



Marta Raquel dos Santos Baptista

Discricionariedade normativa na actuação das Entidades Reguladoras

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas/ Menção em Direito Administrativo

Orientador(a): Professora Doutora Ana Raquel Moniz

Julho de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Discrecionariedade normativa na actuação das Entidades Reguladoras

Normative discretion of Independent Agencies

Marta Raquel dos Santos Baptista

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-políticas/Menção em Direito Administrativo

Orientador(a): Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz

Coimbra, 2016

Esta dissertação foi redigida segundo as regras do antigo acordo ortográfico.

AGRADECIMENTOS:

Findo este longo percurso, do qual retirei tantos frutos, impõe-se a altura de prestar os devidos agradecimentos a quem nunca me deixou desistir e sempre me disse que eu era capaz.

A primeira palavra vai, e como não podia deixar de ser, para a minha família. Em especial para os meus pais e para a minha irmã que foram a minha pedra angular durante todo este processo, aqueles que mais de perto tiveram de aguentar o meu mau feitio nos momentos mais tumultuosos. Não preciso de me estender, vocês sabem o que significam para mim, sou parte de cada um de vocês. Quanto a ti, avó, só te posso deixar um muito obrigada. Um obrigada por me mostrares, enquanto te foi possível, que desistir nunca é opção. Sei que estejas onde estiveres me deste força todos os dias. Isto é para ti!

Em segundo lugar tenho de agradecer à minha orientadora, Professora Doutora Ana Raquel Moniz. Confesso que não foi uma selecção fácil, pela qualidade dos docentes da casa mas, hoje, tenho total certeza que não podia ter feito uma escolha melhor. Um obrigada nunca será suficiente para a dedicação incansável para tirar o melhor de mim, e por me aconselhar até ao último minuto.

Como não poderia deixar de ser há que deixar uma palavra, findos estes seis anos de Faculdade de Direito de Coimbra, a todos os funcionários da faculdade aos quais apenas posso deixar o meu forte obrigada com a certeza que vão deixar saudade.

Por último em ordem, mas não em importância, cumpre deixar uma (longa) lista de agradecimentos a todos os meus Amigos. Primeiro, uma palavra àqueles que estão comigo desde que me lembro de existir e de ter uma opinião. Obrigada a vocês: Francisca Amaro pela pronta ajuda quando precisei; Carolina Fernandes por me motivares sempre que a minha vontade foi de desistir; Jorge Campos por seres o amigo que és; Beatriz Negrão que mesmo longe estiveste sempre perto; Bernardo Menezes por acreditares em mim; Carolina Vieira pelo carinho e incentivo durante todo este processo e por último ao Tomás Costa e ao João Carvalho por nunca me terem falhado quando vos pedi auxílio.

A acrescentar aos amigos de sempre, ainda que menos antigos temporalmente, tenho de deixar, também aqui, uma palavra de carinho ao André Morais, ao Pedro Marques e à Cristina Gil que estão comigo desde o secundário, e que me acompanharam nesta que foi, sem dúvida, a maior aventura da minha vida.

Não me querendo estender muito na gratidão demonstrada aos meus Amigos ficaria incompleto não fazer menção àqueles que fizeram todo este percurso comigo, porque afinal “o percurso faz-se caminhando”. À Mariana Leitão pela sua maneira de ser, pelo seu companheirismo e, porque recordar é viver, por todo aquele apoio nas infinitas épocas de exames. À Mariana Coelho por ser a amiga deste Rocky, sem ti não sei o que teria feito durante todos estes anos. Ao Tiago Magalhães e ao Miguel Ferreira por terem sido os meus comparsas durante todo este processo, e por me ajudarem sempre que precisei e quis desistir. À Raquel Barroso, e tal como prometido, um obrigada, não só pela amizade, mas também pelas horas infinitas a corrigir o português dos meus *papers*. À Carolina Mendes, a amiga de mestrado, que só tenho pena de não ter conhecido antes e que se tornou muito importante para mim. Ao João Silva, amigo desde os seis anos, que sei que basta uma chamada e que sempre estarás lá. E por último, ao Vasco que dentro da sua maneira de ser, recatada, esteve lá sempre que precisei.

Os agradecimentos não ficariam completos se não deixasse uma palavra àquela que foi a minha família praxística. Quer se goste, quer não, a praxe é história e integração. Um obrigada a todos os membros da Divina Tertúlia das Minervas, não me poderiam ter dado mais do que me deram, especialmente em amizades. Um último obrigada vai, como não podia deixar de ser, para a minha família de praxe, com especial carinho pelas minhas afilhadas e pelas minhas netas, que foram e serão sempre o meu orgulho.

Obrigada à cidade que me viu nascer, obrigada Coimbra!

RESUMO:

O presente trabalho pretende realizar um estudo da discricionariedade normativa das entidades reguladoras, mais precisamente da problemática do controlo judicial sobre as mesmas.

Pareceu-nos redutor olhar para esta questão apenas no seio do direito português e, por esse mesmo motivo, recorreremos ao estudo de direito comparado, com especial enfoque nos países de *common-law*, tendo sido este uma ferramenta muito significativa na nossa análise. Contudo, não foi apenas o estudo do direito norte-americano e de outros países Europeus que nos serviu de base. A componente legislativa e jurisprudencial foi um elemento fundamental na construção do nosso trabalho.

Com esta dissertação pretendemos evidenciar o facto de se tratar de uma temática que não reúne consenso, propagando-se no tempo a sua discussão. Foi, sobretudo, no seio do direito norte-americano que se recorreu a diversos tipos de controlos não judiciais, para que exista uma fiscalização mais forte sobre as entidades reguladoras. Contudo, a questão que se coloca é se esses métodos terão sido suficientes. É relativamente a esta questão que apresentamos uma proposta de resolução para a problemática do desconhecimento técnico e científico dos juízes, no seio dos tribunais quer administrativos e fiscais, quer judiciais.

Palavras-chave: Regulação; Entidades Reguladoras; Administração Pública; Independência; Discricionariedade; Regulamentar; Técnica; Princípios; Controlo Judicial.

ABSTRACT:

This present work aims to study the normative discretion of independent agencies, more precisely the issue of judicial control regarding these agencies.

At first glance, this issue is rather limited within the Portuguese law, and for this very reason, was decided to also make use of the comparative law study, paying special attention to the common-law countries, making this tool a very significant one to the success of this analysis. However, the foundations for this study weren't just the north-american law and other European countries. The legislative and judicial components were also assessed, making them a key asset for the development of this work.

With this thesis it is aimed to highlight the fact that this is a subject that, up to this day, still doesn't gather a consensus thus extending its discussion. In order to have a stronger control regarding Independent Agencies, it is often resorted to the use of different types of non-judicial control, mainly amongst the north-american law. Nevertheless, the main question that arises is whether the methods in use are suitable.

So, it is mainly regarding this matter that a resolution proposal over the issue of the technical and scientific unawareness of the courts and judges is presented, amidst not only the administrative and fiscal courts but also the judicial courts.

Key-words: Regulation; Independent Agencies; Public Administration; Independence; Discretion; Regulatory; Technic; Principles; Judicial Control.

LISTA DE INSIGNIAS E ABRECIATURAS:

Agcom	Autorita por le garanzie nelle comunicazioni
APA	Administrative Procedure Act
ARI	Autoridades Reguladoras Independentes
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPC	Código do Processo Civil
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
D.L.	Decreto-lei
ERSAR	Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
EUA	Estados Unidos da América
FTC	Federal Trade Commission
ICC	Interstate Commerce Commission
ICP-ANACOM	Autoridade Nacional de Comunicações
INAC	Instituto Nacional de Aviação Civil
LGFP	Lei Geral do trabalho em Funções Públicas
LQER	Lei-Quadro das Entidades Reguladoras
LQIP	Lei-Quadro dos Institutos Públicos
PALOP	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
QUANGOS	Quasi Autonomous Non Governmental Organizations
TAF	Tribunais Administrativos e Fiscais
TFUE	Tratado do Funcionamento da União Europeia
EU	União Europeia

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO:	10
CAPÍTULO I.....	13
1. Regulação em geral:	13
1.1. Direito Administrativo da Regulação:.....	18
2. Entidades Reguladoras	20
2.1. Origem:	20
2.2. Conceito:	23
2.3. Características:	26
2.4. Poderes conferidos às Entidades Reguladoras:	29
2.5. O papel das Entidades Reguladoras no ordenamento jurídico português:	33
2.6. O papel das entidades reguladoras na <i>common-law</i> . Caso do ordenamento jurídico norte-americano:	35
2.7. Entidades Reguladoras Europeias versus Entidades Reguladoras norte-americanas quanto às suas características:	36
CAPÍTULO II	39
3. Discricionariedade administrativa.....	39
3.1. Noção e distinção de figuras afins:	39
3.2. Discricionariedade associada à prática de actos administrativos <i>versus</i> discricionariedade regulamentar (densificação do conceito):	47
3.2.1. Discricionariedade regulamentar: discricionariedade legislativa ou discricionariedade administrativa (<i>stricto sensu</i>)?.....	56
4. “Discricionariedade técnica”?.....	59
4.1. Noção:	59
4.2. Discricionariedade “técnica” como sinónimo de discricionariedade imprópria?.....	65
4.3. O papel da “discricionariedade técnica” no âmbito da actuação das Entidades Reguladoras:.....	67
4.4. A problemática dos conceitos indeterminados e dos conceitos técnicos:	69
CAPÍTULO III.....	74
5. Princípios que geram problemas neste contexto	74
5.1. Princípio da separação de poderes: Uma nova perspectiva?.....	74
5.2. Princípio da legalidade:.....	78
5.2.1. Os subprincípio do primado da lei e da reserva de lei:	82
5.3. Princípio da Juridicidade:.....	84

CAPÍTULO IV.....	87
6. Controlo Administrativo e Judicial sobre a actuação das Entidades Reguladoras.....	87
6.1. Relações jurídicas administrativas:.....	87
6.2. Controlo Judicial:.....	91
6.3. Controlo sobre as Entidades Reguladoras:.....	92
6.4. Controlo Judicial das Entidades Reguladoras:.....	97
6.4.1. A problemática no direito português:.....	97
6.4.2. A problemática no direito norte-americano. Principais diferenças entre os sistemas: 99	
6.5. Contributo para a resolução do problema:.....	104
CONCLUSÕES:.....	109
BIBLIOGRAFIA:.....	113

INTRODUÇÃO:

“Sei que só há uma liberdade: a do pensamento”¹

Hoje, mais do que nunca, o direito, em geral, e o administrativo, em particular, são alvo das mais diversas mutações que têm levado ao levantamento de diversas questões. Insurgem-se novos tipos de direito, inclusivamente, o aparecimento do novo direito administrativo, que trouxe importantes alterações no ordenamento jurídico nacional.

O surgimento de novos entes administrativos aliado às novas e rigorosas exigências de entidades supranacionais, como a UE, fizeram com que o direito existente, até então, fosse insuficiente para acompanhar este novo e vertiginoso crescimento. Este direito, que é próprio da Administração e que surge da necessidade de submeter a mesma ao direito e à lei, parece não mais ser suficiente, escapando assim às “garras” legais um cem número de questões da mais extrema relevância prática. Nos termos em que conhecemos o Direito Administrativo seria impossível continuar a realizar a velha máxima da prossecução do interesse público. É neste âmbito que o Estado Regulador aliado à regulação se vê a braços com uma posição muito mais diminuída no que à intervenção diz respeito. Parece que, agora mais do que nunca, e depois de uma movimento generalizado de liberalizações, o Estado tem necessidade de uma substituição no seu papel, passando de um Estado Social a um Estado Regulador. Este último actua, essencialmente, através de autoridades reguladoras que levantaram importantes questões jurídicas, especialmente, no seio dos princípios norteadores de um Estado de Direito democrático.

