao anterior artigo 230.º – determina que o Tribunal tem competência para o conhecimento dos recursos de anulação (dos actos legislativos, dos actos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos actos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, bem como dos órgãos e organismos da União, destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros), com fundamento, *inter alia*, em violação de «formalidades essenciais». Sem prejuízo do apelo à diferença (pressuposta pelo texto do Tratado) entre formalidades essenciais e não essenciais e da consideração de que a preterição das últimas conduz a uma irregularidade, o Tribunal de Justiça tem interpretado esta norma no sentido de que a infracção das disposições formais (*lato sensu*) só releva (importando a anulação do acto), quando se possa concluir que a ausência de tal infracção teria conduzido a um resultado diferente, afectando os direitos do requerente; Cf. Acórdão «Distillers Company Limited/Comissão das Comunidades Europeias», de 10.07.1980, P. 30/78 (in: *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1980, pp. 2229 e ss., ponto 26), o *leading case* seguido na jurisprudência posterior – v. g., Acórdãos «Reino da Bélgica/Comissão das Comunidades Europeias», de 21.03.1990, P. 142/87, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. 959 e ss.; «Thyssen Stahl AG/Comissão das Comunidades Europeias», de 02.10.2003, P. C-194/99 P, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, pp. 10821 e ss., ponto 31; «Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd/Conselho da União Europeia, Comissão das Comunidades Europeias, Vale Mill (Rochdale) Ltd, Pirola SpA, Colombo New Scal SpA, República Italiana», de 01.10.2009, P. C.141/08 P, in: *Colectânea da Jurisprudência*, 2009, pp. I-9147 e ss., ponto 81.

⁷³² Cf., v. g., OSSENBÜHL, «Verwaltungsverfahren...», cit., p. 471; BADURA, «Das Verwaltungsverfahren», cit., p. 547.

⁷³³ Nesta medida, falha também a ideia de que o carácter estritamente vinculado do acto conduziria a que, apesar do vício, a Administração não pudesse ter adoptado uma decisão diversa daquela que praticou. Na hipótese em análise, sucede precisamente o contrário: do reexame judicial da decisão de recusa de aplicação resultará que o decisor deveria ter seguido um comportamento diverso – aplicar a norma regulamentar, apesar da invalidez que a afectava.

As situações apenas se apresentarão próximas, quando se possa afirmar que, em sede de execução da sentença, o órgão praticaria um acto com igual conteúdo – o que acontecerá se o regulamento inválido desaplicado contender apenas com aspectos formais ou procedimentais (pense-se, v. g., numa norma regulamentar que previsse a realização de determinados trâmites procedimentais, quando a lei expressamente deles isentasse determinada actuação, os quais se revelassem absolutamente indiferentes para a decisão em causa, dado o carácter estritamente vinculado desta última). Nesta hipótese, invocar-se-ia com especial pertinência a teoria do aproveitamento do acto, porquanto estariam em causa questões exclusivamente formais (*lato sensu*) concernentes à prática de um acto vinculado.

Não obstante a assinalada diferença, importa determinar se a *ratio* subjacente à solução do aproveitamento de um acto afectado por vícios formais ou procedimentais não se afigurará igualmente extensível à recusa ilegal de aplicação de normas inválidas. A doutrina do aproveitamento surge sustentada pelo princípio da economia dos actos públicos, nos termos do qual não devem os poderes públicos adoptar decisões sem alcance real, *maxime* quando provoquem a adopção de medidas (de outro modo) desnecessárias ou dispensáveis, tendo em conta a natureza de valor jurídico assumida pela economia de meios⁷³⁴ – consideração plenamente válida também no domínio em que nos movemos.

Não ignoramos que a defesa desta solução implica um emagrecimento (embora meramente parcial) do relevo das condições objectivas e subjectivas da recusa de aplicação, que toca a natureza excepcional desta última e, lateralmente, a força jurídica autovinculativa dos regulamentos. Ademais, e como, de qualquer modo, já sucede com o aproveitamento de actos afectados por vícios de procedimento e de forma, não olvidamos que existem efeitos práticos associados à anulação da recusa de aplicação (e da medida incompatível com a norma regulamentar inválida) – pense-se, *v. g.*, no efeito educativo que teria sobre a actuação futura do órgão administrativo, que passaria a avaliar com maior cuidado a verificação das condições da recusa de aplicação; trata-se de um efeito, porém, já acautelado pelo instituto da responsabilidade *disciplinar*. Todavia, uma solução contrária significa admitir a permanência (ou a persistência) de uma ofensa à ordem jurídica, com a conivência dos tribunais (ou, inclusive, em resultado do cumprimento de uma sentença jurisdicional)⁷³⁵ – o que se afigura totalmente impossível.

A censura da recusa de aplicação, por si só, acaba por se tornar, nestas hipóteses, contraproducente; da perspectiva do controlo judicial e dos interesses do destinatário, maior importância assume antes a decisão do caso concreto em que tal recusa de verificou. Daí que se deva advogar que, concluindo o tribunal pela invalidez da norma regulamentar, não pode este limitar-se a apreciar tão-só a verificação dos pressupostos da recusa de aplicação, mas impõe-se que aquilate igualmente da validade da decisão

⁷³⁴ Assim, Vieira de ANDRADE, *O Dever...*, cit., pp. 332 e s.. Cf. também MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 273.

⁷³⁵ Quanto a este ponto, e se se não defendesse a possibilidade de aproveitamento do acto e/ou o tribunal o devesse anular, parece-nos que nunca da sentença anulatória poderiam decorrer os efeitos ultraconstitutivos que impusessem à Administração o dever de reconstituir a situação que existiria se o acto tivesse sido praticado sem *aquela* ilegalidade (*i.e.*, a ilegalidade decorrente do não preenchimento das condições de recusa de aplicação) e de não reincidir nos vícios. Na verdade, dos fundamentos da sentença anulatória (onde está ancorado o conteúdo dos efeitos ultraconstitutivos) sempre resultaria a inexistência de qualquer direito do particular à prática do acto em conformidade com o regulamento inválido.

administrativa em que ocorreu rejeição do regulamento; se o quisermos exprimir de forma mais clara, exige-se ao tribunal que examine o acto e verifique se, independentemente do exercício ilegal da competência de recusa de aplicação (conducente à não decisão administrativa do caso pela mediação do regulamento *inválido*), o acto praticado se encontra viciado. Excepto se, de algum modo, se vislumbrar a vulneração de direitos ou interesses legalmente (ou constitucionalmente⁷³⁶) protegidos dos particulares, o tribunal apenas anulará o acto nas hipóteses em que conclua que a medida adoptada pelo órgão padece de invalidez por uma causa *diversa* da ilegalidade da recusa de aplicação – sem prejuízo de, agora noutro contexto, e nos termos gerais, se tornar possível apelar para o aproveitamento do acto, caso este se encontre ferido apenas de vícios formais e procedimentais e nos termos permitidos por aquele princípio.

⁷³⁶ No espaço alemão, a doutrina chama precisamente a atenção para o facto de a desconsideração dos vícios formais e procedimentais constante do §46 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* não prescindir de uma interpretação em conformidade com a Constituição. Cf. PÜNDER, «Verwaltungsverfahren», cit., p. 452.

Bibliografia Citada

- ABRAHAM, R., «Conclusions, CE, 17 mai 1991, *Quintin – Le Contrôle de Constitutionnalité Opéré par le Juge Administratif et la Théorie de la “Loi-Ecran”*», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Setembro/Outubro 1991, pp. 1429 e ss..
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, «Os Regulamentos Administrativos em Direito do Trabalho», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito, 1984, pp. 37 e ss..
- _____, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Almedina, Coimbra, 1987.
- _____, «Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a Propósito do DL 558/99 e da L 58/98)», in: *Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, pp. 555 e ss..
- ACHTERBERG, Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1982.
- ALEXANDRINO, José de Melo, «Direito das Autarquias Locais», in: Paulo OTERO/Pedro GONÇALVES (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 11 e ss..
- ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. portuguesa da 2.ª ed. (1990) por Zilda SILVA, Landy Editora, São Paulo, 2001.
- _____, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. inglesa da 1.ª ed. (1985) por J. RIVERS, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ALMEIDA, Francisco Ferreira de, *Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- ALMEIDA, José Mário Ferreira de, «Regulamento Administrativo», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, s.n., Lisboa, 1996, pp. 194 e ss..
- ALMEIDA, João Amaral e, «Os “Organismos de Direito Público” e o Respectivo Regime de Contratação: Um Caso de Levantamento do Véu», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 633 e ss..
- ALMEIDA, Luís Nunes de, «A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado, Vista à Luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 32, ano 8.º, Outubro/Dezembro 1987, pp. 7 e ss..
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Sobre a Autoridade do Caso Julgado nas Sentenças de Anulação de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1994.
- _____, «Regime Jurídico dos Actos Consequentes de Actos Administrativos Anulados», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, Julho/Agosto 2001, pp. 16 e ss..
- _____, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.
- _____, «Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Novembro/Dezembro 2007, pp. 3 e ss..
- _____, «Os Regulamentos no Ordenamento Jurídico Português», in: *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 503 e ss..
- _____, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010.
- ALMEIDA, Mário Aroso de/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

Bibliografia Citada

- ALVES, Pedro Delgado, «O Novo Regime de Impugnação de Normas», in: Vasco Pereira da SILVA (coord.), *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 31 e ss..
- AMARAL, Diogo Freitas do, «Direitos Fundamentais dos Administrados», in: *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lousã, 1987, pp. 9 e ss..
- _____, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997.
- _____, «O Princípio da Justiça no Artigo 266.º da Constituição», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 685 e ss..
- _____, «Reflexão sobre Alguns Aspectos Jurídicos do 11 de Setembro e suas Sequelas», in: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 765 e ss..
- _____, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II (reimp.), Almedina, Coimbra, 2002.
- _____, «O Princípio da Legalidade», in: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 77 e ss..
- _____, «Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil», in: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 607 e ss..
- _____, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- AMARAL, Diogo Freitas do/GARCIA, Maria da Glória, «O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, ano 59.º, Abril 1999, pp. 447 e ss..
- AMARAL (Pinto Correia), Maria Lúcia, «Questões Regionais e Jurisprudência Constitucional», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 261 e s..
- _____, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- _____, *A Forma da República (Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- _____, «Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de “Direito Público Comparado”», in: *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 473 e ss..
- AMSELEK, Paul, «Norme et Loi», in: *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 25, 1980, pp. 89 e ss..
- AMORIM, Carlos Eduardo Almeida de Abreu, *Estado de Necessidade e Urgência em Direito Administrativo*, polic., Coimbra, 2000.
- AMORIM, João Pacheco de, *As Empresas Públicas no Direito Português (Em Especial, as Empresas Municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, «A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, ano L, 1974, pp. 219 e ss..
- _____, *Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política*, Separata do vol. XX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1977.
- _____, «Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pp. 1 e ss..

Bibliografia Citada

- _____, «O Ordenamento Jurídico Administrativo Português», in: *Contencioso Administrativo (Breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga)*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 33 e ss..
- _____, «Supletividade do Estado e Desenvolvimento», in: *Gaudium et Spes*, Rei dos Livros, Lisboa, 1988, pp. 113 e ss..
- _____, «Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV – tomo I, 1989, pp. 15 e ss..
- _____, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Separata do vol. XXXVII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1992.
- _____, «Revogação do Acto Administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, pp. 53 e ss..
- _____, «Interesse Público», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, s. n., Lisboa, 1993, pp. 275 e ss..
- _____, «A “Revisão” dos Actos Administrativos no Direito Português», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 9/10, Janeiro/Junho 1994, pp. 185 e ss..
- _____, «Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria», in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 75 e ss..
- _____, «Validade», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, s.n., Coimbra, 1996, pp. 583 e ss..
- _____, «Actos Consequentes e Execução de Sentença Anulatória (Um Caso Exemplar em Matéria de Funcionalismo Público)», in: *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, ano I, n.º 1, 1998, pp. 29 e ss..
- _____, «A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações», in: *Scientia Iuridica*, tomo XLVII, n.ºs 274-276, Julho/Dezembro 1998, pp. 213 e ss..
- _____, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000.
- _____, «A Fiscalização da Constitucionalidade das ‘Normas Privadas’ pelo Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º, n.º 3921, Abril 2001, pp. 357 e ss..
- _____, «Algumas Reflexões a Propósito da Sobrevivência do Conceito de “Acto Administrativo” no Nosso Tempo», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1189 e ss..
- _____, «Nulidade e Anulabilidade do Acto Administrativo – Acórdão do STA de 30.5.2001, P. 22251», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, pp. 41 e ss..
- _____, «O Novo Modelo de Impugnação Judicial dos Actos Administrativos: Tradição e Reforma», in: Colaço ANTUNES/SÁINZ MORENO (coord.), *Colóquio Luso-Espanhol – O Acto no Contencioso Administrativo: Tradição e Reforma*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 189 e ss..
- _____, «A Revisão dos Actos de Concessão de Ajudas Públicas – Anotação ao Acórdão do STA de 20.10.2004», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135.º, n.º 3934, Setembro/Outubro 2005, pp. 50 e ss..
- _____, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Março de 2006», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135.º, Julho/Agosto 2006, pp. 369 e ss..
- _____, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- _____, «A Nulidade Administrativa, Essa Desconhecida», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3957, ano 138.º, Julho/Agosto 2009, pp. 333 e ss..