Com este tipo de contendidas que se têm vindo a pôr desde o final do século passado, seria impossível não assistirmos a uma mudança significativa no direito, tendo o legislador um papel de destaque, quer pelos melhores ou pelos piores motivos. É ele, através dos espaços, que vai, cada vez mais, deixando em aberto no âmbito legal- estando por isso sujeitas à interpretação jurídica dos órgãos da Administração - que se têm posto os mais diversos problemas no âmbito da discricionariedade. A diminuição da margem vinculativa da Administração tem levado a um inevitável aumento do poder discricionário, e este, quando visto na óptica da prática regulatória, faz com que surjam inúmeras dúvidas. Desde logo quanto à sua designação e formas de controlo judicial.

¹ Frase de Antoine de Saint-Exupéry (tradução nossa).

O presente trabalho propõe-se analisar, precisamente, a discricionariedade normativa na actuação das entidades reguladoras, aliando esta à problemática dos poderes discricionários. Como é sabido, a discricionariedade administrativa mais não é do que uma concessão legislativa, que acaba por ser determinada através da interpretação de uma norma em apreço, tratando-se assim de um poder que encontra os seus limites na lei e, posteriormente, no juiz. Deste modo, por de trás da discricionariedade encontramos sempre a velha máxima jurídica de que “aquilo que não é permitido, será proibido”.

Estaremos, no nosso estudo, apenas a aflorar a discricionariedade administrativa? Não nos parece. Quando fazemos menção à discricionariedade na actuação das ARI, nasce a necessidade de nos debruçarmos sobre um tipo mais particular de discricionariedade, a “discricionariedade técnica”, ainda que não a entendamos como tal. Esta tem sido entendida como uma zona da actividade administrativa que, hipoteticamente, se tem vindo a considerar sujeita à lei, mas, ainda assim, não sujeita a um verdadeiro controlo judicial.

De certa forma, acabámos por caracterizar, em traços gerais, estes dois institutos distintos que se encontram em polos opostos, ainda que ambos sejam inseridos no computo geral da discricionariedade. A relevância que ambos apresentam é da maior importância, ainda que em caminhos contrapostos, encontrando, como ponto comum, o conjunto de questões que surgem como indissociáveis dos conceitos jurídicos indeterminados. Todavia, o que realmente assumimos como problema do nosso estudo é, sem sombra de dúvida, a questão do controlo judicial, fazendo, por isso, uso de outros ordenamentos jurídicos para que possamos, de uma forma mais conscienciosa, tentar lançar mão de uma solução para este dilema.

O mote do nosso estudo prende-se, então, com uma análise jurídica problematizada da discricionariedade regulamentar na actuação das entidades reguladoras e o controlo judicial exercido sobre as mesmas. Desta feita, ao longo dessa análise surgiram várias questões pertinentes: *i)* Quais as alterações que surgiram do âmbito da regulação? *ii)* Quais as características das ARI em contexto nacional e em contexto norte-americano? *iii)* Como devemos, hoje, olhar à discricionariedade? Devemos aceitar o aparecimento de novos tipos discricionários? *iv)* A “discricionariedade técnica” deve ser entendida como uma verdadeira discricionariedade ou, por outro lado, deve ser tida como uma não discricionariedade? *v)* Quais os princípios que se afiguram relevantes no seio da regulação? *vi)* Assistimos, hoje, a uma mudança generalizada dos princípios base de um

Estado de Direito democrático? *vii*) Que tipos de controlo existem no nosso ordenamento jurídico? Apenas os judiciais ou poderemos aliar a esses o controlo administrativo? *viii*) Haverá possibilidade da existência de um maior e melhor controlo judicial no seio das entidades reguladoras?

O nosso texto encontra-se estruturado em cinco capítulos, acrescendo a estes a introdução e a conclusão. No Capítulo I pretendemos fazer um enquadramento jurídico sobre a temática da regulação, olhando a esta em linhas muito gerais e dando, aqui, maior destaque às entidades reguladoras e às suas características. Já no Capítulo II, versamos sobre a discricionariedade administrativa, associando a esta o surgimento de novos tipos de discricionariedade, em especial, a regulamentar. Debruçamos, também, a nossa atenção sobre a “discricionariedade técnica”, olhando ao modo como a devemos interpretar. No referente ao Capítulo III voltamo-nos para os princípios da legalidade, separação de poderes e juridicidade, ainda que de modo muito superficial, apenas exaltando as novas questões inerentes aos mesmos. Por fim, em ordem, mas não em importância, o Capítulo IV enfatiza a questão do controlo judicial, recorrendo, para tal, ao direito comparado, e confrontando o controlo dos tribunais ao controlo administrativo. Neste último ponto tentamos ainda dar resposta à insuficiência, no nosso entender, do controlo judicial exercido sobre as agências.

CAPÍTULO I

1. Regulação em geral:

Sabemos, hoje, que a temática da regulação é uma das mais marcantes no seio do novo direito administrativo, não sendo, contudo, fácil delimitar o conceito da mesma². Ainda assim, neste ponto do nosso estudo, iremos tentar concentrar-nos na noção e notas afins sobre que versa a regulação em geral.

Ao fazermos referência a este conceito, somos, prontamente, remetidos para um outro paralelo a este, contudo mais abrangente – desta feita a noção de Estado Regulador. Trata-se de uma concepção que é, também ela, relativamente recente tendo, antes dos dias de hoje, o Estado passado pelas mais diversas épocas³, onde desempenhava papéis bastante distintos do que aquele que exerce na actualidade, especialmente no âmbito das relações regulatórias⁴.

Deixamos, hodiernamente, de estar perante o denominado Estado-providência (Estado social)⁵, passando assim para um novo paradigma a que damos o nome de Estado de Garantia - mais conhecido como Estado Garantidor⁶. Trata-se, agora, de um Estado que

² É desde já importante referir que não podemos, em momento algum, confundir o conceito de regulação com a noção de regulamentação. Na primeira, sobre a qual versamos o nosso estudo, estamos perante um conceito de índole, essencialmente, económica, ao passo que na segunda nos encontramos a tratar de um conceito jurídico, ou se assim o entendermos, de um conceito político.

³ Não nos vamos alargar muito neste ponto uma vez que encontramos muitas e boas obras sobre a temática, ademais, não se trata do nosso foco de estudo, não sendo por esse mesmo motivo objecto de explanação. A este propósito *vide* por todos: MONIZ, Ana Raquel, “Traços da evolução do Direito Administrativo português”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2011.

⁴ Podemos aqui referir um conceito ao qual se tem vindo, cada vez mais, a dar destaque, a noção de desregulação. Esta traduz-se numa “reivindicação do reforço da autonomia dos indivíduos”, fazendo com que passem a funcionar as regras do livre funcionamento do mercado. Isto ocorre, precisamente, pelo facto de nos querermos insurgir do excessivo intervencionismo que decorria da fase anterior, isto é, do Estado social. *Cit.* CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral”, Almedina, Coimbra, 2008, p. 45.

⁵ Ao fazermos esta, quase, miscigenação de conceitos não queremos, apesar disso, situa-los no mesmo patamar. O Estado-providência é uma tipificação/ patologia do Estado social e não um sinónimo deste. “O Estado social é [assim] aquele que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial na economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna (...)”. *Cit.* LOUREIRO, João Carlos, “Estado Social em Portugal: reforma(s) ou revolução” in Por onde vai o Estado Social em Portugal?, Vida Económica, Porto, 2014, p. 100.

⁶ Tal como ocorre quando fazemos referência ao Estado Social, também ao falarmos de Estado Garantia/ Estado Garantidor podemos encontrar “(...) diversos modos de entendimento da figura.” *Cit.* LOUREIRO, João Carlos, “Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos «direito adquiridos»”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 18, nota de rodapé 40.

“regula, orienta e incentiva as actividades privadas”⁷ dando ênfase, maioritário, àquelas que visam a prossecução do interesse público.

Em Portugal, esta actuação estadual assume primordial destaque na década de 90 do século passado, já sobe a égide da UE⁸. Este enquadramento fez com que existisse uma maior abertura relativamente à economia de mercado. Assim, os privados passavam a ter um papel mais activo nos domínios que, anteriormente, eram classificados como serviços públicos e que, por esse mesmo motivo, se consideravam pertencentes ao domínio público. Assistia-se, à data, ao chamado movimento de privatizações⁹ dos, outrora, serviços públicos, nascendo ao lado deste fenómeno uma liberalização de áreas que se encontravam, precedentemente, sujeitas a monopólios estatais.

O Estado começava, no início da década *supra* mencionada, a assumir uma posição de garantidor, detendo um papel menos interventivo, exercendo, contudo, grande influência naquele que seria o normal funcionamento do mercado. Ao lado desta actuação do Estado presenciávamos uma diminuição da sua autoridade. Deste modo, a “mão invisível do mercado carece da mão visível da regulação pública”¹⁰, ou seja, numa lógica concorrencial deve sempre existir um controlo por parte do Estado¹¹.

O papel de regulação que cabe, desde então, ao Estado, mais não é do que uma “intervenção estadual externa (...) na esfera da economia, do mercado e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial”¹². O Estado passa, assim, a ser como que um agente que apenas interfere num primeiro momento em que estabelece as regras para determinada actividade, intervindo apenas num segundo instante como agente

⁷ *Cit.* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.ª Ed, 2015, p. 25.

⁸ A UE tinha, na sua índole, como principal objectivo uma maior liberalização do mercado, surgindo ao lado deste a necessidade de facilitar o acesso ao mesmo podendo-se, deste modo, prosseguir um dos objectivos primordiais da sua constituição, a realização de um mercado interno. Este tendo na sua base “(...) a instituição entre os Estados-Membros de uma elaborado sistema jurídico-económico conducente a uma integração económica e social aprofundada”. *Cit.* João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, “Manual de Direito Europeu”, Coimbra Editora, Coimbra, 6.ª Ed., 2010, p. 665.

⁹ Tal como já alertámos para a não miscigenação de conceitos quando falamos de regulação e regulamentação, é também importante fazer a mesma ressalva no que respeita aos conceitos de privatização e regulação que, apesar de muitas vezes aparecem associados, não se confundem.

¹⁰ *Cit.* VITAL MOREIRA, “Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley ” in *A mão visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 274.

¹¹ SALDANHA SANCHES referia que a regulação, em sentido económico, seria a negação da mão invisível: “a mão invisível, corporizando a auto-regulação do mercado, deveria operar uma involuntária reconciliação de vontades individuais com interesses sociais”. *Cit.* SALDANHA SANCHES, “A Regulação: História breve de um conceito” in *Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados, Livreiro da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000, p. 5 e 6.

¹² *Cit.* GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito Administrativo da Regulação” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 540.

de fiscalização. Conseguimos, desta forma, demarcar duas funções primordiais do Estado regulador: a de condução e a de fiscalização¹³.

Podemos afirmar que, para além do que já fomos reiterando, este mais recente papel do Estado tem vindo, também, a traduzir-se no surgimento de entidades de regulação, estando, na sua larga maioria, numa relação de independência quando olhando ao Governo¹⁴, por isso, consideradas autoridades administrativas independentes¹⁵.

A regulação de que aqui nos ocupamos é intitulada regulação pública¹⁶ manifestando-se na conjugação de duas sub-vertentes da regulação, de um lado a regulação económica, do outro lado a regulação social¹⁷. Na primeira, o Estado ocupa-se, maioritariamente, e como o próprio nome deixa antever, do controlo da actuação do sector económico e do próprio mercado. Já na segunda modalidade, tem como função a protecção quer dos cidadãos (no que tange às suas garantias), quer do ambiente, englobando ainda, nesta modalidade, o sector da saúde. Para sermos mais concisos podemos dizer que, no respeitante à segunda modalidade, se trata de tudo o que fica de fora da regulação económica.

Nestes termos, a regulação mais não é do que a principal função pertencente ao “novo” Estado Garantia, uma vez que deixamos de ter um Estado prestador de serviços para passarmos a ter um Estado que assume funções de direcção e fiscalização¹⁸.

¹³ Há quem entenda que temos não duas, mas sim três funções ligadas a este papel da Administração reguladora, serão elas: delimitação das condições de acesso e permanência no mercado; correcção das falhas de mercado que interfiram na concorrência e possam afectar os consumidores; tendo ainda uma função quase que de tribunal, tentando resolver conflitos entre as várias partes da relação regulatória. Cf. OTERO, Paulo, “Manual de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2014, p. 213.

¹⁴ Neste contexto, e se tomarmos em linha de conta o direito norte-americano, vemos que praticamente toda a regulação é independente do Estado, não havendo assim uma verdadeira regulação por parte deste. A este acontecimento VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS dão o nome de “desgovernamentalização da regulação”. Cf. Fernanda Maçãs e Vital Moreira, “Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projecto de Lei-Quadro”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 10.

¹⁵ Sobre esta temática *vide infra* ponto 2 e seguintes.

¹⁶ *Vide* mais sobre esta temática *in* GONÇALVES, Pedro Costa, “Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contraente”, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 12.

¹⁷ Quando nos referimos à regulação económica, falamos da denominada “regulação clássica”, ao passo que quando fazemos menção à “regulação social” estamos a falar da nova regulação, ou da regulação moderna, surgindo esta última cerca da década de 80. A regulação económica mais não é do que “(...) um instrumento específico do Estado – concretamente dinamizado, a nível administrativo, por entidades independentes daquele (...) – que basicamente visa (...) garantir o funcionamento concorrencial e equilibrado dos mercados e de certos direitos básicos dos consumidores”. *Cit.* Lino Torgal e Maria Manuel Simões, “Balanço e perspectivas da regulação económica em Portugal” *in* Revista de Direito Público da Economia, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015, p. 1 e 2.

¹⁸ É, hodiernamente, sabido que a intitulada regulação pública, de que tratamos, tem vindo a sofrer as mais diversas alterações, sendo de demarcar que agora o que ocorre é não impor regras exteriores ao mercado, não seguindo o seu normal funcionamento, mas sim definir princípios que sigam o normal funcionamento do

Ao referirmos a regulação pública no direito administrativo nunca poderemos esquecer a importância que assume o chamado “triângulo regulatório”, sendo este constituído, tal como o próprio nome deixa prever, por três agentes: de um lado o regulador, do outro o regulado e por fim o consumidor. Apresentam-se nesta relação tripartida novas funções¹⁹ inerentes, sobretudo, às funções atribuídas ao regulador, como por exemplo, a função de dirimir conflitos entre os outros dois entes, quase como se assumisse uma posição judicial, há mesmo quem atribua a esta competência o nome de função parajudicial²⁰.

Quais são, agora, os fins de um Estado Garantidor? Há que assegurar, primeiramente, que continuam a ser fornecidos determinados serviços, em especial os serviços de interesse económico geral²¹, ou seja, aqueles serviços que são considerados essenciais²². Tendo, este, ainda de garantir a protecção dos direitos dos utilizadores destes mesmos serviços, traduzindo-se esta função numa ideia de o Estado avalizar aos cidadãos o acesso a estes serviços em condições de universalidade.

Ainda dentro dos fins que devem ser prosseguidos pelo Estado devemos salientar: o papel fulcral na concorrência, o equilíbrio entre o sector público e privado, ou melhor dizendo, entre os interesses de ambas as partes, bem como a criação das ditas soluções de mercado²³, nunca descorando a protecção de outros bens jurídicos.

mercado, visando assim a sua fomentação. Este é um dos motivos pelos quais se têm insurgido as ARI, tema que iremos aflorar em seguida.

¹⁹ Notamos, hoje, num contexto em que a regulação dá maior liberdade à livre concorrência, que passamos de um Estado que regulava com um intuito proteccionista, para um Estado que agora regula tomando em linha de conta não só o interesse público, como ainda o interesse do utente.

²⁰ Esta é uma questão que tem levantado grandes problemas quer no seio nacional quer no âmbito internacional, não sendo contudo objecto de estudo, aprofundado, neste trabalho.

²¹ Os serviços de interesse económico geral “são aqueles que satisfazem necessidades básicas, de natureza económica, dos cidadãos”, tal como nos diz RODRIGO GOUVEIA. Para sermos mais precisos nesta definição podemos ainda aditar que podem ser assegurados, tanto por pessoas jurídicas públicas, como por privados, sendo que, no caso de ser tratado por privados merecem uma atenção e regulação especiais. Assim, podemos excluir deste conceito as “ (...) funções de soberania do Estado (...), e as actividades no domínio exclusivamente social”. *Cit.* MATOS, Nuno Miguel, “Auxílios de Estado: Serviços de Interesse Económico Geral”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2010, p.39 e GOUVEIA, Rodrigo “Os serviços de Interesse Geral em Portugal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p 22.

²² Esta finalidade advém, numa primeira linha, de imposições da própria UE. Para tanto basta olharmos ao artigo 14.º do TFUE, ou até mesmo ao Livro Branco dos Serviços de Interesse Económico Geral, que são referentes a este ponto.

²³ Nestes casos o Estado muitas vezes fica incumbido da correcção das denominadas “falhas de mercado”, sendo que, em todo o caso, este não é o único papel que cabe nesta “função”. Trata-se, deste modo, de uma condição necessária ainda que não seja suficiente.

Parece que, quando falamos em Estado Regulador/ Garantidor nos referimos, de certo modo, ao princípio da subsidiariedade²⁴, uma vez que o Estado fica, em parte, circunscrito à prática do que é essencial, “transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares”²⁵ independentemente do regime em que isso ocorra²⁶. Trata-se, aqui, da privatização de serviços que não sejam prioritários na satisfação do interesse público, ainda que se encontrem, sempre, sobre a protecção da regulação por parte do Estado.

Feito este, brevíssimo, resumo e estando cientes de que muito se poderia ainda dizer sobre regulação parece-nos, todavia, estar incompleto este sumário se não mencionarmos os tipos de regulação existentes. Podemos, a este propósito, discorrer sobre dois tipos de regulação: de um lado temos a regulação normativa, referindo-nos aqui, e como podemos antecipar olhando à própria denominação, à emissão de normas por parte do Estado. Do outro lado, temos a designada regulação operacional, que mais não é do que a criação pelo Estado de entidades reguladoras, sendo que é sobre estas que nos iremos debruçar mais adiante.

Tanto foi sendo aqui dito, quase que a título meramente indicativo, que acabámos por nos afastar do que nos havíamos, numa primeira fase, comprometido a estudar. Assim, o que devemos entender por regulação? Em Portugal, seria quase um crime não referir, com a devida vénia aos restantes autores, VITAL MOREIRA. Este doutrinário foi o primeiro a aludir a dificuldade da delimitação desta noção, referindo-o, primeiramente, como um instrumento de intervenção do Estado no sector económico. Contudo, este autor diz-nos que este não é o seu único entendimento, podendo assim referir-se três compreensões sobre a noção de regulação²⁷. Desde logo, uma regulação em sentido amplo, sendo esta aquela a que nos temos vindo a referir; num sentido mais restrito, fala-nos desta mesma intervenção do Estado no sector económico mas, desta feita, mencionando uma participação indirecta do mesmo, actuando assim através da coordenação desta actividade privada; num sentido

²⁴ Há quem se refira a este princípio como um “princípio político de organização social”, respondendo deste modo às tarefas que se encontram sobre a égide do poder público, nunca nos podendo esquecer de que o princípio da subsidiariedade, no sentido lato, varia consoante o tempo e o espaço. *Cit.* VILLELA SOUTO, Marcos, “Direito Administrativo Regulatório”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2.ª Ed., 2005, p.36.

²⁵ *Idem.* p.35.

²⁶ Falamos aqui quer do regime de livre iniciativa, quer do regime de direito público, estando ambas sobre a índole Estatal no que tange à sua regulação.

²⁷ Estes três entendimentos de regulação vão aparecer agregados aos três poderes tradicionais do Estado: o legislativo, executivo e judicial, sendo através destes que se manifesta cada um destes tipos de regulação mencionados.

dito restrito, podemos definir a regulação como “condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)”.²⁸ Desta última delimitação devemos fazer uma ressalva: não estamos aqui perante uma função legislativa, mas antes perante uma função executiva²⁹.

Concluindo, a noção que temos vindo a analisar engloba toda e qualquer actividade do Estado que esteja em relação directa com a economia, incluindo essa conexão quer a vertente empresarial, quer a vertente privada. Deste modo, o que devemos excluir da ideia de regulação é então a intervenção directa, por parte do Estado, na economia, estando abrangidas, no entanto, todas as dimensões que possam condicionar a actividade económica, quer seja através da prática do poder normativo, quer não.

Como bem vemos parece que a regulação se torna a base do Estado Garantia, sendo que sem esta o Estado não existiria com os contornos que acabámos de analisar. Por outras palavras “sem regulação, o Estado de Garantia não existe”³⁰.

1.1.Direito Administrativo da Regulação:

Será correcto falarmos de direito da regulação no nosso estudo ou, por outro lado, faz mais sentido referirmo-nos ao direito administrativo da regulação? Parece que nos ficamos pela segunda opção.

Aludimos, aqui, a um direito especial que integra, no seu âmbito, normas de conteúdo regulatório dirigidas às entidades reguladoras, tendo por objectivo definir a estrutura do sistema regulatório, integrando a delimitação destas mesmas entidades, em especial no que concerne à sua acção. Em Portugal, acontece desta forma, e na larga maioria dos países de *civil-law*, porque se olharmos aos países de *common-law*, para sermos mais precisos, ao direito norte-americano, vemos que regulação e direito

²⁸ *Cit.* VITAL MOREIRA, “Auto-regulação Profissional e Administração Pública”, Almedina, Coimbra, 1997, p. 34.

²⁹ Muitas são as definições que nos vão surgindo, no âmbito nacional e internacional, sobre o que devemos entender por regulação. Assim há quem entenda esta apenas pelo estabelecimento de regras que respeitam à actividade económica, sendo essas mesmas regras estabelecidas pelo Estado, tendo como alvo os mercados. JOÃO CONFRARIA define ainda de forma mais clara regulação como o correspondente “(...)à intervenção do Estado na vida económica, na área do Direito Público, que se caracteriza pelos poderes de as tornar vinculativas, e supervisionar e fiscalizar o seu cumprimento, assim como o de sancionar o seu incumprimento, através de sanções administrativas ou penais”. *Cit.* CONFRARIA, João, “Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro” in Estudos de Regulação Pública-II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 355 e CONFRARIA, João “Regulação e Concorrência – desafios do século XXI”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Ed., 2011.

³⁰ *Cit.* GONÇALVES, Pedro Costa, “Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante”, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 78 e sgs.

administrativo quase se confundem, sendo entendidos como um só, não sendo assim considerada uma verdadeira vertente do direito administrativo. Acresce, ainda, dizer que, até ao surgimento deste direito regulatório os EUA, não viam como necessária a separação do direito administrativo do restante direito³¹, só tendo ganho grande expansão e consequente divisão após a criação das primeiras *Independent Agencies*.

Dito isto, é agora mais simples delimitar as fontes a que recorre este recente direito administrativo de regulação. São estas de um lado a lei, onde são fixados os vários tipos/sistemas de regulação, e do outro os regulamentos, sendo estes emitidos pelas entidades reguladoras no uso do seu poder normativo.

Neste novo direito, alguns autores³² falam, ainda, das suas particularidades, as quais nos parecem muito pertinentes referir, ainda que, apenas, de modo enumerativo. Desde logo, falam-nos da “desgovernamentalização de administrações estaduais”³³, sendo este um marco na larga maioria das entidades reguladoras. Ao lado desta insurgem-se particularidades como: a europeização, contracção do princípio da legalidade; fortalecimento da figura do regulamento administrativo³⁴; destipicização dos actos administrativos³⁵; a autoridade concedida a estas entidades; e o nascer de novos poderes administrativos, que surgem ao lado de poderes mais eficazes e vigorosos em diversos âmbitos; entre outros.