Bibliografia Citada

- _____, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- _____, «A Classificação Administrativa do Domínio Público Municipal», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, Novembro/Dezembro 2009, pp. 60 e ss..
- _____, «A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 7 e ss..
- _____, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- ANDRADE, José Robin de, *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1966.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, «O Artigo 161.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: Uma Complexa Simplificação», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, pp. 16 e ss..
- ARAÚJO, António de/PEREIRA, J. A. Teles, «A Justiça Constitucional nos 30 Anos da Constituição Portuguesa», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005, pp. 15 e ss..
- ARGYRIADES, Demetrios, «Good Governance, Professionalism, Ethics and Responsibility», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, pp. 155 e ss..
- ARNAULD, Andreas von, *Rechtssicherheit (Perspektivische Annäherungen an eine „Idee Directrice“ des Rechts)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, «Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como Fontes do Direito», in: *Nos Dez Anos da Constituição*, INCM, Lousã, 1987, pp. 249 e ss..
- _____, «A Reserva Constitucional da Jurisdição», in: *O Direito*, ano 123.º, 1991, pp. 465 e ss..
- _____, *O Direito – Introdução e Teoria Geral (Uma Perspectiva Luso-Brasileira)*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2001.
- _____, «Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 65, Dezembro 2005, pp. 625 e ss..
- AXER, Peter, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- AZEVEDO, Bernardo, «Acção Administrativa Especial – Pretensões Impugnatórias: Entre a Memória e o Esquecimento», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 181 e ss..
- _____, «Organismo de Direito Público», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 51 e ss..
- AZIBERT, Michel/BOISDEFRE, Martins de, «Note sous CE 19 novembre 1986, Société Smanor», in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 12, Dezembro 1986, pp. 681 e ss..
- BACCARINI, Stefano, «Disapplicazione dei Regolamenti nel Processo Amministrativo: C’è Qualcosa di Nuovo Oggi nel Sole, Anzi d’Antico», in: *Il Foro Amministrativo*, ano LXIX, Fevereiro/Março 1993, pp. 466 e ss..
- _____, «Il Consiglio di Stato Folgorato sulla Via della Disapplicazione dei Regolamenti», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. III, ano XII, Setembro 1994, pp. 569 e ss..
- BACHOF, Otto, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz», in: *Archive des Öffentlichen Rechts*, vol. 87, 1962, pp. 1 e ss..
- _____, «Normenkontrolle der Verwaltung? Kritische Bemerkungen zur Methodenkritik», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, n.º 17/18, ano 15.º, Setembro 1962, pp. 659 e ss..

- _____, «Die Dogmatik des Verwaltungsrecht vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, n.º 30, De Gruyter, Berlin/New York, 1972, pp. 193 e ss..
- _____, «Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates», in: *Wege zum Rechtsstaat*, Athenäum, Königstein, 1979, pp. 80 e ss..
- BADURA, Peter, «Das Normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen», in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, pp. 25 e ss..
- _____, «Das Verwaltungsverfahren», in: ERICHSEN/EHLERS (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2002, pp. 477 e ss..
- BAÑO LÉON, *Los Limites Constitucionales de la Potestad Reglamentaria*, Civitas, Madrid, Madrid, 1991.
- BARATTA, Alessandro, *Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza*, Giuffrè Editore, Milano, 1963.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, «O Problema da Integração das Lacunas Contratuais à Luz de Considerações de Carácter Metodológico – Algumas Reflexões», in: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 367 e ss..
- BARNES, Javier, «Sobre el Procedimiento Administrativo: Evolución y Perspectivas», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 263 e ss..
- BASSOLS COMA, Martín, «El Control de la Elaboración de los Reglamentos: Nuevas Perspectivas desde la Técnica Normativa y de la Evaluación de la Simplificación y Calidad de las Normas», in: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 33, 2008, pp. 43 e ss..
- BATTIS, Ulrich, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 5.ª ed., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2006.
- BAUDREZ, Maryse, «Décrets-Lois Réitérés en Italie: L'Exaspération Mesurée de la Cour Constitutionnelle en 1996», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 745 e ss..
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, «Internacionalización del Derecho y Metodología Jurídica», in: Figueiredo Dias (org.), *Internacionalização do Direito no Novo Século*, Studia Iuridica 94, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 13 e ss..
- BECKER, Florian, *Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- BENDA, Ernst/KLEIN, Eckart, *Verfassungsprozessrecht*, 2.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2001.
- BENNION, Francis, *What interpretation is "possible" under section 3(1) of the Human Rights Act 1998?*, in: <http://www.francisbennion.com/pdfs/fb/2000/2000-011-sect-3-1-hr-act-1998.pdf> (também in: *Public Law*, Primavera 2000, pp. 77 e ss.).
- BERTANI, Alessandro, «I Poteri Normativi Degli Ordini Professionali: Un Esempio di Competenza "Riservata"», in: *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, ano XVII, 2009, pp. 91 e ss..
- BETTERMANN, Karl August, «Rechtssetzungsakt, Rechtssatz und Verwaltungsakt», in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, vol. II, Beck, München/Berlin, 1965, pp. 723 e ss..
- _____, «Die Rechtsprechende Gewalt», in: ISENSEE/KIRCHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, Müller, Heidelberg, 1988, pp. 775 e ss..
- BIRK, Dieter «Normsetzungsbefugnis und Öffentlich-rechtlicher Vertrag», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 40, ano 30.º, Outubro 1977, pp. 1797 e ss..

- BISCARDI, Arnaldo, «Aperçu Historique du Problème de l'Abrogatio Legis», in: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3.^a série, tomo XVIII, 1971, pp. 449 e ss..
- BLANKE, Hermann-Josef, *Vertrauensschutz im Deutschen und Europäischen Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *L'Analogia nella Logica del Diritto*, Presso L'Istituto Giuridico della R. Università, Torino, 1938.
- BÖCKENFORDE, Christoph, *Die Sogenannte Nichtigkeit Verfassungswidriger Gesetze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- BOGDANDY, Armin von, *Gubernative Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- BON, Pierre, «La Question Prioritaire de Constitutionnalité Après la Loi Organique du 10 décembre 2009», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 25.º ano, Novembro/Dezembro 2009, pp. 1107 e ss.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, «La Supletoriedad del Derecho Estatal», in: *La Supletoriedad del Derecho Estatal*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 11 e ss..
- BORRÀS RODRÍGUEZ, Alegria/VILÀ COSTA, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», in: *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 1, ano LXXXIX, 1990, pp. 243 e ss..
- BÖRZEL, Tanja, «Participation Through Law Enforcement – The Case of the European Union», in: *Comparative Political Studies*, n.º 1, vol. 39, Fevereiro 2006, pp. 128 e ss..
- BOULOUIS, Jean, «Note sous Cassation (Chambre Mixte) – 24 mai 1975, Aff.: Administration des Douanes c/ Société des Cafés Jacques Vabre et S.A.R.L. Jean Weigel», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, Dezembro 1975, pp. 569 e ss..
- BOQUERA OLIVER, José María, «Grados de Ilegalidad del Acto Administrativo», *Revista de Administración Pública*, ano 100-102, vol. II, Janeiro/Dezembro 1983, pp. 1003 e ss..
- BOYER-MERENTIER, Catherine, «La Portée des Lois d'Habilitation – Note sur Conseil d'Etat, Section, 5 mai 2006, Schmitt», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, Julho/Agosto 2006, pp. 678 e ss..
- BRADLEY, A. W./EWING, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, 13.^a ed., Pearson, Harlow, 2003.
- BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- BRENNER, Michael, *Öffentliches Baurecht*, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2009.
- BRITO, Miguel Nogueira de, *A Constituição Constituinte – Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- BRITO, Teresa Quintela de, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, Lex, Lisboa, 1994.
- BRITO, Wladimir, «Impugnação de Normas: A Urgência de um Novo Paradigma Processual», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 56, Março/Abril 2006, pp. 48 e ss..
- BROHM, Winfried, «Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich», in: *Juristen Zeitung*, ano 50.º, Abril 1995, pp. 369 e ss..
- BRONZE, Fernando José, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematicante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Studia Iuridica 3, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- _____, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- BROUSSY/DONNAT/LAMBERT, «L'Obligation d'Interpréter le Droit National Conformément au Droit Communautaire S'Applique Egalement aux Décisions-Cadres», in: *L'Actualité juridique – Droit Administratif*, 2005, pp. 2336 e s..
- BRUNET, Pierre, «Que Reste-t-il de la Volonté Générale? Sur les Nouvelles Fictions du Droit Constitutionnel Français», in: *Pouvoirs*, n.º 114, 2005, pp. 5 e ss..
- BULLINGER, Martin, «Das Ermessen der Öffentlichen Verwaltung», in: *Juristen Zeitung*, 39.º ano, Novembro 1994, pp. 1001 e ss..
- BUMKE, Christian, *Relative Rechtswidrigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- BURGI, Martin, «Verwaltungsorganisationsrecht», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, pp. 213 e ss..
- BURMEISTER, Joachim, «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, n.ºs 13/14, ano 34, Julho 1981, pp. 503 e ss..
- CABRAL, Margarida Olazabal, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1997.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, «Regime Geral da Responsabilidade Civil da Administração Pública», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, Julho/Agosto 2003, pp. 18 e ss..
- _____, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1932.
- _____, *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1943.
- _____, «O Respeito da Legalidade e a Justiça das Leis», in: *O Direito*, ano 81.º, fasc. 1.º, Janeiro/Março 1949, pp. 5 e ss..
- _____, «Tendências do Direito Administrativo Europeu», in: *Revista de Direito Público*, n.º 1, Julho/Setembro 1967, pp. 25 e ss..
- _____, *Manual de Direito Administrativo*, vols. I e II, 10.ª ed. (7.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2001.
- CAIANI, Luigi, «Analogia (Teoria Generale)», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 348 e ss..
- CALVÃO, Filipa Urbano, «Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, pp. 33 e ss..
- _____, «Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 326 e ss..
- _____, *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo (Da Sua Aposição aos Actos Administrativos e Contratos Administrativos sobre o Exercício de Poderes Públicos)*, polic., Coimbra, 2008.
- _____, *Princípio da Eficiência*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, em Janeiro de 2010, in: <https://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyhqdkCKzNDU3ZjMzMjctZGQxNC00OGQ4LWE3NGQtMzgZNDNlZmE5NTBk&hl=en>.
- CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Bibliografia Citada

- CANAS, Vitalino, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa, 1994.
- _____, «Proporcionalidade (Princípio da)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, s.n., Lisboa, 1994, pp. 591 e ss..
- CANNADA-BARTOLI, Eugenio, «Disapplicazione di Atti Amministrativi Illegittimi e Giurisdizione del Consiglio di Stato», in: *Giurisprudenza Italiana*, Parte III, 1953, cols. 73 e ss..
- _____, «Disapplicazione di Ufficio di Norma Regolamentare Illegittima», in: *Giurisprudenza Italiana*, Parte III, 1993, cols. 653 e ss..
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, polic., Coimbra, 1970-1971.
- _____, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- _____, «Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIII, 1987, pp. 405 e ss..
- _____, «Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português», in: *Revista do Ministério Público*, n.ºs 33/34, ano 9.º, Janeiro/Junho 1988, pp. 9 e ss..
- _____, «Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3815, 3821 do ano 125.º, e 3833 do ano 126.º, Junho e Dezembro 1992, Janeiro 1993, pp. 35 e ss., 231 e ss., 264 e ss., respectivamente.
- _____, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de Dezembro de 1989, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3816, ano 125.º, Julho 1992, pp. 74 e ss..
- _____, «“Discurso Moral” ou “Discurso Constitucional”, “Reserva de Lei” ou “Reserva de Governo”?», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, 1993, pp. 699 e ss..
- _____, «Direito à Emissão de Normas Legais Individuais?», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3847, ano 127.º, Fevereiro 1995, pp. 290 e ss..
- _____, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/94 – Processo n.º 530/92», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3841/3842, ano 127.º, Agosto/Setembro 1995, pp. 115 e ss..
- _____, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/97 – Processo n.º 845/96», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3875/3876, ano 130.º, Junho/Julho 1997, pp. 48 e ss..
- _____, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional 24/98 – Processo n.º 621/97», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3887/3888, ano 131.º, Julho/Julho 1998, pp. 50 e ss..
- _____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- _____, «Estado Adjectivado e Teoria da Constituição», in: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, 2003, pp. 455 e ss..
- _____, «Entre os Humores de Hipócrates e a Governança da Saúde», in: *Admirar os Outros*, Almedina/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 251 e ss..
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- _____, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- _____, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., vols. I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 e 2010, respectivamente.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/SILVA, Suzana Tavares da, «Metódica Multinível: *Spill-Over Effects* e Interpretação Conforme o Direito da União Europeia», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3955, ano 138.º, Março/Abril 2009, pp. 182 e ss..
- CAPPELETTI, Mauro, «Loi et Règlement en Droit Comparé: Partage de Compétences et Contrôle de Constitutionnalité», in: FAVOREU (dir.), *Le Domaine de la Loi et du Règlement*, 2.ª ed., Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1981, pp. 247 e ss..
- CAPUCHA, Alexandre Nuno, «Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração no Ordenamento Jurídico Português e o Estado de Necessidade: Poderes e Limites de Actuação da Administração», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, n.º 2, 2001, pp. 1339 e ss..
- CARANTA, Roberto, «Sull'Obbligo dell'Amministrazione di Disapplicare gli Atti di Diritto Interno in Contrasto con Disposizioni Comunitarie», in: *Il Foro Amministrativo*, ano LXVI, 1990, pp. 1372 e ss..
- CARBONELL, Eloísa/MUGA, José Luis, *Agencias y Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARDOSO, José Lucas, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CARINGELLA/DELPINO/GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, 22.ª ed., Simone, Napoli, 2005.
- CARLASSARE, Lorenza, «Il Diritto Vivente di Origine Regolamentare all'Esame della Corte», in: *Giudizio "A Quo" e Promovimento del Processo Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, pp. 83 e ss..
- CARVALHO, Américo Taipa de, «Artigo 29.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 667 e ss..
- CARVALHO, Orlando de, *Contrato Administrativo e Acto Jurídico Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 1953.
- _____, *Teoria Geral do Direito Civil*, Centelha, Coimbra, 1981.
- CARVALHO, Raquel, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, Coimbra, 2010.
- CASSETTA, Elio, *Compendio di Diritto Amministrativo*, 5.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- CASSESE, Sabino, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Einaudi, Torino, 1991.
- _____, «Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali», in: CHITI, Mario/GRECO, Guido (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo – Parte Generale*, 2.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 1 e ss..
- _____, «Lo Spazio Giuridico Globale», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2, 2002, pp. 323 e ss..
- _____, «Il Diritto Amministrativo Europeo Presenta Caratteri Originali?», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 2003, pp. 35 e ss..
- _____, «Gamberetti, Tartarughe e Procedure. Standards Globali per i Diritti Amministrative Nazionali», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, 2004, pp. 657 e ss..
- _____, «Tendenze e Problemi del Diritto Amministrativo», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 4, 2004, pp. 901 e ss..
- _____, «Il Diritto Amministrativo Globale: Una Introduzione», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2, 2005, pp. 331 e ss..
- CASTENDIEK, Jan, *Der Sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2000.
- CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2010.
- CAUPERS, João, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.