³¹ Deste modo,“(…) o direito administrativo norte-americano compreende, principalmente, o papel das agências administrativas na sociedade e os seus poderes na implementação das políticas públicas”. *Cit.* CUÉLLAR, Leila, “O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas” in *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 593.

³²*Cf.* GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito Administrativo da Regulação” in *Estudos em Homenagem ao professor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, p.548 e sgs.

³³ *Idem.* p. 548.

³⁴ As entidades reguladoras passam agora a ter um papel de regulamentação normativa muito marcado, sendo que na larga maioria dos casos se traduz na emissão regulamentar. Estes tendem a ser independentes, isto é, “(…) são aqueles que este edita sem referência imediata à lei, não visando executar ou alterar o conteúdo de uma norma legal anterior. (...) Abrangem também, actualmente, os regulamentos emanados por autoridades reguladoras no exercício de poderes normativos genéricos que lhe são concedidos por lei”. *Cit.* Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4ª. Ed, 2016, p. 157.

³⁵ É sabido, entre nós, que os actos administrativos são actos típicos, ou seja, a Administração não pode inventar actos administrativos que de uma forma ou de outra não se baseiem na lei, encontrando-se assim delimitadas pelo princípio da legalidade.

2. Entidades Reguladoras

2.1. Origem:

A primeira vez que ouvimos falar de entidades reguladoras é num contexto de *common-law*, insurgindo-se aqui prematuramente em relação aos países de *civil-law*, onde se insere Portugal. Este aparecimento dá-se ainda no século XIX³⁶, e é nos EUA que ganham grande destaque. Estas que nasceram por uma questão de necessidade aquando de uma disputa entre empresas de transporte ferroviário e donos de fazendas na zona Oeste. Para resolver o problema existente entre as duas partes, foi criada a ICC e, um pouco mais tarde, surge também a FTC. Estas entidades reguladoras destinavam-se ao controlo de condutas anti competitivas das empresas e, também, de corporações monopolistas^{37/38}. Assim sendo e, contrariamente ao que se acaba de afirmar, não foi a ICC a primeira *Independent Agency* a surgir, mas sim o *Patent Office*³⁹, apesar de não lhe ter sido atribuída uma figura de destaque.

Mais tarde e, devido à forte crise económica que ocorria no país, já no século XX⁴⁰, assistiu-se ao emergir de uma panóplia de autoridades administrativas independentes, tendo estas um forte papel de intervenção na economia, o que mais tarde veio levantar alguns problemas quanto às largas competências que lhes haviam sido atribuídas. Não obstante, as mesmas surgem com o principal intuito de afastar qualquer tipo de influência que o Governo pudesse ter sobre a economia, poupando, deste modo, a interveniência do mesmo. A este factor, que seria já suficiente para a sua criação, agrega-se o facto de sempre terem existido focos de tensão entre o poder executivo de um lado e o poder legislativo do outro, nas figuras do Presidente e do Congresso⁴¹, respectivamente.

³⁶ É a esta data que assistimos a um largo movimento de liberalizações e privatizações, sendo que esta tendência só se verificou em Portugal quase um século depois fazendo assim notar o desfasamento temporal que encontramos entre os dois países e, até mesmo, entre os dois sistemas jurídicos.

³⁷ Cf. Marshall J. Berger e Gary J. Edles, “Independent Agencies in the United States. Law, structure, and politics”, Oxford, New York, 2015, p. 19 e sgs.

³⁸ A esta lógica aliava-se uma outra fundamental a “(...) ideia de regulação pública da economia, poupando porém a intervenção do Governo no mercado”. Cit. VITAL MOREIRA, “As entidades administrativas independentes e o Provedor de justiça” in O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas independentes, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2002, p. 94.

³⁹ Cf. MASHAW, Jerry L. “Creating the Administrative Constitution”, Yale University Press, London, 2012, p. 5.

⁴⁰ No mandato de Roosevelt, em que se assistiu à maior crise financeira do capitalismo, surgiu a Lei Sarbanes-oxley, que mais não era do que uma lei de reforma da gestão de empresas nos EUA, e se veio a demonstrar muito relevante na resolução de alguns problemas.

⁴¹ É ao Congresso que cabe a definição de todos os poderes que são incumbidos às ARI, ainda que caiba ao Presidente a escolha dos seus titulares, não podendo este destitui-los a título discricionário, tendo sempre de existir fundamentação para a demissão dos mesmos, como iremos constatar mais adiante.

Já na terceira fase, num pós segunda guerra mundial, assistimos à criação do APA que assume, ainda hoje, a maior importância, uma vez que veio uniformizar o processo de criação e tomada de decisões por parte das entidades reguladoras. Este é, hodiernamente, um importante instrumento de “controlo” sobre as agências, porque é no seu contexto que são definidas as competências das mesmas. É ainda da maior relevância este *Act* devido ao facto de ser aqui regrada toda a actividade que cabe a este tipo de entidades, tornando-se especialmente importante se tivermos em linha de conta que não há qualquer poder de direcção por parte do Presidente, estando estas apenas sujeitas ao controlo dos tribunais e ao controlo financeiro, que cabe ao *Office of Management of Budget*.

Até aos dias de hoje apenas houve mais duas grandes fases no que toca à evolução histórica destas entidades. De entre as quais uma fase em que se avolumaram os problemas já mencionados, sendo que surgiam, à data, imensas dúvidas quanto à grande independência que era atribuída às agências em relação ao poder político. Ocorrendo este fenómeno devido ao facto de os entes privados, possuidores de grande poder a nível económico e por isso detentores de grande influência, poderem actuar sobre as entidades que não se encontravam vinculadas ao poder político, desvirtuando, desse modo, o conteúdo da regulação das entidades, o que, em última instância, iria prejudicar grandemente o consumidor final.

Por último, deparamo-nos com a fase em que nos encontramos actualmente, que se principiou cerca da década de 90 do século passado, resistindo até aos nossos dias. Presentemente, encontramos-nos perante um modelo regulatório independente, mas sobre o qual se verifica um controlo externo⁴², de maneira a que essa independência exista dentro dos moldes admissíveis, suprimindo assim algumas debilidades de fases anteriores.⁴³

Nos Estados Unidos, as entidades reguladoras ganham tamanho destaque que há quem as considere um “quarto poder” do Estado, surgindo, inclusivamente, em pé de igualdade com o Congresso, com o Presidente e com os Tribunais. Na verdade, as ARI surgem com a principal função de separar a política da economia, pois apenas estas seriam capazes de criar um panorama de estabilidade que fosse considerado essencial para os operadores de mercado. Isto ocorre por serem constituídas por técnicos especializados que

⁴² Sobre esta temática *vide infra* o capítulo IV.

⁴³ *Vide* mais sobre esta temática referente à evolução histórica in CUÉLLAR, Leila, “O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas” in Estudos de Regulação Pública-I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 600 e sgs.

tendem a ser politicamente neutros, não podendo/devendo assim ser exercida qualquer pressão política, surgindo, todavia, problemas relacionados com as pressões exercidas por parte dos privados, como já aditámos anteriormente.

Em contexto europeu, estas entidades surgem, numa primeira fase, no direito britânico, no início da década de 80, do séc. XX. Na Grã-Bretanha, já há muito que se ouvia falar de instituições públicas dotadas de alguma independência face ao Governo, sendo estas, entre a doutrina, denominados como *Quangos*⁴⁴. Estes intervinham já num plano muito mais alargado do que as *Independent Agencies*, uma vez que abarcavam não só o contexto económico, como, também, o social e até mesmo o cultural, tendo para além das competências regulatórias, outras de âmbito, por exemplo, informativo. Foi assim, nesta conjuntura, que surgiram, por influência das privatizações e liberalizações, as entidades reguladoras independentes nas mais diversas áreas.

Passamos a ter na Europa, ao contrário do que ocorria até então por influência dos EUA, um espaço administrativo mais aberto, traduzindo-se numa participação menos rígida, no que tange ao controlo por parte da Administração.

No âmbito nacional, a criação deste tipo de entidades prendeu-se, sobretudo, com o facto de existir, na altura da sua criação, uma necessidade de a Administração Pública passar a ter outro tipo de intervenção, intervenção essa mais imparcial, visando, sobretudo, a prossecução do interesse público.

Estas figuras foram, pela primeira vez, referidas a nível constitucional na Lei Constitucional n.º1/97⁴⁵, dando sinais de uma “necessidade de desgovernamentalização e de neutralidade política de certos sectores da vida administrativa”⁴⁶. Podemos, então, em linhas muito gerais, destacar alguns dos motivos pelos quais se criaram este tipo de autoridades administrativas independentes: ineficiência administrativa e tentativa de afastar qualquer tipo de influência política em determinados sectores.

⁴⁴ Vide mais sobre a temática in Carsten Greve, Matthew Flinders e Sandra Van, “ThielQuangos - What’s in a name? Defining Quangos from a Comparative Perspective” disponível in <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.520.2634&rep=rep1&type=pdf>>.

⁴⁵ Nos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997 é o deputado (à data) Luís Marques Mendes o primeiro a referir a importância da integração deste tipo de entidades, na altura “entidades públicas independentes”, dizendo que assim lhes seria atribuída “(...) dignidade constitucional”. Cit. <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/073/1997-04-11/2119?q=entidades%2Badministrativas%2Bindependentes&pOffset=600>>.

⁴⁶ Cit. MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das Relações Jurídicas Regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 19.

Qual o motivo por que adoptamos entre nós uma regulação que tem, maioritariamente, por base, autoridades administrativas independentes e não as chamadas entidades executivas⁴⁷? Poderíamos enumerar as mais diversas razões, mas a primeira que nos parece pertinente destacar relaciona-se com o facto de estarmos perante um novo paradigma regulatório, sendo este fenómeno intitulado, por muitos, como “desregulação”, conforme ocorrera no início da década de 90. Hoje, entendemos ser necessária, tal como acontecia já no modelo de *common-law*, uma separação mais demarcada entre as funções de regulação – já referido anteriormente – e as funções de participação pública na actividade que está a ser regulada. É de fácil justificação, bastando para tal olharmos aos chamados serviços essenciais, onde o Estado aparecia em simultâneo como regulador e regulado⁴⁸, ocorrendo, este mesmo fenómeno, nos monopólios naturais⁴⁹, onde o problema se agigantava.

Observamos este fenómeno, e tal como já foi afirmado, pela grande influência exercida pelo direito da UE. Direito este que demarcou e igualmente impôs esta separação entre o que regula e o que é regulado, através não da constituição de agências executivas mas, ao invés disso, insurgindo órgãos de regulação estadual independentes.

Pela exposição feita *in supra* percebemos o porquê da necessidade de separação entre o regulador e o Estado, sendo assim, necessária a criação de entidades administrativas independentes, salvaguardando, desta forma, a não ingerência entre a fracção político-económica que cabe, como é de ver, ao Governo, e a regulação em sentido estrito, que passa então a pertencer às entidades reguladoras independentes.

2.2. Conceito:

Poderá, numa primeira fase, parecer fácil a delimitação do conceito de entidade reguladora, mas não se afigura assim tão simples, especialmente se tomarmos em linha de

⁴⁷ As também denominadas agências executivas são-no porque as podemos enquadrar no tipo modelo clássico em que falamos de poder executivo. Se tivermos em linha de conta o case study norte-americano, podemos considera-las como que um instrumento executivo do Presidente, apesar destas terem de responder não perante o próprio Presidente, mas sim perante o Congresso. *Vide* mais sobre esta temática *in* SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Autoridades independientes- Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España”, Ariel, Barcelona, 2002, p. 102 e sgs.

⁴⁸ Não queremos com isto afirmar que o Estado tenha de desaparecer enquanto ente empresarial. Apenas pretendemos reiterar que o Estado terá de se encontrar em situação de igualdade com as demais empresas, respeitando as regras da concorrência e não podendo, por isso, ser ele a definir as mesmas.

⁴⁹ Ao não se verificar esta independência estaríamos, ainda, perante um fenómeno mais gravoso no caso dos monopólios naturais, uma vez que iríamos assistir a um forte abuso de poder por parte do Estado, como por exemplo no estabelecimento de preços, o que traria para o utente grandes desvantagens.

conta as mudanças que foram ocorrendo ao longo do tempo, como já pudemos ver na análise *in supra*.