Bibliografia Citada

- _____, «Um Dever de Regulamentar?», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 18, Janeiro/Março 1997, pp. 7 e ss..
- _____, «Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Metodica da Legislação», in: *Direito e Outras Coisas*, Âncora Editora, Lisboa, 2007, pp. 615 e ss..
- _____, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2009.
- _____, «O Regime da Revogação no CPA: Uma Revisão Conveniente», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, pp. 69 e ss..
- CAVALLO, Bruno, *Provvedimenti e Atti Amministrativi*, vol. III de SANTANIELLO (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Cedam, Padova, 1993.
- CHANTEBOUT, Bernard, *Droit Constitutionnel*, 25.ª ed., Dalloz, Paris, 2008.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, 15.ª ed., Montchrestien, Paris, 2001.
- CHAVES, Eduardo Arala, «A Deontologia dos Juizes», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, tomo I, 1978, pp. 5 e ss..
- CIMELLARO, Lucia, «Il Principio di Legalità in Trasformazione», in: *Diritto e Società*, n.º 1, 2006, pp. 107 e ss..
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, «Ensayo de una Teoria de la Urgencia en el Derecho Administrativo», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 10, ano IV, Janeiro/Abril 1953, pp. 25 e ss..
- COGNETTI, Stefano, *La Tutela delle Situazioni Soggettive tra Procedimento e Processo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987.
- COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos e a sua Responsabilidade Criminal», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, n.ºs 22 e 23, vol. III, Novembro/Dezembro 1916, pp. 69 e ss..
- _____, «Anotação ao Decreto sob Consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 26 de Novembro de 1917», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, n.ºs 31-40, ano IV, 1917/1918, pp. 395 e ss..
- COMBEAU, Pascal, «Réflexions sur les Fonctions Juridiques de l'Interprétation Administrative», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 20.º ano, Novembro/Dezembro 2004, pp. 1069 e ss..
- COOPER, Terry L., «Big Questions in Administrative Ethics: A Need for Focused, Collaborative Effort», in: *Public Administration Review*, n.º 4, vol. 64, Julho/Agosto 2004, pp. 395 e ss..
- COOTER, Robert D./FIKENTSCHER, Wolfgang «Indian Common Law: The Role of Custom in American Indian Tribal Courts», in: *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, pp. 287 e ss..
- CORDEIRO, António Menezes, «Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autómato aos Modelos de Decisão Jurídica», in: *Revista Jurídica*, n.ºs 9/10, Janeiro/Junho 1987, pp. 7 e ss..
- _____, «A Boa Fé nos Finais do Século XX», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 56, Dezembro 1996, pp. 887 e ss..
- _____, *Da Boa Fé no Direito Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 1997.
- _____, «Introdução» à tradução portuguesa de CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, pp. IX e ss..
- CORREIA, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989.
- _____, «Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal», in: *Revista do CEDOUA*, n.º 2, ano I, 1998, pp. 9 e ss..
- _____, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra, 1998.

- _____, «A Justiça Constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e Divergências», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3891, 3892, 3893, ano 131.º, Outubro/Dezembro 1998, pp. 162 e ss., 198 e ss., 234 e ss., respectivamente.
- _____, *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*, Separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, 2000.
- _____, *Direito Constitucional – A Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2002.
- _____, «Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX, 2003, pp. 63 e ss..
- _____, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- _____, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2010.
- _____, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010.
- CORREIA, Jorge Alves, *Contratos Urbanísticos (Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo)*, Almedina, Coimbra, 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982.
- _____, «Interpretação Administrativa das Leis», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 328 e ss..
- _____, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.
- _____, «O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 9/10, Janeiro/Junho 1994, pp. 131 e ss..
- _____, «Unidade ou Pluralidade de Meios Processuais Principais no Contencioso Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 23 e ss..
- _____, «Da Sede do Regime de Responsabilidade Objectiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 61, Dezembro 2001, pp. 1313 e ss..
- _____, *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lex, Lisboa, 2005.
- _____, «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito Administrativo», in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93 e ss..
- _____, «Revisitando o Estado de Necessidade», in: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 719 e ss..
- CORTEZ, Margarida, «O Crepúsculo da Invalidez Formal?», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 7, Janeiro/Fevereiro 1998, pp. 32 e ss..
- _____, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Studia Iuridica 52, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- _____, «A Inactividade Formal da Administração como Causa Extintiva do Procedimento e as suas Consequências», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 367 e ss..
- CORWIN, Edward S., «Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review», in: *The Doctrine of Judicial Review (Its Legal and Historical Basis and Other Essays)*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1999, pp. 1 e ss..
- COSTA, Delphine, «L’Autorité des Marchés Financiers: Jurisdiction? Quasi-Jurisdiction? Pseudo-Jurisdiction?», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 21.º ano, Novembro/Dezembro 2005, pp. 1174 e ss..

Bibliografia Citada

- COSTA, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da, «O Recurso para os Tribunais Judiciais da Aplicação de Coimas pelas Autoridades Administrativas», in: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, Abril/Junho 1992, pp. 39 e ss..
- _____, *O Princípio da Reserva do Juiz face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, polic., Coimbra, 1994.
- COSTA, José Francisco de Faria, *As Linhas Rectas do Direito*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2007.
- _____, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Pœnalis)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da, «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa em Matéria Administrativa», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 177 e ss..
- _____, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- COUTINHO, Luís Pereira, «Existe uma Proibição de Retrocesso na Regionalização Efectuada?», in: *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, pp. 101 e ss..
- _____, «As Duas Subtracções. Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as Funções de Legislar e de Administrar», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1, vol. XVI, 2000, pp. 99 e ss..
- _____, *As Faculdades Normativas Universitárias no Quadro do Direito Fundamental à Autonomia Universitária: O Caso das Universidades Públicas*, Almedina, Coimbra, 2004.
- CRAIG, Paul, *Administrative Law*, 6.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2008.
- CUÉLLAR, Leila, «O Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas», in: Vital MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública – I*, CEDIPRE/Coimbra Editora, 2004, pp. 591 e ss..
- D'ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- DAN, Wei, «O Pluralismo Jurídico na China», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIV, 2008, pp. 303 e ss..
- DANWITZ, Thomas von, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers (Zur Kontrolldichte Verordnungsgeberischer Entscheidungen)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- D'ATENA, Antonio, *Costituzionalismo Multilivello e Dinamiche Istituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2007.
- DELVOLVÉ, Pierre, «La Notion de Directive», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, 30.º ano, Outubro 1974, pp. 459 e ss..
- _____, «L'Été des Ordonnances», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 5, ano 21, Setembro/Outubro 2005, pp. 909 e ss..
- DEMLEITER, Andreas, «Die Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei Entgegenstehendem Gemeinschaftsrecht», in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 24, ano 28.º, Dezembro 2009, pp. 1525 e ss..
- DEMURO, Gianmario, *Le Delegificazioni: Modelli e Casi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.
- DEPUSSAY, Laurent, «Hiérarchie des Normes et Hiérarchie des Pouvoirs», in: *Revue du Droit Public*, n.º 2, Março/Abril 2007, pp. 421 e ss..

- DETTERBECK, Steffen, «Normwiederholungsverbot aufgrund Normverwendender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 116, 1991, pp. 391 e ss.
- _____, Detterbeck, «Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, ano 48.º, 1996, pp. 427 e ss..
- DI COSIMO, Giovanni, *I Regolamenti nel Sistema delle Fonti*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- DI FABIO, Udo, «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen Gesellschaftlicher Selbstregulierung und Staatlicher Steuerung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 56, De Gruyter, Berlin/New York, 1997, pp. 235 e ss..
- DI MANNO, Thierry, *Le Juge Constitutionnel et la Technique des Décisions «Interprétatives» en France et en Italie*, Economica, Paris, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- DIEZ-PICAZO, Luís Maria, «Actes Législatifs du Gouvernement et Rapport entre les Pouvoirs: L'Expérience Espagnole», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 727 e ss..
- DINIZ, A. Monteiro, «A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade como Forma Privilegiada de Dinamização do Direito Constitucional (O Sistema Vigente e o Ir e Vir Dialéctico entre o Tribunal Constitucional e os Outros Tribunais)», in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 199 e ss..
- DOMÈNECH PASCUAL, Gabriel, *La Invalidez de los Reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DONNELLY, Catherine M., *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- DOUENCE, Jean-Claude, *Recherches sur le Pouvoir Réglementaire de l'Administration*, LGDJ, Paris, 1968.
- DOUGAN, Michael, *National Remedies Before the Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2004.
- DOURADO, Ana Paula, *O Princípio da Legalidade Fiscal (Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação)*, Almedina, Coimbra, 2007.
- DRAGO, Roland, «Compétence Concernant les Commissaires aux Comptes et Incompatibilité de la Procédure de Sanction Pécuniaire avec l'Article 6 de la Convention EDH», in: *La Semaine Juridique – Jurisclasseur Périodique*, ed. G, n.º 42, 18.10.2000, Parte II, n.º 10408, pp. 1931 e ss..
- DUARTE, David, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Almedina, Coimbra, 1996.
- _____, «Alguns Problemas Relativos à Autovinculação Administrativa», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 6, Novembro/Dezembro 1997, pp. 3 e ss..
- _____, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- DUGUIT, Léon, «De la Situation des Particuliers à l'Égard des Services Publics», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano XIV, 1907, pp. 411 e ss..
- EHLERS, Dirk, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984.
- _____, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, pp. 1 e ss..
- EICHENBERGER, Kurt, «Gesetzgebung im Rechtsstaat», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, n.º 40, De Gruyter, Berlin/New York, 1982, pp. 7 e ss..
- EIDENMÜLLER, Horst, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

- EIFERT, Martin, «Regulierungsstrategien», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, München, 2006, pp. 1237 e ss..
- EISELE, Michaela, *Subjektive Öffentliche Rechte auf Normerlaß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. portuguesa da 3.^a ed. alemã (1964) por J. Baptista MACHADO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1965.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, «Das Verwaltungshandeln», in: ERICHSEN/EHLERS (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2002, pp. 229 e ss..
- ESTEVES, Maria da Assunção, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989.
- _____, «Fundamentos, Possibilidades e Limites de uma Regionalização dos Serviços de Justiça», in: *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 83 e ss..
- FÁBRICA, Luís/COLAÇO, Joana, «Artigo 267.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 578 e ss..
- FAHLBUSCH, Jonathan I., *Das Gesetzgeberische Phänomen der Normsetzung durch oder mit Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- FAVOREU, Louis, «La Décision de Constitutionnalité», in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, ano 38, Abril/Junho 1986, pp. 611 e ss..
- _____, «Le Fonti Normative Secondarie nell'Ordinamento Francese», in: *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell'Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 31 e ss..
- _____, «Le Pouvoir Normatif Primaire du Gouvernement en Droit Français», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 713 e ss..
- FERRARI, C./AIROLDI, M., «La Disapplicazione del Regolamento da Parte del Giudice Amministrativo», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, ano XVI, Março 1998, pp. 27 e ss..
- FETZER/GROSS: «Die Pupino-Entscheidung des EuGH - Abkehr vom Intergouvernementalen Charakter der EU?», in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n.º 18, vol. 16, 2005, pp. 550 e s..
- FIKENTSCHER, Wolfgang, «Synepëik und eine Synepëische Definition des Rechts», in: FIKENTSCHER/FRANKE/KÖHLER (org.), *Entstehung und Wandel Rechtlicher Traditionen*, Karl Albert, Freiburg/München, 1980, pp. 53 e ss..
- _____, *Modes of Thought*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.
- FOÀ, Sergio, *I Regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- FOLQUE, André, *A Tutela Administrativa nas Relações entre o Estado e os Municípios*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- FONSECA, Isabel Celeste, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2005.
- FORSTHOFF, Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, tradução francesa da 9.^a ed. alemã, 1966, por Michel FROMONT, Etablissements Emile Bruylan, Bruxelles, 1969.
- FRADA, Manuel Carneiro da, «Contrato e Deveres de Protecção», in: *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXXVIII, 1994, pp. 161 e ss..
- _____, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- FRANCO, Italo, *Manuale del Nuovo Diritto Amministrativo*, IPSOA/Wolters Kluwer, Vicenza, 2007.
- FREIRE, João Teixeira, «A Contratualização do Conteúdo do Plano Urbanístico», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.ºs 1/2, vol. XLV, 2004, pp. 423 e ss..

Bibliografia Citada

- FREITAS, Dinamene de, *O Acto Administrativo Inconstitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- FRENZ, Walter, *Handbuch Europarecht*, tomo III – Beihilfe- und Vergaberecht, Springer, Berlin/Heidelberg, 2007.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GALLETTA, Diana-Urania, «Notazione Critiche sul Nuovo Art. 21-*Octies* della Legge N. 241/90», in: *Giustizia Amministrativa*, n.º 2, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/Galetta.pdf (Dezembro 2010).
- GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1990.
- GAMA, João Taborda da, *Promessas Administrativas (Da Decisão de Autovinculação ao Acto Devido)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- GARCIA, Maria da Glória, *Considerações sobre a Reclamação Prévia ao Recurso Contencioso*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1983.
- _____, «Constituição *Ex Machina*», in: *Direito e Justiça*, tomo I, vol. XIII, 1999, pp. 177 e ss..
- _____, «As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões sobre o Lugar do Direito no Estado», in: *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, *Studia Iuridica* 60, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 345 e ss..
- _____, *Autonomia Universitária e Avaliação da Qualidade do Ensino Universitário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.
- _____, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.
- GARCIA, Maria da Glória/CORTÊS, António, «Artigo 266.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 554 e ss..
- GARCIA, Maria da Glória/FOLQUE, André, «Artigo 242.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 499 e ss..
- GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Poderes Normativos de las Administraciones Independientes en el Ámbito Económico», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 171, Setembro/Dezembro 2006, pp. 139 e ss..
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14.ª ed., vol. I, Civitas, Madrid, 2008.
- GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.
- GARRETT, Elizabeth, *Legislating Chevron*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 44, Law School/University of Chicago, Chicago, 2003, http://www.law.uchicago.edu/files/files/44.bg_chevron.pdf (Novembro 2009).
- GARRIDO FALLA, Fernando/PALOMAR OLMEDA, Alberto/LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2010.
- GAUDEMET, Yves, «La Loi Administrative», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n.º 1, Janeiro/Fevereiro 2006, pp. 65 e s..
- _____, *Droit Administratif*, 19.ª ed., LGDJ, Paris, 2010.
- GENEVOIS, «Le Conseil d'Etat n'est pas le Censeur de la Loi au Regard de la Constitution», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4, 16.º ano, Julho/Agosto 2000, pp. 715 e ss..

Bibliografia Citada

- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- _____, «Profili di un Diritto Amministrativo delle Comunità Europee», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 4, 2003, pp. 982 e ss.
- GLAESER, Walter Schmitt, «Partizipation na Verwaltungsentscheiden», in: *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 31, De Gruyter, Berlin/New York, 1973, pp. 179 e ss..
- GOHIN, Olivier, «Le Conseil d'Etat et le Contrôle de la Constitutionnalité de la Loi», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, 16.º ano, Novembro/Dezembro 2000, pp. 1175 e ss..
- GOMES, Ana Cláudia Nascimento, *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
- GOMES, Carla Amado, «A Suspensão Jurisdicional da Eficácia de Regulamentos Imediatamente Exequíveis», in: *Revista Jurídica*, n.º 21, Junho 1997, pp. 21 e ss..
- _____, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do Seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- _____, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 541 e ss..
- _____, «Dúvidas Não Metódicas Sobre o Novo Processo de Impugnação de Normas do CPTA», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 60, Novembro/Dezembro 2006, pp. 3 e ss..
- _____, «Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Actos Administrativos... Contributo para a Construção de um Regime de Modificação do Acto Administrativo por Alteração Superveniente dos Pressupostos», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 237 e ss..
- _____, «Os Pressupostos do Recurso para Uniformização de Jurisprudência Constitucional: Breves Notas ao Artigo 79.º-D/1 da LOTC», in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 511 e ss..
- _____, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- _____, «O “Caso Decidido”: Uma Instituição (Ainda) do Nosso Tempo? Reflexões a Propósito do Art. 161.º do CPTA», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Julho/Agosto 2008, pp. 16 e ss..
- _____, «A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 519 e ss..
- _____, «Repensar o Código do Procedimento Administrativo – A Decisão do Procedimento», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, pp. 32 e ss..
- GOMES, João Salis, «Produção Normativa Governamental: Problemas e Perspectivas», in: M. Baptista COELHO, *Portugal. O Sistema Político e Constitucional*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1989, pp. 387 e ss..
- GÓMEZ-ACEBO SANTOS, Ricardo, «El Ejercicio de la Función Legislativa por el Gobierno: Leyes Delegadas e Decretos-Leyes», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 6, 1951, pp. 99 e ss..
- GONÇALVES, Pedro, «Revogação (de Actos Administrativos)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, s. n., Lisboa, 1996, pp. 303 e ss..

Bibliografia Citada

- _____, «Apontamentos sobre a Função e a Natureza dos Pareceres Vinculantes», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, Novembro/Dezembro 1996, pp. 3 e ss..
- _____, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, CEFA, Coimbra, 1997.
- _____, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999.
- _____, «A Justiciabilidade dos Litígios entre Órgãos da Mesma Pessoa Colectiva Pública», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 9 e ss..
- _____, *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003.
- _____, *Regulação das Telecomunicações*, in: http://www.fd.uc.pt/cedipre/pos_graduacao/2003_2004/documentos.htm, Janeiro 2004.
- _____, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- _____, «A Acção Administrativa Comum», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 127 e ss..
- _____, «Entidades Privadas com Poderes Administrativos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, pp. 50 e ss..
- _____, «A “Soberania Limitada” das Federações Desportivas», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, Setembro/Outubro 2005, pp. 41 e ss..
- _____, «Direito Administrativo da Regulação», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 535 e ss..
- _____, «Avaliação do Regime Jurídico do Contencioso Pré-Contratual Urgente», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, Março/Abril 2007, pp. 3 e ss..
- _____, «Imputação ao Gil Vicente FC de Infracção Disciplinar Muito Grave Consistente na Violação do Disposto no Artigo 63.º do Regulamento da Liga Portuguesa de Futebol Profissional», in: *Desporto & Direito*, n.º 13, ano V, Setembro/Dezembro 2007, pp. 91 e ss..
- _____, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007.
- _____, «Regulação das Comunicações Electrónicas», in: Pedro GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações (Estudos de Direito Administrativo da Regulação)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 181 e ss..
- _____, «Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 569 e ss..
- _____, «O Direito de Acesso à Informação Detida por Empresas do Sector Público», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 81, Maio/Junho 2010, pp. 3 e ss..
- _____, «Regulação Administrativa e Contrato», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 987 e ss..
- _____, «Natureza Jurídica das Sociedades de Capitais Exclusiva ou Maioritariamente Públicos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 84, Novembro/Dezembro 2010, pp. 14 e ss..
- GONÇALVES, Pedro/OLIVEIRA, Fernanda Paula, «A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística», in: *Revista do CEDOUA*, n.º 1, ano II, 1999, pp. 17 e ss..
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, Thomson/Civitas/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- GÖSSWEIN, Christoph, *Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der Administrativen Normsetzung?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1995.
- _____, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional (Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição)*, Almedina, Coimbra, 1998.
- _____, *Manual de Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 2008.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, vols. I e II, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- GRAAF, Gjal't de/WAL, Zeger van der, «Managing Conflicting Public Values: Governing with Integrity and Effectiveness», in: *American Review of Public Administration*, n.º 6, vol. 40, Novembro 2010, pp. 623 e ss..
- GRECO, Giuseppe, *I Regolamenti Amministrativi*, Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- GRECO, Guido, «Incidenza del Diritto Comunitario sugli Atti Amministrativi Italiani», in: CHITI, Mario/GRECO, Guido (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo – Parte Generale*, 2.^a ed., tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 933 e ss..
- GREEN, Richard T., «Common Law, Equity, and American Public Administration», in: *American Review of Public Administration*, n.º 3, vol. 32, Setembro 2002, pp. 263 e ss..
- GUASTINI, Ricardo, «In Tema di Abrogazione», in: Claudio LUZZATI (org.), *L'Abrogazione delle Leggi (Un Dibattito Analitico)*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 3 e ss..
- GUEDES, Marques, «A Lei em Direito Constitucional Comparado», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 35 e ss..
- GUYOMAR, Mattias, «Le Controle de Constitutionnalité d'un Règlement Transposant une Directive Communautaire», in: *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 2, ano 23.º, Março/Abril 2007, pp. 384 e ss..
- HÄBERLE, Peter, *Öffentliches Interesse als Juristisches Problem*, Athenäum Verlag, Bad Homburg, 1970.
- _____, «Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978)», in: *Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 155 e ss..
- HARLOW, Carol, «Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 71, 2005, pp. 279 e ss..
- HARTWIG, «Le Fonti Secondarie nell'Ordinamento Giuridico della Repubblica Federale Tedesca», in: *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell'Amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 79 e ss..
- HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.^a ed. (1933), Dalloz, Paris, 2002.
- HENNEKE, Hans-Günter, «Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 1, ano 16.º, 2001, pp. 71 e ss..
- HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20.^a ed. alemã por L. Afonso HECK, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- HILL, Hermann, «Normsetzung und Andere Formen Exekutivischer Selbstprogrammierung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, München, 2006, pp. 959 e ss..
- HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981.
- HISPARIS, George, «Pourquoi tant de loi(s)?», in: *Pouvoirs*, n.º 114, 2005, pp. 101 e ss..
- HOFFMANN, Gerhard, «Die Verwaltung und das Verfassungswidrige Gesetz», in: *Juristenzeitung*, n.º 7, Abril 1961, pp. 193 e ss..
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 40, Gruyter, Berlin/New York, 1982, pp. 187 e ss..

- _____, «Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht: Einleitende Problemskizze», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 11 e ss..
- _____, «Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, fasc. 1, vol. 130, Fevereiro 2005, pp. 5 e ss..
- _____, «Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLÉ, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, München, 2006, pp. 623 e ss..
- _____, «Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLÉ, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, München, 2008, pp. 885 e ss..
- HÖPFNER, Clemens, *Die Systemkonforme Auslegung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- HOPPE, Werner, «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 1, ano 111.º, Janeiro 1996, pp. 12 e ss..
- HOPPE, Werner/BÖNKER, Christian/GROTEFELS, Susan, *Öffentliches Baurecht*, 3.ª ed., Beck, München, 2004.
- HUERGO LORA, Alejandro, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.
- _____, *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, 6.ª ed., Beck, München, 2005.
- IANNOTTA, Lucio, «Merito, Discrezionalità e Risultato nelle Decisioni Amministrative (L'Arte di Amministrare)», in: *Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico*, n.º 1, ano II, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/ART_1975.pdf (Outubro 2010).
- IPSEN, Jörn, «Vorwirkungen Verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidung», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, fasc. 51, ano 31.º, Dezembro 1978, pp. 2569 e ss..
- _____, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeiten von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980.
- IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- _____, *I Poteri Normativi delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in: http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-28/06-11-2009/Cerulli_Irelli_20_07_09.pdf (Junho 2010).
- _____, «Osservazioni Generali Sulla Legge di Modifica della L. N. 241/90 – 5. Puntata», *Giustizia Amministrativa*, n.º 2, 2005, http://www.giustamm.it/new_2005/Cerulli_Irelli5.pdf (Dezembro 2010).
- _____, *Lineamenti del Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Giappichelli Editore, Torino, 2010.
- JACQUOT, Henri/PRIET, François, *Droit de l'Urbanisme*, 6.ª ed., Dalloz, Paris, 2008.
- JESTAEDT, Matthias, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, pp. 285 e ss..
- JELLINEK, Georg, *Gesetz und Verordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1919.
- JELLINEK, Walter, *Verwaltungsrecht*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1928.
- JOUANJAN, Olivier, *Le Principe d'Egalité devant la Loi en Droit Allemand*, Economica, Paris, 1992.
- JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano – I (Parte Geral)*, 3.ª ed., Studia Iuridica 50, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, 2006.
- _____, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- _____, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- KAFFENBERGER, Knut, *Das Intendierte Verwaltungsermessen*, Herbert Utz Verlag, München, 2002.

- KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, trad. da ed. Alemã (1997) por António Ulisses CORTÊS, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004.
- KELSEN, Hans, «La Garantie Juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tomo XLV, 1928, pp. 197 e ss..
- _____, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 5, Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig, 1929, pp. 30 e ss..
- KIRCHOF, Paul, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer Einheitlichen Rechtsordnung*, C. F. Müller, Heidelberg/Karlsruhe, 1978.
- KIRKBY, Mark Bobela-Mota, *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, AAFDL, Lisboa, 2002.
- KISKER, Gunter, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 32, De Gruyter, Berlin/New York, 1974, pp. 149 e ss..
- KÖLBEL, Christoph, *Gleichheit „im Unrecht“*, s. I., 1998, in: <http://www.muehle-hirtz-koelbel.de/downloads/assets/GiU.pdf> (Dezembro 2010).
- KOPP, Ferdinand O., «Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, fasc. 16, 98.º ano, Agosto 1983, pp. 821 e ss..
- KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 9.ª ed., Beck, München, 2005.
- KREBS, Walter, «Baurecht», in: SCHMIDT-ASSMANN/KOCH, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14.ª ed., De Gruyter, Berlin, 2008, pp. 457 e ss..
- LANCEIRO, Rui Tavares, «A Condenação à Abstenção de Comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1147 e ss..
- LANDAIS, Claire/LENICA, Frédéric, «L’Abrogation Implicite dans la Jurisprudence Récente du Conseil d’Etat», in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 7, Fevereiro 2006, pp. 357 e ss..
- LANGE, Klaus, «Innenrecht und Außenrecht», in: HOFFMAN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 307 e ss..
- LAPERUTA, Lilla, *Compendio di Scienza dell’Amministrazione*, 3.ª ed., Edizioni Simone, Napoli, 2005.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., tradução da 6.ª ed. alemã (1991) por J. LAMEGO, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- LAUBADERE, André de/MODERNE, Franck/DELVOLVE, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, tomo I, 2.ª ed., L.G.D.J., Paris, 1983.
- LAUBADERE, André de/VENEZIA, Jean-Claude/GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 14.ª ed., L.G.D.J., Paris, 1996.
- LAWSON, Gary, «Discretion as Delegation: The ‘Proper’ Understanding of the Nondelegation Doctrine», in: *George Washington Law Review*, n.º 2, vol. 73, Janeiro 2005, pp. 235 e ss..
- LEISNER, Walter, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1971.
- LEPA, Manfred, «Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 105.º, 1980, pp. 337 e ss..
- LEITÃO, Alexandra, «A Contratualização no Direito do Urbanismo», in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 25-26, Janeiro/Dezembro 2006, pp. 9 e ss..
- LEVY, Roger, «New Public Management: End of an Era?», in: *Public Policy and Administration*, n.º 2, vol. 25, Abril 2010, pp. 234 e ss..

Bibliografia Citada

- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1965.
- _____, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- LINHARES, José Manuel Aroso, *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos*, polic., Coimbra, 2009.
- LOCKE, John, *Dois Tratados do Governo Civil*, trad. por M. MORGADO, Edições 70, Coimbra, 2006.
- LOGAN, D. W., «Post-War Machinery of Government: V – Delegated Legislation», in: *Political Quarterly*, vol. XIV, n.ºs 1-4, 1944, pp. 185 e ss..
- LONG, M./WEIL, P./BRAIBANT, G./DELVOLVE, P./GENEVOIS, B., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 9.^a ed., Sirey, Paris, 1990.
- LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário: Uma Perspectiva de Controlo*, polic., Coimbra, 2003.
- _____, «Plano, Acto e Contrato no Direito do Urbanismo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, Março/Abril 2008, pp. 11 e ss..
- LOPES, Licínio, «O Conceito de Norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVXXV, 1999, pp. 604 e ss..
- _____, «Alguns Aspectos Fundamentais do Regime Material das Operações Urbanísticas», in: F. Alves CORREIA (coord.), *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo – Actas*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 127 e ss..
- _____, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- LORENZ, Dieter, «Zur Problematik des Verwaltungsgerichtlichen In-sich-Prozesses», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 93.º, 1968, pp. 308 e ss..
- LOUREIRO, João Carlos, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Studia Iuridica 13, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- _____, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 263 e ss..
- _____, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na Esfera da Genética Humana*, polic., Coimbra, 2003.
- _____, «O Político e o Social em *Deus Caritas Est*: Entre a Justiça e a Caridade», in: *Estudos – Revista do Centro Académico de Democracia Cristã*, n.º 7 (nova série), 2006, pp. 53 e ss..
- _____, «Pessoa, Dignidade e Cristianismo», in: *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I, Studia Iuridica 90, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 669 e ss..
- _____, «Adeus ao Estado Social? O Insustentável Peso do Não-Ter», in: João LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? (A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos Direitos Adquiridos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 45 e ss..
- LOURENÇO, Paulo Lopes, *Fundamentação dos Actos Comunitários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- LUZZATI, Claudio, «Abrogazione e Indeterminatezza dell’Ordinamento Giuridico», in: Claudio LUZZATI (org.), *L’Abrogazione delle Leggi (Un Dibattito Analitico)*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, pp. 65 e ss..
- LYNN Jr., Laurence E., «Restoring the Rule of Law to Public Administration», in: *Public Administration Review*, fasc. 5, vol. 69, Setembro/Outubro 2009, pp. 803 e ss..
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.

Bibliografia Citada

- MACHADO, João Baptista, «Participação e Descentralização», in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.^{os} 1-2-3-4, ano XXII, Janeiro/Dezembro 1975, pp. 1 e ss..
- _____, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6.^a reimp., Almedina, Coimbra, 1993.
- MACHADO, Jónatas, «Breves Considerações em Torno do Âmbito da Justiça Administrativa», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 94, pp. 79 e ss..
- _____, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- _____, *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MACHETE, Pedro, «A Obrigatoriedade de Executar a Legislação Nacional», in: *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, pp. 113 e ss..
- _____, *O Princípio da Boa Fé*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, in: <https://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyhqCKzMMU0NDhhZDctOTMyYS00Yjg5LWEzMzAtZTkwn2FmMWMYm2Ey&hl=en> (Novembro 2010).
- MACHETE, Rui Chancerelle, «Privilégio da Execução Prévia», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, s. n., Lisboa, 1994, pp. 448 e ss..
- _____, «A Execução do Acto Administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, pp. 65 e ss..
- MAÇÃS, Maria Fernanda, «A Caducidade no Direito Administrativo», in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121 e ss..
- _____, «O Controlo Jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006, pp. 21 e ss..
- MANGANARO, Francesco, *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.
- _____, «Il Diritto Amministrativo Speciale dell'Amministrazione Concertata», in: *Raccolta di Studi di Diritto Amministrativo*, Rubbettino, Catanzaro, 2004, pp. 233 e ss..
- MANN, Thomas, «Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von Öffentlichem Auftrag und Wettbewerb», in: *Juristenzeitung*, vol. 57.º, 2002, pp. 819 e ss..
- MAOR, Anat, «Private Legislation as a Strategy of Political Negotiation», in: *Public Administration*, n.º 4, vol. 87, 2009, pp. 750 e ss..
- MARTINEZ, Pedro Romano, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno», in: *Direito e Justiça*, vol. IV, 1989/1990, pp. 163 e ss..
- MATHIEU, Bertrand/VERPEAUX, Michel, *Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.
- MATOS, André Salgado de, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004.
- _____, «Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 193 e ss..
- _____, «Algumas Observações Críticas Acerca dos Actuais Quadros Legais e Doutrinários da Invalidez do Acto Administrativo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, Julho/Agosto 2010, pp. 55 e ss..
- MATOS, André Salgado de/GAMA, João Taborda da, «O Prazo para Exercício do Direito à Restituição de Emolumentos Notariais Indevidamente Cobrados», in: *Fiscalidade. Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 9, Janeiro 2002, pp. 103 e ss..
- MATTARELLA, Bernardo Giorgio, «L'Attività», in: CASSESE (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo I, Giuffrè Editore, Milão, 2000, pp. 629 e ss..

- _____, «Il Provvedimento», in: CASSESE (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo I, Giuffrè Editore, Milão, 2000, pp. 705 e ss..
- MAUNZ, Theodor, «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, n.ºs 13/14, ano 34, Julho 1981, pp. 497 e ss..
- MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. IV, Beck, München, 2001.
- MAURER, Hartmut, «Bestandkraft für Satzungen?», in: *Festschrift für Otto Bachof*, Beck, München, 1984, pp. 215 e ss..
- _____, «Der Verwaltungsvorbehalt», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, n.º 43, De Gruyter, Berlin/New York, 1985, pp. 135 e ss..
- _____, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., Beck, München, 2009.
- MAYER, Otto, *Le Droit Administratif Allemand*, tomo I, Giard & Brière, Paris, 1903.
- MEDEIROS, Rui, «Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional», in: *O Direito*, n.º III, ano 121.º, Julho/Setembro 1989, pp. 485 e ss..
- _____, «Relações entre Normas Constantes de Convenções Internacionais e Normas Legislativas na Constituição de 1976», in: *O Direito*, ano 122.º, n.º II, Abril/Junho 1990, pp. 355 e ss..
- _____, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.
- _____, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- _____, «A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 183 e ss..
- _____, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005.
- _____, «Artigo 199.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 708 e ss..
- _____, «Artigo 204.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 48 e ss..
- _____, «Artigo 225.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 270 e ss..
- _____, «Artigo 227.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 302 e ss..
- _____, «Artigo 228.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 337 e ss..
- _____, «Artigo 233.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 421 e ss..
- _____, «Artigo 241.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 483 e ss..
- _____, «Artigo 280.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 738 e ss..
- _____, «Artigo 282.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 819 e ss..
- _____, «Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008, pp. 3 e ss..

Bibliografia Citada

- MEDEIROS, Rui/FERNANDES, Maria João, «Artigo 202.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 9 e ss..
- MEDEIROS, Rui/MACIEIRINHA, Tiago, «Artigo 271.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 632 e ss..
- MEDEIROS, Rui/SILVA, Jorge Pereira da, *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores Anotado*, Principia, Lisboa, 1997.
- MEIRIM, José Manuel, «A Fiscalização da Constitucionalidade dos Regulamentos das Federações Desportivas», in: Revista do Ministério Público, n.º 66, 1996, pp. 117 e ss..
- _____, «Elementos para uma Leitura Crítica da Legislação sobre o Desporto», in: *Temas de Direito do Desporto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 167 e ss..
- MEKHANTAR, Joël, «Note sous CE 13 mars 1996, Aff.: M. Gohin», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 9, Setembro 1996, pp. 699 e ss..
- MELERO ALONSO, Eduardo, *Reglamentos y Disposiciones Administrativas: Análisis Teórico y Práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MELO, António Barbosa de, «Introdução às Formas de Concertação Social», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LX, 1984, pp. 65 e ss..
- _____, «A Preferência da Lei Posterior em Conflito com Normas Convencionais Recebidas na Ordem Interna ao Abrigo do n.º 2 do Artigo 8.º da Constituição», in: *Colectânea de Jurisprudência*, tomo 4, ano IX, 1984, pp. 13 e ss..
- _____, *Sobre o Problema da Competência para Assentar*, polic., Coimbra, 1988.
- _____, *Direito Administrativo (Sumários das Lições Proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no Ano Lectivo 2000-01)*, polic., Coimbra, 2001.
- _____, *Segurança e Liberdade: Dois Casos Exemplares*, Conferência proferida em 3 de Dezembro de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ainda inédito (texto consultado por gentileza do Autor, a quem agradecemos).
- MELO, António Barbosa de/COSTA, José Manuel Cardoso da/ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981.
- MENDES, Joana, *Rights of Participation in European Administrative Law – A Rights-Based Approach to Participation in Rulemaking*, polic., European University Institute, Florence, 2008.
- MENGER, Christian-Friedrich, «Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit», in: *Verwaltungs Archiv*, n.º 3, vol. 52, Julho 1961, pp. 305 e ss..
- MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MERUSI, Fabio, «Il Principio di Buona Fede nel Diritto Amministrativo», in: *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 215 e ss..
- MERUSI, Fabio/PASSARO, Michele, *Le Autorità Indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- MESQUITA, Costa, «Invalidade do Acto Administrativo», in: *Contencioso Administrativo (Breve Curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga)*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 125 e ss.
- MICHAEL, Lothar, *Rechtsetzende Gewalt im Kooperierenden Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

Bibliografia Citada

- _____, «Formen- und Instrumentenmix», in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2008, pp. 1521 e ss..
- MICHEL, Helmut, «Normenkontrolle durch die Vollziehende Gewalt», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 19, ano 13.º, Maio 1960, pp. 841 e ss..
- MIRANDA, João, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- MIRANDA, Jorge, «O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Estudos sobre a Constituição*, 3.º vol., Petrony, Lisboa, 1979, pp. 41 e ss..
- _____, «A Forma Legislativa» in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 99 e ss..
- _____, «As Associações Públicas no Direito Português», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXVII, 1986, pp. 57 e ss..
- _____, «Regulamento», in: *Pólis*, vol. V, Verbo, Lisboa, 1987, pp. 266 e ss..
- _____, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, FDUL, polic., Lisboa, 1990.
- _____, «Estado de Sítio e Estado de Emergência», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, s. n., Lisboa, 1991, pp. 257 e ss.
- _____, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- _____, «A Autonomia Legislativa Regional e o Interesse Específico das Regiões Autónomas», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 11 e ss..
- _____, «O Interesse Específico das Regiões Autónomas», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 37 e ss..
- _____, «Ministro da República», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 325 e ss..
- _____, «Artigo 112.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 256 e ss..
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- _____, «Artigo 277.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 701 e ss..
- _____, «Artigo 278.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 720 e ss..
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- _____, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Principia, Parede, 2009.
- _____, «Artigo 3.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 116 e ss..
- _____, «Artigo 8.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 159 e ss..
- _____, «Artigo 12.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 207 e ss..
- _____, «Artigo 19.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 405 e ss..
- _____, «Artigo 76.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1424 e ss..
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Bibliografia Citada