Primeiramente, e para uma compreensão mais simplificada, devemos delimitar as entidades reguladoras na organização administrativa portuguesa, sendo que antes dessa demarcação devemos efectuar uma pequena ressalva. No âmbito desta, e nos termos do artigo 199.º, alínea d) da CRP, compete ao Governo “dirigir os serviços e a actividade da Administração directa (...) e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma”. Em nenhum dos casos estamos, então, a referir-nos às entidades reguladoras, pois estas, numa primeira leitura, poder-se-iam considerar inseridas numa Administração estadual indirecta⁵⁰. Será erróneo fazer esta afirmação nos dias de hoje? A resposta será afirmativa, sendo que actualmente é defensável a independência deste tipo de agências, ficando estas inseridas na denominada Administração independente^{51/52}. Para sermos mais precisos, tratam-se de Administração indirecta independente, isto é, falamos aqui de entidades que quer a nível material, quer a nível formal são administrativas, desempenhando tarefas estaduais específicas, sujeitas a uma influência diminuída por parte do Estado, ainda que se encontrem “isentas de subordinação governamental”⁵³, sendo independentes face ao poder executivo. Ainda assim, é necessário compreender que não nos encontramos no espaço normal da organização administrativa, tratando-se esta Administração independente de uma espécie atípica/ excepcional no seio da mesma.

Esta independência ocorre tanto a nível orgânico, como, também, a nível funcional⁵⁴. Do primeiro, resulta a existência de um estatuto próprio de “designação,

⁵⁰ É aquela que é realizada por conta do Estado, mas por outros entes que não este último. Tratam-se de outras entidades públicas que, dotadas de personalidade jurídica, e tendo autonomia quer a nível financeiro, quer a nível administrativo, desenvolvem uma determinada actividade administrativa destinada à prossecução de fins próprios do Estado.

⁵¹ A Administração independente encontra assento legislativo no artigo 267.º, n.º 3 da CRP, ainda que “(...) este preceito se limite a reconhecer a possibilidade legal da criação de «entidades reguladoras independentes»”. *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos. Direito Administrativo. Textos e casos práticos resolvidos”, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2015, p.129.

⁵² Também no direito administrativo espanhol, quando falamos de administração independente, estamos a aludir a uma modernização da Administração geral do Estado. *Vide* mais sobre esta temática *in* OLÍAS LIMA, Blanca, “Manual de organización administrativa del Estado”, Editorial Síntesis, Madrid, 2006, p. 27 e sgs.

⁵³ *Cit.* CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “O Estado Regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral” *in* Temas de Integração, Almedina, Coimbra, 2005, p. 186.

⁵⁴ Esta independência encontra-se, actualmente, consagrada na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras no artigo 3.º, n.º2, al. c), que elenca no leque de independências não só as já mencionadas mas também a independência técnica.

mandato, incompatibilidade e inamovibilidade”⁵⁵ e, no segundo caso, faz com que a sua subordinação seja meramente legal e não governamental. Existindo ainda algumas entidades administrativas independentes, como por exemplo, a Entidade Reguladora da Comunicação Social, que são “(...) vocacionadas para a tutela da legalidade e para a defesa dos direitos fundamentais”⁵⁶. Estas detêm uma relação com o Parlamento, sendo detentoras de poderes de “fiscalização da legalidade administrativa e de garantia dos direitos dos cidadãos”⁵⁷. Deste modo, é fácil percepcionar-mos a existência de dois tipos de autoridades administrativas independentes: de um lado as entidades com funções de regulação económica e social (as denominadas autoridades reguladoras) e do outro lado as entidades que são então vocacionadas para a defesa dos direitos dos cidadãos e para a fiscalização da legalidade administrativa⁵⁸.

Numa primeira fase, e antes de se percepcionar verdadeiramente a importância destes entes administrativos, estes eram vistos como verdadeiros institutos públicos (ainda que o continuem a ser quanto à sua forma e à sua estrutura), fazendo, até muito recentemente, parte da administração estadual indirecta. Apenas fora da esfera económica podíamos encontrar entidades reguladoras que não fossem verdadeiros institutos públicos^{59/60}. Deste modo, fazia total sentido abrangermos as entidades reguladoras no regime dos institutos públicos, até porque, como é sabido, podíamos diferenciar vários tipos dos mesmos, o que, de certo modo, facilita a fundamentação da nossa afirmação⁶¹.

Será esta delimitação na organização administrativa suficiente? Afigura-se que não. Há que dar uma definição mais precisa do que logramos entender por entidade

⁵⁵ *Cit.* CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “O Estado Regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral” in *Temas de Integração*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 186 e 187.

⁵⁶ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos. Direito Administrativo. Textos e casos práticos resolvidos”, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2015, p. 132.

⁵⁷ *Cit.* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.^a Ed., 2015, p. 118.

⁵⁸ *Cf.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos. Direito Administrativo. Textos e casos práticos resolvidos”, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2015, p. 130.

⁵⁹ Um exemplo deste tipo de entidades reguladoras é a Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

⁶⁰ É ainda, a nosso ver, pertinente referir que mesmo antes da promulgação da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro dos Institutos Públicos já falava de um regime especial para as entidades administrativas independentes, no seu artigo 48.º, n.º, 1, al. f). *Vide* mais sobre esta temática in VITAL MOREIRA, “Entidades Reguladoras e Institutos Públicos” in *A mão visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 29 e sgs.

⁶¹ Hodiernamente, ao contrário do que ocorria até Agosto de 2013, não existia qualquer Lei-quadro referente às Entidades Reguladoras, o que fazia com que a única base legal respeitante a estes fosse, então, a Lei-quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro), o que vem reiterar o já referido. No seu sumário a primeira Lei citada vem referir que estamos “perante a Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica (...)”, reforçando-se, deste modo, a distinção feita in supra.

reguladora, até porque nos parece redutor fazer um entendimento geral do que devemos compreender por estas apenas no âmbito da organização administrativa portuguesa.

Muitas das ARI foram, então, consideradas como institutos públicos, o que fazia com estivessem submetidas a superintendência e tutela ministeriais, não gozando, os seus membros, de independência orgânica. Esta é uma diferença de maior para a actual classificação destas ARI como parte da administração administrativa independente, onde a independência é característica de destaque, como poderemos ver mais adiante no nosso trabalho⁶².

As entidades reguladoras serão assim, e nos termos da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto⁶³, “ (...) pessoas colectivas de direito, com natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social”^{64/65}. É, também, nesta lei que podemos ver quais são os requisitos que este tipo de entidades devem observar, desde logo no n.º 2 do artigo 3.º, podendo, desde logo, afigurar-se a grande importância que esta criação legislativa trouxe.

2.3.Características:

Muito já foi sendo dito sobre as entidades reguladoras, mas ficaria incompleto um breve estudo das mesmas se não referíssemos, ainda que de forma muito superficial, as características que qualificam uma entidade reguladora como tal, apesar de ainda se assistir a muita controvérsia em torno das mesmas, quer quanto à sua natureza jurídica, quer quanto ao seu papel e ainda relativamente ao seu fundamento (constitucional).

⁶² Sobre esta temática *vide infra* ponto 2.3.

⁶³ Desta Lei-Quadro foram, excluídas algumas entidades reguladoras nacionais, desde logo o Banco de Portugal e, tal como já foi anteriormente referido e justificado, e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, como podemos confirmar no n.º 4, do artigo 3.º da Lei-Quadro, e no n.º 3 do artigo 2.º do anexo. *Vide* mais sobre a temática *in* Licínio Lopes e Pedro Costa Gonçalves, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica” *in* Textos de Regulação da Saúde, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, 2013, p. 9 e sgs.

⁶⁴ *Cf.* Artigo 3.º, n.º 1 da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.

⁶⁵ Outra definição que encontramos a nível legal é de origem norte-americana, no já referido APA, que nos diz no seu artigo 551.º, n.º 1, que se entende por “agência” “(...) each authority of the Government of the United States, whether or no tis it within or subject to review by another agency, but does not include- a) the Congress; b) the courts of the United States; c) the governements of the territories or possessions of the United States (...)”, referindo-se nas restantes alíneas o que não se encontra incluído nesta definição, não nos parecendo necessária a total transcrição do artigo.

Ao caracterizar-mos uma entidade reguladora, podemos olhar não só para as suas características propriamente ditas, mas também para o seu objecto e natureza. Quando às primeiras devemos, desde logo, fazer uma distinção entre as áreas que são objecto das mesmas, sendo aqui de destacar duas: de um lado a de garantia de direitos fundamentais e do outro a regulação da área económica, onde, ademais, centramos o nosso estudo. Esta actuação em áreas distintas leva-nos a afirmar que estamos na presença de uma regulação que ocorre em áreas fundamentais, por um lado um mercado que se desenvolva num âmbito livre e concorrencial, por outro lado a protecção dos utentes, que devem ver assegurados os seus direitos, como por exemplo, o direito à informação.

Já, no que concerne à natureza das mesmas, em linhas muito gerais, podemos dizer que será o que se afigura mais complexo de determinar, sendo esta temática, entre a doutrina, alvo de muita controvérsia. Há autores que consideram que se trata de um quarto poder ao lado dos tradicionais poderes do Estado, existindo outros que defendem que não se afigura como um verdadeiro novo poder, uma vez que detêm características como a independência, que tornariam essa tese inviável.

As entidades reguladoras caracterizam-se, assim, por serem independentes, devendo ser compostas por membros da Administração Pública, tendo de ser ainda dotadas de características de autoridade. Não obstante, a que nos parece mais pertinente destacar é a característica da independência. Esta é o que faz com que estas entidades se demarquem das restantes, traduzindo-se na não inserção das mesmas na Administração directa e, por esse mesmo motivo, não se encontrando subordinadas ao executivo, ainda que não seja apenas este o seu único apanágio.

A independência vem, então, a verificar-se a vários níveis, dentro dos quais: o orgânico, o funcional e o social. No primeiro, podemos, ainda, ramificar esta independência ao nível da sua criação (sabemos que não há qualquer relação entre aquele que nomeia e aquele que é nomeado), do seu mandato (se levarmos em consideração a inamovibilidade das mesmas) e, também, no que respeita ao regime de incompatibilidades (que faz com que se garanta a protecção dos interesses em causa)⁶⁶. Esta independência traduz-se, sobretudo no facto de os seus titulares não poderem ser destituídos pelo

⁶⁶ Esta independência orgânica reflecte-se, também, no facto de estarmos perante entidades que, na sua larga maioria, se apresentam como sendo órgãos colegiais, embora tudo o que isso engloba seja totalmente variável de entidade para entidade, uma vez que cada ARI é detentora de estatutos próprios.

Governo, antes que o seu mandato cesse⁶⁷, podendo este fazê-lo desde que devidamente justificado nos termos da lei⁶⁸. A nível funcional, podemos dizer que são detentoras da denominada “discricionariedade técnica”⁶⁹, não estando assim sujeitas à tutela⁷⁰ e superintendência⁷¹, ou seja, não se encontrando submetidas a qualquer tipo de ordens ou controlo por parte do executivo, não sendo da mesma forma o Governo o órgão detentor da fiscalização destas. Estas entidades não se encontram assim submetidas a qualquer tipo de controlo de mérito, não tendo que prestar contas no que respeita à sua tomada de decisões, o que se traduz na impossibilidade de anulação de qualquer decisão tomada, a menos que isso ocorra por meio judicial. Por último, a nível social, podemos traduzir a independência no que respeita à autonomia em relação aos interesses em causa,⁷² devendo ao máximo

⁶⁷ A recente Lei-Quadro das Entidades Reguladoras refere, no seu artigo 6.º, n.º1, esta mesma independência orgânica, só se justificando, contudo, a mesma tendo em linha de conta o limite das falhas de um governo representativo, uma vez que se considera que estas possam ser prejudiciais ao normal funcionamento da concorrência.