- _____, «O Artigo 8.º da Constituição e o Direito Internacional», in: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 415 e ss..
- MIRANDA, Jorge/MARQUES, Pedro Garcia, «Artigo 41.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 890 e ss..
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, «Artigo 13.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 213 e ss..
- _____, «Artigo 17.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 302 e ss..
- MIRANDA, Jorge/SILVA, Jorge Pereira da, «Artigo 18.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 310 e ss..
- MIRANDA, Jorge/SILVA, Vasco Pereira da, «Problemas Constitucionais da Transformação de Empresas Públicas», in: *O Direito*, ano 120.º, 1988, pp. 76 e ss..
- MONCADA, Luís Cabral de, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- _____, «O Regulamento Independente no Direito Português – Ac. do STA de 9.10.2008, P. 371/08», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 77, Setembro/Outubro 2009, pp. 16 e ss..
- _____, «Boa Fé e Tutela da Confiança no Direito Administrativo», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 573 e ss..
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, «A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português (Algumas Questões)», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX, 2004, pp. 483 e ss..
- _____, «O Direito de Impugnação Judicial de Actos Administrativos na Constituição de 1976 e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005, pp. 49 e ss..
- _____, «Regulamentos e Autovinculação Administrativa – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3.11.2005, P. 239/05», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 59, Setembro/Outubro 2006, pp. 24 e ss..
- _____, «O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, 2006, pp. 415 e ss..
- _____, «Cedências para o Domínio Municipal: Algumas Questões», in: *Direito Regional e Local*, n.º 4, Outubro/Dezembro 2008, pp. 21 e ss..
- _____, «Cavaleiros e Hierarquia: O Artigo 158.º da Lei do Orçamento do Estado para 2009», in: *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 2, Julho 2009, pp. 1 e ss. (http://www.fd.uc.pt/cedipre/revista/revista_2.pdf).
- _____, «Os Princípios Normativos são Parâmetro de Vinculação dos Regulamentos?», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, Março/Abril 2010, pp. 50 e ss..
- MONIZ, Carlos Botelho/PINHEIRO, Paulo Moura, «Rapport Portugais», in: SCHWARZE (org.), *Administrative Law under European Influence*, Nomos/Sweet & Maxwell, Baden-Baden/Londres, 1996, pp. 657 e ss..
- MONTEIRO, Cristina Líbano, «Artigo 348.º – Anotação», in: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349 e ss..
- MORAIS, Carlos Blanco de, «A Invalidez dos Regulamentos Estaduais e os Fundamentos da sua Impugnação Contenciosa», in: *Revista Jurídica*, n.º 8, Outubro/Dezembro 1986, pp. 95 e ss..

- _____, *A Autonomia Legislativa Regional (Fundamentos das Relações de Prevalência entre Actos Legislativos Estaduais e Regionais)*, AAFDL, Lisboa, 1993.
- _____, *O Ministro da República – Digressão sobre as Figuras Comissariais do Estado em Regiões Autónomas*, INCM, Lisboa, 1995.
- _____, «As Competências Legislativas das Regiões Autónomas no Contexto da Revisão Constitucional de 1997», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3, ano 57.º, Dezembro 1997, pp. 983 e ss..
- _____, *As Leis Reforçadas (As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Actos Legislativos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- _____, «A Dimensão Interna do Princípio da Subsidiariedade no Direito Português», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, ano 58.º, Julho 1998, pp. 779 e ss..
- _____, «Os Direitos, Liberdades e Garantias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in: *O Direito*, ano 132.º, III-IV, Julho/Dezembro 2000, pp. 361 e ss..
- _____, «As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, ano 61.º, Janeiro 2001, pp. 101 e ss..
- _____, *Justiça Constitucional*, tomo II – O Contencioso Constitucional Português: Entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- _____, *Justiça Constitucional*, tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- _____, «O Défice Estratégico da Ordenação Constitucional das Autonomias Regionais», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3, ano 66.º, Dezembro 2006, pp. 1153 e ss..
- _____, «Brevíssimas Notas sobre a Revisão do CPTA e do ETAF em Matéria de Contencioso Regulamentar», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, pp. 3 e ss..
- _____, «O Programa “Legislar Melhor”. Dois Anos Depois», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 50, Outubro/Dezembro 2009, pp. 61 e ss..
- MORBIDELLI, «La Disapplicazione dei Regolamenti nella Giurisdizione Amministrativa», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. IV, ano XV, Dezembro 1997, pp. 661 e ss..
- MOREIRA, José Carlos, «Fiscalização Judicial da Constitucionalidade», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XIX, 1943, pp. 1 e ss., 354 e ss..
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Almedina, Coimbra, 1997.
- _____, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997.
- _____, «As Ordens Profissionais: Entre o Organismo Público e o Sindicato», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 73, ano 19, Janeiro/Março 1998, pp. 21 e ss..
- _____, «Formas de Acção Administrativa», in: *Direito Administrativo (2002-2003)*, polic., Coimbra, 2003.
- _____, «Fontes de Direito Administrativo», in: *Direito Administrativo (2005-2006)*, polic., Coimbra, 2006.
- _____, «A Utilização e Valorização do Resultado das Escutas Telefónicas em Processos Disciplinares Desportivos – Parecer», in: *Desporto & Direito*, n.º 18, ano VI, Maio/Agosto 2009, pp. 431 e ss..
- MOREIRA, Vital/MAÇÃS, Maria Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La Ejecución Administrativa del Derecho Comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- MÖSTL, Markus, «Normative Handlungsformen», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, pp. 547 e ss..

- MOURA, Paulo Veiga e, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- MÜLLER, Bernd, *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2004.
- MÜLLER, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*, trad. da ed. alemã (1993) por O. JOUANJAN, PUF, Paris, 1996.
- MUSACCHIA, Giuseppe, «Le Norme Sulla Produzione Giuridica nel Sistema Costituzionale delle Fonti», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1970, pp. 172 e ss..
- NABAIS, José Casalta, «Os Direitos na Constituição Portuguesa», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 400, Novembro 1990, pp. 15 e ss..
- _____, «Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXV, 1990, pp. 65 e ss..
- _____, «Considerações Sobre a Autonomia Financeira das Universidades Portuguesas», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito (número especial), Coimbra, 1991, pp. 329 e ss..
- _____, «A Autonomia Local (Alguns Aspectos Gerais)», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito (número especial), Coimbra, 1993, pp. 107 e ss..
- _____, «Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 965 e ss..
- _____, «A Autonomia Financeira das Autarquias Locais», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, 2006, pp. 15 e ss..
- _____, *Direito Fiscal*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- NABATCHI, Tina, «Addressing the Citizenship and Democratic Deficits: The Potential of Deliberative Democracy for Public Administration», in: *The American Review of Public Administration*, n.º 4, vol. 40, Julho 2010, pp. 376 e ss..
- NAPOLITANO, «Soggetti Privati “Enti Pubblici”?», in: *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, ano IX, 2003, pp. 801 e ss..
- NEUMANN, Volker, *Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung?*, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, vol. II, polic., Lisboa, 2007.
- _____, «O Direito da Função Pública», in: Paulo OTERO/Pedro GONÇALVES (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 359 e ss..
- NEVES, António Castanheira, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967.
- _____, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra, 1968-1969.
- _____, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, polic., Coimbra, 1972.
- _____, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- _____, *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

- _____, «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 9 e ss..
- _____, «O Princípio da Legalidade Criminal», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 349 e ss..
- _____, «O Problema da Discrecionabilidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 531 e ss..
- _____, «Fontes do Direito», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 7 e ss..
- _____, «A Unidade do Sistema Jurídico: O Seu Problema e o Seu Sentido», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 95 e ss..
- _____, «Interpretação Jurídica», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 337 e ss..
- _____, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- _____, «Da “Jurisdição” no Actual Estado-de-Direito», in: *Ab Uno ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 177 e ss..
- _____, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- _____, «Direito Hoje e Com que Sentido?», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 45 e ss..
- NIERHAUS, Michael/JANZ, Norbert, «Aktuelle Probleme der Rechtsetzung des Bundes und der Länder – Eine Normhierarchische Gemengelage?», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 4, ano 12.º, 1997, pp. 320 e ss..
- NOVAIS, Jorge Reis, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lex, Lisboa, 1997.
- _____, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- _____, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- _____, «Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)», in: *Themis*, n.º 10, ano VI, 2005, pp. 91 e ss.
- OLDENBURG, Sophie, *Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- OLIVEIRA, António Cândido de, «Poderes de Intervenção do Estado em Matéria de Urbanismo – Autonomia Local – Tutela: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27 de Novembro de 1990», in: *Scientia Iuridica*, tomo XLI, n.ºs 235/237, Janeiro/Junho 1992, pp. 145 e ss..
- _____, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- _____, «Poderes Paralelos ao Ataque da Autonomia Municipal», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, Novembro/Dezembro 1996, pp. 40 e ss..
- _____, «A EDP, os Municípios e o Governo: Tutela Administrativa – Reserva de Jurisdição», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 9, Maio/Junho 1998, pp. 11 e ss..
- _____, «Estado de Direito Sem Adjectivos», in: *Scientia Iuridica*, n.º 320, tomo LVIII, Outubro/Dezembro 2009, pp. 645 e ss..

Bibliografia Citada

- OLIVEIRA, Fernanda Paula, «Reflexão sobre Algumas Questões Práticas no Âmbito do Direito do Urbanismo», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. comemorativo, 2003, pp. 935 e ss..
- _____, «A Alteração Legislativa ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: Uma Lebre que Saiu Gato...?», in: *Direito Regional e Local*, n.º 0, Outubro/Dezembro 2007, pp. 53 e ss..
- _____, «As Virtualidades das Unidades de Execução num Novo Modelo de Ocupação do Território», in: *Direito Regional e Local*, n.º 2, Abril/Junho 2008, pp. 17 e ss..
- _____, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial*, Almedina, Coimbra, 2008.
- _____, «Contratação Pública no Direito do Urbanismo», in: Pedro GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 781 e ss..
- _____, *Contratos para Planeamento (Da Consagração Legal de uma Prática às Dívidas Práticas do Enquadramento Legal)*, Almedina, Coimbra, 2009.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula/LOPES, Dulce, «O Papel dos Privados no Planeamento: Que Formas de Intervenção?», in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 20, Dezembro 2003, pp. 43 e ss..
- OLIVEIRA, Fernanda Paula/NEVES, Maria José Castanheira/LOPES, Dulce/MAÇÃS, Fernanda, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, 2.ª ed., Almedina, 2009.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1980.
- _____, «A Impugnação e Anulação Contenciosas dos Regulamentos», in: *Revista do Ministério Público*, n.º 2, ano I, Maio 1986, pp. 29 e ss..
- _____, «A Publicidade, o Notariado e o Registo Públicos de Direitos Privados», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 471 e ss..
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/GONÇALVES, Pedro/AMORIM, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa (Das Fontes às Garantias)*, Almedina, Coimbra, 1998.
- _____, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, «Processo Executivo: Algumas Questões», in: *A Reforma da Justiça Administrativa*, Studia Iuridica 86, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 239 e ss..
- OSSENBÜHL, Fritz, «Die Verwaltungsvorschriften in der Verwaltungsgerichtlichen Praxis», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 92, 1967, pp. 1 e ss..
- _____, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Verlag Gehlen – Bad Homburg v.d.H., Berlin/Zürich, 1968.
- _____, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», in: *Die Verwaltung*, n.º 2, 1969, pp. 393 e ss..
- _____, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, fasc. 9, ano 1.º, Setembro 1982, pp. 465 e ss..
- _____, «Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 45, ano 39, Novembro 1986, pp. 2805 e ss..
- _____, «Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 281 e ss..
- _____, «Vorrang und Vorbehalt der Gesetzgebung», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 315 e ss..

- _____, «Rechtsverordnung», in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 387 e ss..
- _____, «Gesetz und Verordnung im Gegenwärtigen Staatsrecht», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 4, ano 12.º, 1997, pp. 305 e ss..
- _____, «Der Verfassungsrechtliche Rahmen Offener Gesetzgebung und Konkretisierender Rechtsetzung», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, fasc. 1, ano 114.º, 1999, pp. 1 e ss..
- _____, «Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung», in: ERICHSEN/EHLERS (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2002, pp. 133 e ss..
- OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- _____, *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex, Lisboa, 1993.
- _____, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo (Enquadramento Dogmático-Constitucional)*, Lex, Lisboa, 1995.
- _____, «O Princípio da Supletividade do Direito do Estado na Constituição de 1976», in: *Estado & Direito*, n.ºs 17/18, 1996, pp. 57 e ss..
- _____, «A Competência Legislativa das Regiões Autónomas», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 21 e ss..
- _____, *Direito Administrativo (Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)*, polic., Lisboa, 1998.
- _____, «Direitos Históricos e Não Tipicidade Pretérita dos Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1061 e ss..
- _____, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- _____, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I vol., 1.º e 2.º tomos, polic., Lisboa, 1998 e 1999, respectivamente.
- _____, «A Impugnação de Normas no Anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 45 e ss..
- _____, «A Intervenção do Ministro das Finanças sobre os Actos do Governo de Aumento de Despesas ou Diminuição de Receitas», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 163 e ss..
- _____, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», in: *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, Studia Iuridica 60, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 31 e ss..
- _____, «A Administração Pública Nacional como Administração Comunitária: Os Efeitos Internos da Execução Administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário», in: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 817 e ss..
- _____, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.
- _____, «O Direito Fundamental a Não Participar num Acto Injusto», in: Barbas HOMEM/Vera-Cruz PINTO/Portocarrero de ALMADA/P. Teixeira PINTO (org.), *João Paulo II e o Direito*, Principia, Cascais, 2003, pp. 129 e ss..
- _____, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009.

Bibliografia Citada

- PALADIN, Lívio, «Actes Législatifs du Gouvernement et Rapports entre les Pouvoirs: L'Expérience Italienne», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 693 e ss..
- PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, «La Segunda Descentralización: Del Estado Autonómico al Municipal», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 172, Janeiro/Abril 2007, pp. 9 e ss..
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PAREJO ALFONSO, Luciano/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo/MORENO MOLINA, Ángel Manuel/ESTELLA DE NORIEGA, Antonio, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- PARRADO, Salvador, «The Role of Spanish Central Government in a Multi-level State», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 3, vol. 76, Setembro 2010, pp. 469 e ss..
- PATRÃO, Afonso, «O Direito Derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa», in: *Temas de Integração*, n.º 26, 2.º Semestre 2008, pp. 139 e ss..
- PATTI, Salvatore, «Tolleranza (Atti di)», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pp. 701 e ss..
- PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, «A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 33-34, 1988, pp. 473 e ss..
- PEGORARO, Lucio/REPOSO, Antonio/RINELLA, Angelo/SCARCIGLIA, Roberto/VOLPI, Mauro, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, 2.ª ed., Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- PEREIRA, André Gonçalves, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Ática Limitada, Lisboa, 1962.
- PEREIRA, André Gonçalves/QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 1997.
- PEREZ, R., «Autorità Indipendenti e Tutela dei Diritti», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, 1996, pp. 115 e ss..
- PÉREZ TREMP, Pablo, «Notas sobre el Principio de la Supletoriedad del Derecho Estatal Respecto del Derecho de las Comunidades Autónomas», in: *La Supletoriedad del Derecho Estatal*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 85 e ss..
- PETERS, Hans, «Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?», in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag*, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1961, pp. 206 e ss..
- _____, *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, Scherpe Verlag, Krefel, 1965.
- PHILIP, Loïc/FAVOREU, Louis, «Les “Suites” de la Décision du 15 Janvier 1975: L'Arrêt de la Cour de Cassation du 24 Mai 1975», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano 91, 1975, pp. 1335 e ss..
- PHILIPPE, Xavier, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Françaises*, Economica, Paris, 1990.
- PIÇARRA, Nuno, «A Reserva de Administração», in: *O Direito*, n.ºs II e III/IV, ano 122.º, Abril/Junho 1990 e Julho/Dezembro 1990, pp. 325 e ss. e 571 e ss., respectivamente.
- PIETZCKER, Jost, «Zur Inzidentverwerfung Untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Vollziehende Gewalt», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 101.º, 1976, pp. 374 e ss..
- _____, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», in: *Juristische Schulung*, fasc. 10, ano 19.º, 1979, pp. 710 e ss..
- _____, «Der Anspruch auf Ermessensfehlerfreie Entscheidung», in: *Juristische Schulung*, fasc. 2, ano 22.º, Fevereiro 1982, pp. 106 e ss..

- _____, «Inzidentverwerfung Rechtswidriger Untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 16, ano 101.º, Agosto 1986, pp. 806 e ss..
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, «Repristinação», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, s. n., Lisboa, 1996, pp. 234 e ss..
- _____, «Artigo 112.º», in: Paulo OTERO (coord.), *Comentário à Constituição Portuguesa*, vol. III, tomo 1.º, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 69 e ss..
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PINTO, Cláudia Saavedra, «Os Litígios Emergentes no Âmbito dos Órgãos Colegiais – Anotação ao Ac. do TCA Sul, de 14.11.2007, P. 2879/07», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, pp. 46 e ss..
- PINTO, Luzia Cabral, *Constituição e Teoria dos Limites Materiais do Poder Constituinte*, Studia Iuridica 7, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- PINTO, Mário Jorge Lemos, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- PINTO, Paulo Mota, «Nota sobre o “Imperativo de Tolerância” e Seus Limites», in: *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 747 e ss..
- _____, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- PITSCHAS, Rainer, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2008, pp. 1567 e ss..
- PIZZORUSSO, Alessandro, «Actes Législatifs du Gouvernement et Rapports entre les Pouvoirs: Aspects de Droit Comparé», in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, pp. 677 e ss..
- POLITI, «Regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti», in: *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2001, vol. XXVI, pp. 1 e ss..
- PORTALURI, Pier Luigi, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali*, Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- PORTELLI, Hugues, *Droit Constitutionnel*, 5.ª ed., Dalloz, 2003.
- POUYAUD, Dominique, «Le Sort des Contrats après l’Annulation d’un Acte Détachable: Nouvelles Difficultés (les Suites de l’Affaire Lopez)», in: *Revue Française de Droit Administratif*, ano 13, n.º 2, Março/Abril 1997, pp. 353 e ss..
- PRATES, Marcelo Madureira, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PUGLIATTI, Salvatore, «Abrogazione», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 141 e ss..
- PÜNDER, Hermann, «Verwaltungsverfahren», in: ERICHSEN/EHLERS (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2006, pp. 365 e ss..
- PUNSET BLANCO, Ramón, «Potestades Normativas y Forma de Gobierno», in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 87, ano 29.º, Setembro/Dezembro 2009, pp. 11 e ss..
- PÜTTNER, Günter, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 32, De Gruyter, Berlin/New York, 1974, pp. 200 e ss..
- QUAAS, Michael/MÜLLER, Karl, *Normenkontrolle und Bebauungsplan*, Werner-Verlag, Düsseldorf, 1986.

Bibliografia Citada

- QUADROS, Fausto de, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1998.
- _____, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1999.
- _____, «A Europeização do Contencioso Administrativo», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 385 e ss..
- _____, *Droit de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- QUADROS, Fausto de/MARTINS, Ana Maria Guerra, *Contencioso da União Europeia*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- QUEIRÓ, Afonso, «Anotação: Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 100/84, de 31 de Outubro de 1984», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3756, ano 120.º, Julho 1987, pp. 78 e s..
- _____, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, polic., Coimbra, 1976.
- _____, *O Poder Discricionário da Administração* (1944), in: *Estudos de Direito Público*, vol. I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 1989.
- _____, «A Função Administrativa», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, pp. 75 e ss..
- _____, «Notas Sobre o Contencioso de Normas Administrativas», *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, pp. 131 e ss..
- _____, «Teoria dos Regulamentos», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, pp. 213 e ss..
- _____, «A Hierarquia das Normas de Direito Administrativo Português», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, pp. 263 e ss..
- RADBRUCH, Gustav, «Fünf Minuten Rechtsphilosophie», in: RADBRUCH, *Gesamte Aufgabe*, vol. 3 (*Rechtsphilosophie – III*), ed. organizada por Arthur KAUFMANN, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 78 e s..
- _____, «Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht», in: RADBRUCH, *Gesamte Aufgabe*, vol. 3 (*Rechtsphilosophie – III*), ed. organizada por Arthur KAUFMANN, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 83 e ss..
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho (Parte I – Dogmática Geral)*, Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMOS, Rui Moura, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Sua Posição Face ao Ordenamento Jurídico Português», in: *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, pp. 95 e ss..
- RANGEL, Paulo, *Reserva de Jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Universidade Católica Editora, Porto, 1997.
- _____, *Repensar o Poder Judicial: Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.
- RASCHAUER, Bernhard, «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 40, Gruyter, Berlin/New York, 1982, pp. 242 e ss..
- RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, trad. portuguesa da ed. de 1971 por Carlos Pinto CORREIA, Editorial Presença, Lisboa, 1993.
- REIDT, Olaf, «Der Rechtsanspruch auf Erlass von Untergesetzlichen Normen», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, fasc. 9, ano 115.º, Maio 2000, pp. 602 e ss..

- RENCK, Ludwig, «Anmerkung: BayVGH, Normenkontroll-Urteil vom 1.4.1982», in: *Bayerische Verwaltungsblätter*, fasc. 3, 1983, pp. 86 e s..
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996.
- RIVERO, Jean, «Note – Décision du Conseil Constitutionnel du 15 janvier 1975», in: *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 3, Março 1975, pp. 134 e ss..
- RIVERO, Jean/WALINE, Jean, *Droit Administratif*, 18.ª ed., Dalloz, Paris, 2000.
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica de Ordenação Normativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- _____, *Direito Pós-Moderno, Patologias Normativas e Protecção da Confiança*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, in: <https://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyoHQdCKzMzgwZDBkNjItNGM4YS00NjM4LThiOGUtODcxMTYyMmY0MmI4&hl=en> (Novembro 2010).
- RODRIGUES, Anabela, «Artigo 279.º – Anotação», in: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 944 e ss..
- ROGMANN, Achim, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1998.
- ROMANO, Alberto, «Osservazioni sull'Impugnativa dei Regolamenti della Pubblica Amministrazione», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. V, 1955, pp. 870 e ss..
- ROMANO, Santi, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, 3.ª ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1912.
- _____, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1932.
- ROMÃO, Margarida Telles, *Liberdade e Vinculação na Administração Comunitária*, Centro de Informação Europeia Jacques Delors, Lisboa, 2001.
- ROMEO, Giuseppe, «La Disapplicazione dei Regolamenti Illegittimi: Una Pratica Giudiziale dagli Esiti Incerti», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 1, ano XVI, Março 1998, pp. 10 e ss..
- ROSSEN-STADTFELDE, Helge, «Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2008, pp. 625 e ss..
- ROTH, Wolfgang, *Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.
- ROUSSEAU (dir.), Dominique, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Lextenso Editions/Gazette du Palais, Paris, 2010.
- RUFFERT, Matthias, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Beck, München, 2006, pp. 1085 e ss..
- RUGGERI, *Le Attività «Consequenziali» nei Rapporti fra la Corte Costituzionale e il Legislatore*, Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- RUTGERS, Mark R./MEER, Hendriekje van der, «The Origins and Restriction of Efficiency in Public Administration: Regaining Efficiency as the Core Value of Public Administration», in: *Administration & Society*, n.º 7, vol. 42, Novembro 2010, pp. 755 e ss..
- SÁ, Almeno de, *Administração do Estado, Administração Local e Princípio da Igualdade no Âmbito do Estatuto do Funcionário*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1985.

- SALA, Giovanni, «Accordi sul Contenuto Discrezionale del Provvedimento e Tutela delle Situazioni Soggettive», in: *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, ano X, Junho 1992, pp. 206 e ss..
- SALEMA, Margarida, «Autonomia Regional», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 51 e ss..
- SALMINEN, Ari, «Accountability, Values and Ethical Principles of Public Service: The Views of Finnish Legislators», in: *International Review of Administrative Sciences*, n.º 2, vol. 72, 2006, pp. 171 e ss..
- SANCHES, José Luís Saldanha, «A Regulação: História Breve de um Conceito», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, ano 60, Janeiro 2000, pp. 5 e ss..
- _____, *A Quantificação da Obrigação Tributária*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 2000.
- SANDULLI, Aldo, *Il Procedimento Amministrativo*, reimpr., Giuffrè Editore, Milano, 1964.
- _____, *L'Attività Normativa della Pubblica Amministrazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1970.
- _____, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 15.ª ed., Jovene Editore, Napoli, 1989.
- _____, *La Proporzionalità dell'Azione Amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998.
- SAUERLAND, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- SAURER, Johannes, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- SCHAAR, G., «Die Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei Verfassungsrechtlich Zweifelhafte Steuerbescheiden», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 19, ano 13.º, Maio 1960, pp. 852 e ss..
- SCHERER, Joachim, Scherer, «Rechtsprobleme Normersetzender „Absprachen“ zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltsrechts», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, fasc. 1, ano 44.º, Janeiro 1991, pp. 1 e ss..
- SCHEUING, Dieter H., «Selbstbindungen der Verwaltung», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 40, Gruyter, Berlin/New York, 1982, pp. 153 e ss..
- SCHILLING, Theodor, *Rang und Geltung von Normen in Gestuften Rechtsordnungen*, Berlin Verlag, Berlin, 1994.
- SCHMIDT, Johann, «Inzidente Prüfung und Verwerfung von Normen im Range unter dem Gesetz durch die Exekutive?», in: *Bayerische Verwaltungsblätter*, fasc. 1, Janeiro 1976, pp. 1 e ss..
- SCHMIDT, Walter, *Staats- und Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Luchterhand, 1994.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 34, De Gruyter, Berlin/New York, 1976, pp. 221 e ss..
- _____, «Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 116.º, 1991, pp. 329 e ss..
- _____, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 11 e ss..
- _____, «Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive», in: *Verfassungsstaatlichkeit – Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1997, pp. 745 e ss..
- _____, «Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Perspektiven der Verwaltungsrechtlichen Systembildung», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 245 e ss..
- _____, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2006.