⁶⁸ Se quisermos ser concisos no que respeita a esta característica dizemos que esta se manifesta, sobretudo, pelo facto de os seus titulares “(...) não poderem ser destituídos pelo Governo antes de terminado o seu mandato”. Os seus mandatos não podem ser destituídos a título discricionário, só podendo ser destituídos nos termos plasmados na lei. *Cit.* Fernanda Maçãs e Vital Moreira “Autoridades Reguladoras Independentes- Estudo e Projecto de Lei-Quadro”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 25.

⁶⁹ Tema que irá ser discutido mais adiante no nosso estudo, sendo importante referir que ao falarmos de “discricionariedade técnica” não estamos a assumir a defesa deste conceito.

⁷⁰ Com alguma frequência irá ser mencionado, entre nós, esta noção, parecendo-nos assim da mais suma importância deixar uma breve definição do que devemos entender por tutela. Nas palavras de FREITAS DO AMARAL a tutela administrativa “(...) consiste no conjunto de poderes de intervenção de uma pessoa colectiva pública na gestão de outra pessoa colectiva, a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua actuação”. Esta definição surge como muito relevante pois são muitas as figuras afins da mesma, sendo por esse mesmo motivo muito fácil a confusão entre elas. Senão vejamos: desde logo surge-nos a figura da hierarquia, ou até mesmo o controlo jurisdicional dos órgãos da Administração Pública, sem nos esquecermos de certos tipos de controlo interno da Administração.

Poderíamos ainda neste âmbito estender-nos e referir as diversas espécies de tutela administrativa, mas não nos parece pertinente fazer essa análise no presente estudo. O que se afigura relevante é referir que ao falarmos de tutela administrativa nunca a podemos presumir, tendo esta de existir, sempre, de forma taxativa na lei. *Cit.* FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, vol. I Almedina, Lisboa, 4.ª Ed., 2015, p. 729.

⁷¹ Ao fazermos uma análise sobre o que devemos depreender de “tutela administrativa”, parece-nos também correcto, e pelos mesmos motivos supra mencionados, clarificar o conceito de superintendência. Seguindo a mesma linha de pensamento, FREITAS DO AMARAL define superintendência como “(...) o poder conferido ao Estado, ou a outra pessoa colectiva de fins múltiplos, de definir os objectivos e guiar a actuação das pessoas colectivas públicas de fins singulares colocados por lei na sua dependência”. Assim, e confrontando ambos os conceitos, podemos concluir que quando falamos de superintendência nos estamos a referir a um conceito mais amplo que o de tutela. A tutela circunscreve-se apenas ao controlo da actuação das entidades a que ela estão sujeitas, por outro lado a superintendência norteia toda a actuação dos entes que se encontrem a ela submetidas. *Idem.* p.744.

⁷² É importante, ainda a este propósito, fazer menção que quando falamos de ARI estamos a fazer referência a órgãos colegiais, apesar de, quanto à constituição esta seja variável de autoridade para autoridade. Os titulares destes órgãos são, na sua larga maioria, escolhidos conforme a sua aptidão técnica, o que faz com que, também aqui, se revele a ideia de independência, isto porque estes membros, por terem de ser escolhidos consoante a sua aptidão técnica e profissional, são exteriores à Administração.

tentar evitar qualquer tipo de influência advinda dos regulados, procurando não incorrer nas qualificadas “assimetrias de informação”.

Estas entidades devem ainda pautar a sua actuação pela neutralidade, não se podendo considerar esta uma verdadeira característica. A neutralidade é, mais uma vez, o resultado da não ingerência do poder político na sua prática, podendo mesmo afirmar-se que a neutralidade e a independência têm uma relação indissociável não se verificando uma sem a outra. Esta última reflecte-se, especialmente, na tomada de decisões, uma vez que os titulares destes organismos tendem a tomar as mesmas com base em critérios, exclusivamente, técnicos, dado que se entende, só assim, ser possível prosseguir o tão afamado interesse público.

Podemos fazer referência a uma última característica que, tal como a neutralidade, não existe sozinha, referindo-nos aqui à imparcialidade^{73/74}. A imparcialidade surge-nos num plano um pouco mais específico, encontrando-se circunscrita à regulação entre os particulares e o regulado, o que nos remete para uma outra questão, a do poder parajudicial, sobre o qual assentam as mais diversas discussões. Neste ponto, devemos, sempre, atender ao princípio da imparcialidade como o “poder-dever dirigido à Administração no sentido de valorar e ponderar todos os interesses em jogo (públicos e privados), sem privilegiar ou discriminar qualquer deles”⁷⁵.

2.4. Poderes conferidos às Entidades Reguladoras:

Há, hodiernamente, um conjunto de poderes que cabem, de forma inequívoca, às entidades reguladoras, sendo sobre esses mesmos poderes que iremos agora debruçar a nossa atenção.

Estes poderes encontram, desde 28 de Agosto de 2013, fundamentação legal na já mencionada Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, estando plasmados no Capítulo IV, que tem precisamente como epígrafe “poderes e procedimentos”. É aqui, logo no artigo

⁷³ O que devemos entender por imparcialidade? Nas palavras de VITAL MOREIRA imparcialidade é “(...) estarmos perante um terceiro em relação às partes, um estranho ao respectivo conflito, indiferente em relação ao êxito da demanda”. *Cit.* Fernanda Maças e Vital Moreira “Autoridades Reguladoras Independentes- Estudo e Projecto de Lei-Quadro”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 30.

⁷⁴ Tanto a neutralidade como a imparcialidade encontram-se, no que respeita à ligação com a independência, ligadas “(...) aos interesses envolvidos na actividade regulada (...)”. *Cit.* RIBEIRO, João Sérgio, “Entidades Reguladoras Independentes, uma forma de regulação ou de tributação?” *in* Scientia Iuridica, Revista de direito comparado português e brasileiro, Universidade do Minho, Braga, 2011, p. 242.

⁷⁵ *Cit.* Fernanda Maças e Vital Moreira “Autoridades Reguladoras Independentes- Estudo e Projecto de Lei-Quadro”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 30.

40.º, que podemos conferir os poderes que lhes são atribuídos, sendo estes “(...) poderes de regulação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções (...)”⁷⁶, referidos no seu n.º 1, e cabendo-lhes, nos números seguintes, os poderes de regulamentação, de inspecção, de auditoria e, por último, o de mediação. Já no que diz respeito ao artigo 41.º, este diploma refere, numa situação de dependência com o n.º 3 do artigo anterior, o procedimento de regulamentação. Feitas estas notas vamos centrar-nos no poder normativo, uma vez que é este que levanta mais problemas no seio da doutrina, não querendo, contudo, descurar ou dar menor importância aos restantes poderes.

O poder normativo das ARI, ao qual olhamos agora, traduz-se, fundamentalmente, na emissão de normas de carácter geral e abstracto, o que acarreta muitos problemas no ordenamento jurídico nacional, em especial no que concerne aos princípios que regem um Estado de Direito, em especial no respeitante aos princípios da legalidade e da separação de poderes, como iremos ver mais adiante. Contudo, as entidades reguladoras tomam, igualmente, decisões “(...) individuais e concretas no âmbito do seu poder de supervisão”⁷⁷, ainda que não se vá, neste ponto, destacar esse papel.

Este poder, partindo do pressuposto que é atribuído às entidades reguladoras por força da lei, mais não é do que um contributo para o retraimento do princípio da legalidade que se tem vindo a acentuar ao longo dos tempos. Este fenómeno ocorre como consequência da criação de espaços, em branco, na lei, de modo a que a Administração Pública os possa preencher. As entidades reguladoras, sendo parte dessa Administração, vêem-lhe concedido esse poder, tal como já havíamos aditado. Falamos aqui de uma capacidade que, de forma geral, se traduz na prática de actos gerais e abstractos, como os regulamentos, sendo através dos mesmos que o poder normativo das autoridades administrativas independentes vê a sua maior manifestação.

Muitas são as teorias que têm surgido quer em contexto nacional, quer em contexto europeu e até em contexto internacional, com o intuito de legitimar a concessão deste poder, que passa, actualmente, a pertencer não só ao Estado, como, também, a este tipo de entidades. De um lado surgem aqueles que defendem que estamos perante uma

⁷⁶ Surgem, entre nós, alguns críticos quanto à sistematização deste artigo, afirmando que o mesmo não é coerente, considerando-o de forma clara como “exemplo de deficiente técnica legislativa”. Há autores que vão ainda mais longe na sua crítica, especificando o porque da mesma, não nos parecendo, todavia, relevante esse estudo. *Cit.* NORONHA, João, “A nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras: Poderes e instrumentos regulatórios” in *Estudos de Regulação Pública- II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 376.

⁷⁷ *Cit.* CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “O Estado Regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral” in *Temas de Integração*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 184.

delegação normativa, uma vez que o poder que cabe a estas mais não é do que um poder normativo de natureza regulamentar. O regulamento emitido pelas entidades reguladoras será, deste modo, legal, desde que este respeite a lei delegante quer nos seus critérios formais, quer nos seus critérios materiais. Para outros autores, quando falamos da emissão de regulamentos por parte das entidades reguladoras, estamos perante regulamentos de execução, não se tratando por isso, e ao contrário do anteriormente defendido, de qualquer delegação legislativa. Outros autores defendem, ainda, que por um lado estamos perante um poder normativo de natureza infra-legal e outros defendem ainda, que os regulamentos serão de natureza infra-regulamentar⁷⁸, estando hierarquicamente num nível substancialmente abaixo dos regulamentos típicos, devendo-lhes, deste modo, absoluto acatamento. Assistimos, independentemente daquilo que se assuma como correcto, a um fenómeno de “descentralização normativa”, revestindo esta, sobretudo, de carácter técnico, o que levanta um role de problemas que iremos analisar durante todo o nosso estudo.

Em que é que se tem traduzido este poder normativo atribuído, por lei⁷⁹, às entidades reguladoras? Esta normatividade tem vindo a ser entendida, na larga maioria dos casos, como uma delegação normativa⁸⁰, tal como entende a primeira parte da doutrina referida, indo assim ao encontro do que se tem assistido nos países de *common-law*⁸¹. Deste modo, continua a caber ao legislativo as matérias de natureza política, passando a pertencer a este novo poder regulamentar apenas as questões que se assumam como sendo

⁷⁸ Poderá causar, numa primeira fase, estranheza a denominação de natureza “infra-regulamentar”, mas com as alterações ocorridas nas últimas décadas, parece não mais gerar qualquer confusão. Devemos inserir este conceito na temática das regulações inter-regulamentares, o que facilita, em muito, o uso desta expressão. *Vide* mais sobre a temática in LOPES, Pedro Moniz, “O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do código do procedimento administrativo” in Revista Electrónica de Direito Público, n.º 1, 2014, disponível in <<http://e-publica.pt/regimesubstantivosdosregulamentos.html>>, ponto 3.2.2.

⁷⁹ É importante não olvidar que quando falamos de atribuição de um poder normativo-regulamentar falamos na necessidade de o regulamento, enquanto actividade administrativa, estar submetida à lei, encontrando assim “(...) fundamento directo no princípio da legalidade”. Fundamento legal de tal afirmação está patente no artigo 112.º, n.º 7 da CRP. *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade. Contributo para a teoria dos regulamentos”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 44.

⁸⁰ Esta delegação é, em muitos dos casos, pela sua própria natureza, feita a este tipo de entidades pois são as mesmas que tendem a ter um maior conhecimento técnico e, associado a este, um maior conhecimento prático de determinadas questões, sendo deste modo muito mais célere dirimir alguns problemas. Estes através do poder legislativo levariam anos a encontrar resolução, especialmente se atendermos à regulação económica onde a regulação tem de ser rapidamente adaptada à realidade.

⁸¹ *Vide* neste sentido NETO, Orlando, “Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano” in *Direito Regulatório: Temas Polémicos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 399 e sgs.

de natureza técnica e sobre as quais apenas as próprias autoridades reguladoras tenham conhecimentos.

Feita esta clarificação, afigura-se pertinente aditar mais alguns pontos. É importante, sempre que falamos de poder normativo, seja este parte das entidades reguladoras ou não, perceber que o mesmo em nada se confunde com o legislativo. O poder normativo compreende tanto a função legislativa como a regulamentar, cabendo assim ao legislativo “o poder de criar normas jurídicas primárias de cunho legislativo”⁸². Podemos concluir que nem sempre a lei contém uma norma, e nem sempre uma norma é emanada por uma lei. Há, assim, algum grau de dependência entre ambos, mas não um grau de inevitabilidade.

No contexto regulamentar, agora mais do que nunca, a norma assume um papel de excelência, uma vez que se debruça, sobretudo, sobre questões que dificilmente seriam sindicáveis, por assumirem um carácter muito técnico, recaindo essas sobre questões, essencialmente, de cariz económico e/ou social. A norma tende a ajustar-se sempre ao “âmbito material que pretende disciplinar, sob pena de diversas disfunções no seu alcance e objectivo”⁸³.

O poder normativo, então atribuído às agências, é, pelas particularidades que imprime, algo transversal quando evocamos os poderes das entidades reguladoras. Vejamos o caso norte-americano onde o poder normativo assume papel primordial, levantando-se, em torno deste, diversos problemas.

Nos EUA esta problemática gira, sobretudo, em torno da questão da delegação de poderes, que, como já pudemos aflorar, é também o ponto base de que parte esta questão em Portugal, sendo aqui que se insurgem os maiores problemas. Nos EUA tem vindo a seguir-se a máxima de que a larga maioria dos países assume, no seio do princípio da separação de poderes, uma qualquer espécie de delegação de poderes⁸⁴, o que faz com que seja deixado às entidades reguladoras “*the task of filling in the gaps by promulgating rules*

⁸² Cit. DUARTE JR. Ricardo, “Agência Reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade”, Juruá Editora, Curitiba, 2014, p.144.

⁸³ Cit. ROXO PINHO, Deborah, “O poder normativo da Administração Pública, sob a ótica constitucional, legal e financeira” Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2005, p. 92.

⁸⁴ É importante lembrar que sempre que falamos dos EUA nos encontramos perante um Estado federal, o que faz com que nos encontremos, sempre, a falar na generalidade. No que tange ao caso concreto da delegação de poderes temos de ter em linha de conta que vai variando consoante o Estado a que nos referimos. Assim, todas as conclusões aqui retiradas partem da generalidade e não da análise do concreto.

to administer the law".⁸⁵No entanto, esta afirmação não pode ser vista redundantemente, pois estas lacunas não poderão ser preenchidas sem quaisquer limites. Caso as Cortes julguem que existe um qualquer tipo de ilegalidade poderão invalidar a legislação emitida no seio das entidades reguladoras. Esta ideia é ainda reforçada pelo APA, que não só vem homogeneizar todas as entidades reguladoras nos EUA, como, também, obriga a que, para a emissão de um diploma, haja um mínimo de razoabilidade e necessidade para a sua criação.

Nos EUA a rigidez de controlo no que respeita a este poder deve-se, sobretudo, ao facto de estarmos perante um país em que existe uma forte ligação ao princípio da separação de poderes, não sendo, deste modo, visto com bons olhos a delegação de poderes normativos a agências que situam, como já pudemos ver, no poder executivo. Isto é de tal modo real que devido à reserva legislativa existente há uma forte interferência do Congresso Nacional no que respeita às matérias legislativas⁸⁶.

Feitas estas pequenas notas podemos concluir que a existência da atribuição de um poder normativo às entidades reguladoras no seio quer nacional, quer internacional, não se encontra livre de problemas. Ainda assim, existe, até certo ponto, em especial se estivermos a falar do caso norte-americano, um controlo, mais ou menos forte no que tange ao uso deste poder, que vai diminuir, fortemente, a intensidade desses mesmos problemas.

2.5. O papel das Entidades Reguladoras no ordenamento jurídico português:

Como já fomos podendo antever pelo que vem sendo dito *in supra*, as entidades reguladoras assumem, hoje, quer em contexto internacional, quer em contexto interno, um papel da maior importância, sendo, por isso, essenciais ao desenvolvimento do direito, em especial no panorama económico.

Parece que só muito recentemente é que as ARI assumem um papel de destaque em contexto nacional, uma vez que apenas em meados de 2013, com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, é que se assiste à criação de um regime próprio e uniformizador para as mesmas. Esta Lei-Quadro tem por objecto estabelecer "(...) os princípios e as normas por que se regem as entidades administrativas independentes com

⁸⁵ *Cit.* BATISTA, Tiago da Cruz, "Control of normative power of the regulatory agency by the Judicial Branch", George Washington University Washington, 2014, p. 13.

⁸⁶ *Vide* mais sobre esta temática *in* Lemos, Margaret, "The order delegate: judicially administered status and nondelegation doctrine", p. 413 e sgs, disponível in <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5188&context=faculty_scholarship>.

funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitante às actividades económicas dos sectores privado, público cooperativo e social”⁸⁷. Todavia, e como já pudemos verificar, em contexto nacional, estas surgem muito antes da existência de qualquer Lei-Quadro respeitante à organização administrativa, sendo há já muito tempo reconhecidas como tal⁸⁸. Ademais acresce dizer que as diversas entidades reguladoras, a título individual, apresentam normas que regem a sua actuação aos mais diversos níveis - os chamados estatutos⁸⁹ - não sendo assim um marco que assuma papel de destaque a criação desta Lei-Quadro, ainda que venha esclarecer alguns pontos, outrora reveladores de discórdia, uma vez que vem estabelecer uma linha condutora comum a todas as entidades reguladoras⁹⁰.

A primeira vez que surgem entidades organicamente separadas do Governo, sendo essas detentoras de funções regulatórias, data do início da década de 80, ainda que nessa altura fossem tidas como institutos públicos, encontrando-se assim sujeitas a controlo administrativo através da superintendência. Apenas em 2001 lhes foi reconhecida independência, aparecendo esta decretada, pela primeira vez, nos estatutos da ICP-ANACOM⁹¹, algo que veio revolucionar, no ordenamento jurídico português, aquilo que seria até então o ideal de autoridades administrativas independentes.

Feita esta breve nota introdutória, podemos, agora, aprofundar a necessidade da existência/criação deste tipo de autoridades reguladoras. Numa primeira fase é pertinente referir que a sua concepção se prendeu, sobretudo, com a necessidade de garantir o cumprimento de obrigações de serviço público⁹² sendo-lhes também exigível a prevenção

⁸⁷ Cf. Artigo 1, n.º 1, da LQER.

⁸⁸ Sobre esta temática vide supra ponto 2.1.

⁸⁹ Poderíamos fazer, neste estudo, um levantamento extensivo e preciso sobre todos os estatutos de cada entidade reguladora, não nos parecendo, contudo, necessário enumerando apenas aqui, a título meramente exemplificativo, alguns dos mesmos. Desde logo, temos, actualmente, a Lei n.º 10/2014, de 6 de Março que aprova os estatutos da ERSAR. Nesta lei, como em muitas outras, podemos observar, por exemplo, a definição da sua estrutura orgânica. Ao lado desta norma, poderíamos também referir o Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho que estabelece, também ela, os estatutos de uma outra autoridade reguladora, no caso, da ERSE.

⁹⁰ É importante referir aqui que está, ainda, a decorrer um processo de adaptação dos estatutos das entidade reguladoras, das quais se excluem o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, sendo que este processo está apenas concluído no INAC e na ICP- ANACOM.

⁹¹ Vide mais sobre a temática in Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

⁹² Afigura-se muito complexo dar uma definição unívoca do que devemos entender por obrigação de serviço público, uma vez que estas devem ser definidas no âmbito de cada Estado. Ainda assim podemos avançar com um breve conceito relativo às mesmas. Tratam-se de “obrigações impostas por autoridades nacionais de regulação, aos prestadores de serviço de interesse geral, para garantir o interesse público”. *Cit.*, SOUSA, Marcelo Fontana, “O Estado Garantia e as Obrigações de Serviço Público”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2008, p.101.

de riscos. Em relação ao primeiro ponto podemos afirmar que, numa situação regular, o cumprimento deste tipo de obrigações será, num modelo de desgovernamentalização, melhor assegurado por ARI do que pelo próprio Governo, cabendo, deste modo, às ARI a verificação do cumprimento das mesmas. Ao lado desta vantagem surgem-nos outras, dentro das quais o facto de esta garantia, estando do lado das entidades reguladoras, favorecer o sistema concorrencial, característica esta que advém do facto de estarmos perante uma entidade dotada de pertença imparcialidade. Acresce ainda o facto de estarmos perante entidades que tendem a ser mais céleres e idóneas na sua actuação, sendo também esta uma mais valia.

Já no respeitante à prevenção do risco podemos dizer que é, hoje, essencial, no sector económico-financeiro. Esta prevenção manifesta-se, sobretudo, no risco de contágio, que advém em larga medida da abertura das fronteiras, características dos Estados-Membro.

2.6.O papel das entidades reguladoras na *common-law*. Caso do ordenamento jurídico norte-americano:

Como já pudemos verificar os EUA são, sem qualquer margem para dúvida, um *role model* para os países europeus em muitas matérias, sendo a regulação, aleada à vertente concorrencial, um dos mais fortes seguidores desse paradigma.

É também sabido que é, igualmente, nos EUA que nos surgem as designadas *Independet Regulatory Agencies*, numa fase muito anterior àquela que assistimos em Portugal e nos restantes países europeus. Estas surgem com o intuito evidente de demarcar a influência política da actuação destas entidades, sendo que numa primeira fase era primordial preocupação das mesmas não esta delimitação mas, ao invés disto, o “controle monopolista e a concorrência perniciosa do próprio mercado”⁹³.

Qual será, hodiernamente, o papel das entidades reguladoras no contexto norte-americano? Não seria errado afirmar, com certeza, que o direito regulatório, mais propriamente aquele que rege a actuação desta entidades, se funde, quase que de maneira imperceptível, com o direito administrativo. Para sermos mais claros, é com o surgimento deste tipo de entidades que se demarca o direito administrativo do restante direito norte-

⁹³ *Cit.* CARVALHO, Ricardo, “As agências de regulação norte-americanas e a sua transposição para os países da Civil Law” in *Direito Regulatório: Temas Polémicos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 382.

americano⁹⁴, uma vez que até então não se afigurava necessária essa separação, ao contrário do que já ocorria nos países de *civil-law*. No que tange às particularidades deste tipo de agências nos EUA, quase que conseguiríamos decalcar de umas para as outras, quando em comparação com as agências no direito europeu, as suas particularidades, de tal modo que, tal como afirma JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “os problemas de regulação independente americana são, pois, similares aos do quadro regulatório europeu, ou não se inspirasse este naquela”⁹⁵.

Assim, actualmente, e acompanhando o natural crescimento da sociedade, as ARI nos EUA surgem não só como orientadoras da regulação, mas, também, como um quarto poder do Estado, que muitos defendem situar-se entre o Congresso e o Presidente, o que lhes assegura um vasto leque de poderes, como já pudemos ver numa fase anterior. Independentemente de estarmos de frente para agências independentes ou executivas, ambas tem na regulação objectivos de índole, tendencialmente económica, “(...) embora existam também justificações directamente políticas”⁹⁶. O papel das agências na actualidade versa, então, sobre a correcção das deficiências de mercado, garantindo o melhor funcionamento da economia e assegurando, deste modo, que exista “(...) controlo dos monopólios e dos lucros excessivos, a compensação das chamadas externalidades, a correcção de uma informação deficiente dos produtores e consumidores e a concorrência excessiva (...)”⁹⁷.