- _____, «Cuestiones Fundamentales sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la Innovación y Presupuestos Metodológicos», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 15 e ss..
- _____, «El Método de la Ciencia del Derecho Administrativo», in: J. BARNES (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 133 e ss..
- _____, «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el Reto de la Internacionalización de las Relaciones Administrativas», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 171, Setembro/Dezembro 2006, pp. 7 e ss..
- SCHNAPP, Friedrich E., «Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 105.º, 1980, pp. 243 e ss..
- _____, «Der Verwaltungsvorbehalt», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 43, De Gruyter, Berlin/New York, 1985, pp. 172 e ss..
- SCHNAPP, Friedrich E./HENKENÖTTER, Sandra, «Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG», in: *Juristische Schulung*, fasc. 2, ano 34.º, 1994, pp. 121 e ss..
- SCHRÖDER, Rainer, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- SCHULZ, Wolfgang, «Alles verändert Gesetze, Gesetze verändern nichts?», in: *Die Öffentliche Verwaltung*, fasc. 24, ano 62.º, Dezembro 2009, pp. 1113 e ss..
- SCHUPPERT, Gunnar Folke, «Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht», in: HOFFMAN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 65 e ss..
- _____, «Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum Staatlicher und Privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen», in: *Die Verwaltung*, fasc. 4, vol. 31, 1998, pp. 415 e ss..
- _____, «The Ensuring State», in: GIDDENS, Anthony, *The Progressive State*, Polity Network, Cambridge, 2003, pp. 54 e ss..
- SCHWARZE, Jürgen, *Droit Administratif Européen*, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes/Bruylant, Luxembourg/Bruxelles, 1994.
- _____, «The Europeanization of National Administrative Law», in: SCHWARZE, J. (org.), *Administrative Law under European Influence*, Nomos/Sweet & Maxwell, Baden-Baden/London, 1996, pp. 789 e ss..
- _____, «Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 16, ano 111.º, Agosto 1996, pp. 881 e ss..
- SCHWARTZ, Bernard/CORRADA, Roberto, *Administrative Law – A Casebook*, 5.ª ed., Aspen Law & Business, Gaithersburg/New York, 2001.
- SCHWERDTFEGGER, Gunther, *Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung*, 13.ª ed., C.H. Beck, München, 2008.
- SEILER, Christian, *Auslegung als Normkonkretisierung*, Müller Verlag, Heidelberg, 2000.
- _____, «Parlamentarische Einflußnahmen auf den Erlass von Rechtsverordnungen im Lichte der Formenstrenge», in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, fasc. 1, ano 16.º, 2001, pp. 50 e ss..
- SEILLER, Bertrand, «Précisions sur l’Obligation d’Exercer le Pouvoir Réglementaire», in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 14, Abril 2004, pp. 761 e ss..
- SERRA, Adriano Paes Vaz, «Causas Justificativas do Facto Danoso», in: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959, pp. 13 e ss..
- SIEDENTOPF, Heinrich/SPEER, Benedikt, «The European Administrative Space from a German Administrative Science Perspective», in: *International Review of Administrative Sciences*, vol. 69, 2003, pp. 9 e ss..

Bibliografia Citada

- SILVA, João Nuno Calvão da, «O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral», in: *Temas de Integração*, n.º 20, 2.º Semestre de 2005, pp. 173 e ss.
_____, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.
- SILVA, Jorge Pereira da, «Algumas Questões Sobre o Poder Regulamentar Regional», in: *Perspectivas Constitucionais (Nos 20 Anos da Constituição de 1976)*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 813 e ss.
_____, «O Conceito de Interesse Específico e os Poderes Legislativos Regionais», in: *Estudos de Direito Regional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 297 e ss..
- SILVA, Paula Costa e, «As Autoridades Independentes. Alguns Aspectos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica», in: *O Direito*, ano 138.º, vol. III, 2006, pp. 541 e ss..
- SILVA, Suzana Tavares da, «Revisitando a Garantia da Tutela Jurisdicional Efectiva dos Administrados», in: *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, Março 2010, pp. 127 e ss..
_____, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
_____, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- SILVA, Vasco Pereira da, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise (Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo)*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- SINN, Helmut, *Die Änderung Gesetzlicher Regelungen durch Einfache Rechtsverordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.
- SOARES, Albino de Azevedo, *Lições de Direito Internacional Público*, 4.ª ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlântida, Coimbra, 1955.
_____, *Direito Administrativo*, polic., Coimbra, 1978.
_____, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, pp. 169 e ss..
_____, «Sentido e Limites da Função Legislativa no Estado Contemporâneo», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 431 e ss..
_____, «A Ordem dos Advogados: Uma Corporação Pública», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º^{os} 3807 e 3809, ano 124.º, Outubro 1991, Dezembro 1991, pp. 161 e ss., 225 e ss., 267 e ss..
_____, *Direito Administrativo*, polic., Coimbra, s.d..
_____, «Administração Pública e Controlo Judicial», in: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 15, 2.º semestre 1993, pp. 59 e ss..
_____, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008.
- SOMMER, Julia, *Verwaltungskooperation am Beispiel Administrativer Informationsverfahren im Europäischen Umweltrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2003.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, «Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?», in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 16, ano 111.º, Agosto 1996, pp. 889 e ss..
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *O Valor Jurídico Negativo do Acto Inconstitucional*, s. n., Lisboa, 1988.
_____, «Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão», in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, tomo V, 1988, pp. 25 e ss..
_____, *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1992.

- _____, «A Transposição de Directivas Comunitárias para a Ordem Jurídica Nacional», in: *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 4/5, Dezembro 1992, pp. 69 e ss..
- _____, «Regime do acto administrativo», in: *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, pp. 37 e ss..
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2007.
- _____, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 3.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2008.
- _____, *Contratos Públicos*, Dom Quixote, Lisboa, 2008.
- _____, *Responsabilidade Civil Administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2008.
- STECK, Olivier, *La Contribution de la Jurisprudence à la Renaissance du Pouvoir Réglementaire Central sous la III^e République*, LGDJ, Paris, 2007.
- STELKENS, Paul/BONK, Heinz Joachim/SACHS, Michael, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 6.ª ed., Beck, München, 2001.
- STENSÖTA, Helena Olofsdotter, «The Conditions of Care: Reframing the Debate About Public Sector Ethics», in: *Public Administration Review*, n.º 2, vol. 70, Março/Abril 2010, pp. 295 e ss..
- STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, tomo 1, Beck, München, 1988.
- STEWART, Richard B., «US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?», in: *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Primavera/Outono, 2005, pp. 63 e ss..
- STIPO, Massimo, «L’Interesse Pubblico: Un Mito Sfatato», in: *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 907 e ss..
- STIRN, Bernard, «Lois et Règlements: Le Paradoxe du Désordre», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n.º 1, Janeiro/Fevereiro 2006, pp. 129 e ss..
- STONE, Geoffrey/SEIDMAN, Louis/SUNSTEIN, Cass/TUSHNET, Mark, *Constitutional Law*, 3.ª ed., Aspen Law & Business, s. l., 1996.
- SUNSTEIN, Cass, *Is the Clean Air Act Unconstitutional?*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 3, Law School/University of Chicago, Chicago, 1999, <http://www.law.uchicago.edu/files/files/CRS.CleanAir1.pdf> (Novembro 2009).
- _____, *Nondelegation Canons*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 82 (2D Series), Law School/University of Chicago, Chicago, 1999, <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html> (Maio 2005).
- _____, *Risk and Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- _____, *Chevron Step Zero*, Public Law and Legal Theory Working Paper, Law School/Chicago University, Chicago, 2005, <http://www.law.uchicago.edu/files/files/91-crs-chevron.pdf> (Novembro 2009).
- _____, «Administrative Law Goes to War», in: *Harvard Law Review*, fasc. 8, vol. 118, Junho 2005, pp. 2663 e ss..
- TELES, Miguel Galvão, «A Concentração da Competência para o Conhecimento Jurisdicional da Inconstitucionalidade das Leis», in: *O Direito*, ano 103.º, 1971, pp. 173 e ss..
- _____, «Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – Em Particular Sobre o Artigo 8.º, N.º 4, da Constituição Portuguesa», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 295 e ss..
- TERRE, François, «La “Crise” de la Loi», in: *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 25, 1980, pp. 17 e ss..

Bibliografia Citada

- THIBIERGE, Catherine, «Au Cœur de la Norme: Le Tracé et la Mesure», in: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 51, 2008, pp. 341 e ss..
- TRUTE, Hans-Heinrich/DENKHAUS, Wolfgang/KÜHLERS, Doris, «Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft», in: *Die Verwaltung*, n.º 4 vol. 37.º, 2004, pp. 451 e ss..
- UHLE, «Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Gesetzesrecht?», in *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 20, Outubro 2004, pp. 1272 e ss..
- VAGT, Hjalmar, *Rechtsverordnung und Statutory Instrument*, Nomos, Baden-Baden, 2006.
- VALENTE, Luiz Costa da Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1939.
- VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.
- _____, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 1998.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana (Do Veto Legislativo ao Executivo Unitário – A Crise Regulatória)*, Studia Iuridica 4, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva de Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, (reimp.), Universidade Católica, Porto, 1996.
- _____, «Regionalização Total ou Descentralização Parcial?», in: *Direito e Justiça*, vol. X, tomo I, 1996, pp. 91 e ss..
- _____, «O Sistema de Fontes de Direito no Tratado da Constituição Europeia (Entre a “Simplificação” e a “Democratização”)», in: *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Studia Iuridica 84, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 651 e ss..
- VERKUIL, Paul R., «A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act», in: *Duke Law Journal*, n.º 2, vol. 1982, Abril 1982, pp. 213 e ss..
- VILAÇA, José Cruz, «Regulamentação e Acompanhamento da Execução pelo Governo», in: *A Feitura das Leis*, vol. II, INA, Lisboa, 1986, pp. 308 e ss..
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *Implicaciones Jurídicas de la Internet*, Separata de Saberes, Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, 2003.
- VILLAR PALASÍ, José Luis/VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- VIPIANA, Piera Maria, *L'Autolimita della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- VIRGA, Pietro, *L'Amministrazione Locale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- VOGEL, Joachim, *Juristische Methodik*, De Gruyter, Berlin/New York, 1998.
- VOLHARD, Rüdiger, «Amtspflichten bei Nichtigen Bebauungspläne – Zur „Verwerfungskompetenz“ der Verwaltung», in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 2, ano 5.º, Fevereiro 1986, pp. 105 e ss..
- WADE, H. W. R./FORSYTH, C. F., *Administrative Law*, 9.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2004.
- WAHL, Rainer, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, n.º 41, De Gruyter, Berlin/New York, 1983, pp. 151 e ss..
- WALINE, Marcel, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Sirey, Paris, 1939.
- _____, «L'Effet du Changement des Circonstances sur la Validité des Actes Administratifs», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano 70, 1964, pp. 455 e ss..
- WEHR, Matthias, *Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

- WIGGE, Peter/HARNEY, Anke, «Selektivverträge zwischen Ärzten und Krankenkassen nach dem GKV-WSG», in: *Medizinrecht*, n.º 26, 2008, pp. 139 e ss..
- WILKE, Dieter, «Die Rechtsprechende Gewalt», in: ISENSEE/KIRCHOF (org.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin, 2007, pp. 633 e ss..
- WOLFF, Bernhard, «Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 78.º, 1952/1953, pp. 194 e ss..
- WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, 11.^a ed, Verlag C. H. Beck, München, 1999.
- WOOLHANDLER, Ann, «Delegation and Due Process: The Historical Connexion», in: *The Supreme Court Review*, 2008, pp. 223 e ss..
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, «Tre Concetti di Validità», in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXVI, 1982, pp. 584 e ss..
- WÜRTEMBERGER, Thomas, «Die Normenerlaßklage als Funktiongerechte Fortbildung Verwaltungsprozessualen Rechtsschutzes», in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 105, 1980, pp. 370 e ss..
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, s.n., Lisboa, 1974.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, «Foro Competente para Apreciar a Legalidade das Portarias (ou Regulamentos) de Extensão», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, pp. 39 e ss..
- ZAGREBELSKY, Gustavo, «La Dottrina del Diritto Vigente», in: *Strumenti e Tecniche di Giudizio della Corte Costituzionale: Atti del Convegno – Trieste 26-28 maggio 1986*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 97 e ss..
- ZANDER, Michael, *The Law-Making Process*, 6.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- ZANOBINI, Guido, «Sul Fondamento Giuridico della Potestà Regolamentare», in: *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, 4.^a série, vol. III (vol. LXXXVII), 1922, pp. 17 e ss..
- _____, «Sul Fondamento della Inderogabilità dei Regolamenti», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 3 e ss..
- _____, «La Gerarchia delle Fonti nel Nuovo Ordinamento», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 367 e ss..
- _____, «La Delegazione Legislativa e l’Attribuzione di Potestà Regolamentare», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 433 e ss..
- ZIPPELIUS, Reinhold/WÜRTEMBERGER, Thomas, *Deutsches Staatsrecht*, Beck, München, 2005.