2.7. Entidades Reguladoras Europeias versus Entidades Reguladoras norte-americanas quanto às suas características:

As ARI, como já pudemos verificar, foram crescendo quer em contexto nacional, quer em contexto europeu⁹⁸, tendo ambas, por base, a experiência norte-americana. Deste

⁹⁴ Vide mais sobre esta temática in MUNIZ SHECAIRA, Cibele Cristina, “A competência das Agências Reguladoras nos EUA” in *Temas de Direito Regulatório*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2004.

⁹⁵ Cit. CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral”, Almedina, Coimbra, 2008, p.133.

⁹⁶ Cit. MACHETE, Rui, “Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos bancos centrais” in *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 14.

⁹⁷ *Idem.* p. 14.

⁹⁸ É das mais suma importância não confundir entidades reguladoras europeias com as agências europeias. Quanto às primeiras queremos fazer referência à tendência generalizada que se verificou na Europa, ao passo que nas segundas nos referimos à criação de agências próprias da UE. Podemos ir aqui mais longe e referir que a criação das agências europeias se traduz numa “(...) das manifestações da influência do direito administrativo nacional sobre o direito comunitário (...)”. Cit. CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “Agências Europeias de Regulação”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 283.

modo, surge-nos como relevante, neste ponto, fazer um estudo comparado entre as características já mencionadas no ponto anterior e as características no seio das *Independent Regulatory Agencies*.

Referimos, anteriormente, que em contexto europeu foi através de Inglaterra que tivemos a porta de entrada para a novíssima realidade das entidades reguladoras, estando no “(...) cerne da expansão das agências independentes nos países da [UE] (...) não apenas a crença nas virtudes da regulação independente como forma de superação das falhas de mercado (...) mas também as exigências comunitárias de abertura à concorrência (...)”⁹⁹.

Cabe-nos, agora, fazer uma importante distinção na nossa análise entre as características típicas as ARI norte-americanas e as ARI em contexto europeu, sendo, todavia, de frisar, que pela forte influência das primeiras sobre as segundas, são muitas as similitudes. A primeira, das quais reside na existência de características que definem uma entidade reguladora como tal: a independência. Quer de um lado do Atlântico, quer do outro, existe tanto independência funcional, como orgânica. No que respeita a este último, tal como ocorre no contexto nacional, embora sejam “(...) nomeadas pelo executivo, elas são independentes dele, já porque os seus membros são essencialmente inamovíveis”¹⁰⁰. Tratam-se de entidades detentoras de personalidade jurídica e que constituem parte do poder executivo, sendo que “(...) no esquema de dos órgãos do Estado, se situam, como um «quarto poder» entre o Congresso e o Presidente”¹⁰¹. Já no âmbito funcional, verificando-se, também, a mesma tendência nos países de *civil-law*, não se encontram as ARI sujeitas a controlo e influência por parte do Governo. Há aqui que acrescentar no respeitante à autonomia pessoal das agências existem algumas diferenças de maior, desde logo o modo de eleição dos membros, uma vez que enquanto no seio da Europa há uma tendência natural para a eleição ser feita pelo Governo, já nos EUA essa eleição passa pelo Presidente, sendo este aconselhado pelo Senado, aquando dessa mesma eleição. Esta nomeação faz com que se sustente de maneira mais coerente o controlo que é exercido por parte do Presidente e que, entre nós, não se verifica¹⁰². No que tange à contratação de pessoas que não integrem a estrutura característica de um órgão colegial, essa é feita,

⁹⁹ *Idem*. p. 536 e 537.

¹⁰⁰ *Cit.* MOREIA, Vital, “As entidades administrativas independentes e o Provedor de justiça” in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas independentes*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2002, p. 95.

¹⁰¹ *Cit.* SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Autoridades Independientes. Un análisis comparado de los Estado Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España”, Ariel, Barcelona, 2002, p. 114. (tradução nossa)

¹⁰² *Cf. Idem*. p. 115.

tendencialmente, pelos membros da própria agência, sendo nesse aspecto detentores de total autonomia.

A primeira diferença, a destacar, é a de que no seio do direito norte-americano encontramos diversos tipos de entidades podendo classificar-se umas como reguladoras e outras como não reguladoras. Dentro das primeiras podemos ainda fazer uma subdivisão classificando-as como independentes ou como executivas¹⁰³, algo que não ocorre entre nós. Visto que entre nós, apesar de existir, igualmente, uma divisão entre as denominadas autoridades reguladoras e a entidades de tutela dos direitos fundamentais, não são ambas consideradas verdadeiras entidades reguladoras, embora se encontrem no seio das entidades administrativas independentes. Contudo, esta não se afigura como a maior diferença, uma vez que estamos apenas de frente para um problema de semântica. A grande destriça reside no papel que o Presidente assume na questão do controlo¹⁰⁴, visto que este intervém na coordenação de políticas públicas, asseverando que há respeito pelas políticas gerais do Governo.

Como podemos concluir, as diferenças maioritárias que encontramos quanto à caracterização das ARI em ambos os sistemas residem, sobretudo, nos poderes que são atribuídos ao Presidente e ao Congresso que resultam, principalmente, da disparidade dos sistemas políticos e dos poderes que são atribuídos a ambos na esfera constitucional. É, deste modo, de destacar que a característica principal, a independência, é ponto comum e semelhante (com as devidas ressalvas já feitas) entre ambos os sistemas.

¹⁰³ Cf. CUÉLLAR, Leila, “As agências reguladoras e o seu poder normativo”, *Dialética*, São Paulo, 2001, p. 68 e sgs.

¹⁰⁴ *Vide* mais sobre esta temática in Marshall J. Breger e Gary J. Edles, “Independent Agencies in the United States. Law, Structure, and Politics”, Oxford, New York, 2015, p. 88 e sgs.

CAPÍTULO II

3. Discricionariedade administrativa

3.1. Noção e distinção de figuras afins:

Tal como ocorre no âmbito da regulação, e de tantos outros no ramo do direito administrativo, também ao falarmos de discricionariedade administrativa nos vemos a braços com o problema da sua delimitação conceitual, especialmente se atendermos a algumas divergências neste contexto. Tratamos aqui de uma noção que não é, contudo, recente, tendo vindo a evoluir em diversos países europeus, não sendo o caso português excepção¹⁰⁵.

Aquando do início da análise de um instituto tão complexo, devemos começar por referir que estamos perante uma problemática que em tudo se liga à da vinculação da Administração Pública ao Direito¹⁰⁶. Deste modo temos, na maioria das vezes, na discricionariedade administrativa um espaço de liberdade na actuação dos entes administrativos, estando no pólo oposto, ainda que conexo, ao conceito de vinculação. Estas duas definições – vinculação e discricionariedade – são indissociáveis do de legalidade administrativa^{107/108}, parecendo, assim, noções que limitam a realização do princípio da legalidade¹⁰⁹. Será fácil de afigurar que em qualquer prática administrativa existem momentos de vinculação e momentos de discricionários. “Os actos serão vinculados em relação a certos aspectos e discricionários em relação a outros”.¹¹⁰

¹⁰⁵ Poderíamos, a propósito da evolução histórica deste conceito discorrer durante páginas e páginas, não nos parecendo, todavia, relevante fazê-lo aqui, uma vez que nos surgem diversas obras que o fazem, brilhantemente. A este propósito *vide* por todos: QUEIRÓ, Afonso, “O poder discricionário da Administração”, Coimbra Editora, Coimbra, 1944, p. 215 e sgs.

¹⁰⁶ Podemos encontrar diversos níveis de subordinação da vinculação à juridicidade, podendo ela ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando as normas são regras jurídicas, estando assim perante momentos de “certeza, segurança e previsibilidade decisória administrativa”. Será relativa quando as normas se liguem a princípios, havendo nestes casos espaço para ponderação. *Cit.* OTERO, Paulo, “Manual de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2014, p. 76.

¹⁰⁷ Sobre esta temática *vide infra* ponto 5.2.

¹⁰⁸ A legalidade administrativa não se circunscreve, única e exclusivamente, ao âmbito do princípio da legalidade, uma vez que a lei estabelece muito mais do que apenas condições objectivas na actuação da Administração Pública. Nos casos em que esse conteúdo é determinado, falamos então de um “acto vinculado”, sendo este “aquele que tem o seu conteúdo fixado na lei, não cabendo ao agente qualquer possibilidade conformadora”. *Cit.* SOARES, Rogério, “Direito Administrativo I”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1981, p. 56.

¹⁰⁹ É importante que se tenha o entendimento, em sentido lato, de que cabe ao legislador quer a escolha dos órgãos que desempenham determinada função, quer tudo o que nos surge ligado aos fins e competências dos mesmos, sendo, deste modo, parte vinculada da Administração.

¹¹⁰ *Cit.* Fernanda Paula e José Eduardo Figueiredo Dias, “Discricionariedade Administrativa” *in* Separata de Scientia Iuridica, Coimbra, 1999, p. 372.

As questões em torno da discricionariedade dependem, assim, e em grande medida, “(...) da compreensão das normas do conjunto normativo”¹¹¹. Desta relação indissociável com a normatividade decorre que deve sempre existir, ainda que em traços muito ténues, uma norma que habilite a prática de qualquer acto da Administração Pública. A discricionariedade é assim, tal como ocorre quando falamos da vinculação^{112/113}, ainda que em momentos diferentes, um resultado normativo¹¹⁴. Estes dois conceitos têm-se como conceitos limites, mais uma vez em campos distintos, da concretização do, já referido, princípio da legalidade.¹¹⁵ É no entanto importante perceber que esta delimitação, feita pela norma habilitante, não resulta de lacunas na lei mas, ao invés disso, de uma intenção do legislador em deixar essa margem de actuação para a Administração para que esta possa resolver casos concretos.

Com tudo o que já aqui foi sendo dito parece-nos absolutamente errado afirmar que, quando falamos de discricionariedade, estamos perante uma escolha administrativa, meramente, volitiva. Encontramo-nos, deste modo, perante uma decisão normativa¹¹⁶. Assim, devemos por um lado ver que um acto jurídico decisório não pode, em momento algum, imiscuir-se do facto de estar a dar solução a um problema jurídico concreto e, por outro lado, sendo esta decisão “(...) exteriorizada através de um acto praticado por uma pessoa física (...), o sistema contempla algumas exigências quanto à formação da vontade desses sujeitos”.¹¹⁷

¹¹¹ *Cit.* DUARTE, David, “A norma de legalidade procedimental administrativa”, Almedina, Coimbra, 2006, p.459.

¹¹² Estamos perante um acto vinculado quando “a administração não tem qualquer poder de escolha em relação ao conteúdo do acto, conteúdo esse que resulta directamente da lei”. *Cit.* Fernanda Paula e José Eduardo Figueiredo Dias, “Discricionariedade Administrativa” in *Separata de Scientia Iuridica*, Coimbra, 1999, p. 372.

¹¹³ Para MARCELLO CAETANO, o primeiro autor entre nós que faz uma distinção clara no que respeita a estes conceitos. Vinculação, ou melhor dizendo, o poder vinculado, seria aquele que estaria regulado na lei, ao passo que o poder discricionário seria aquele cujo “o seu exercício [ficaria] entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adoptar em cada caso”. *Cit.* AYLA, Bernardo Diniz, “O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa”, *Lex*, Lisboa, 1995, p. 106.

¹¹⁴ Podemos dizer que, num primeiro momento, a norma que atribui o poder discricionário é uma norma de competência pois, esta norma habilita a Administração “a dispor [sobre] uma determinada matéria e, na ausência de requisitos de legalidade acrescidos (...) a discricionariedade está no espaço de autonomia em dispor que assim confere”. *Idem.*, p. 466.

¹¹⁵ *Vide* mais sobre esta temática in CASTANHEIRA NEVES, António, “Questão-de-Facto - Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade”, Almedina, Coimbra, 1967, p. 375 e sgs.

¹¹⁶ A discricionariedade não pode, em momento algum, ser confundida com arbitrariedade, uma vez que esta última excede os limites definidos na lei, algo que, como já vimos não poderá ocorrer no seio da atribuição do poder discricionário.

¹¹⁷ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa” in *O Direito*, Almedina, Lisboa, 2012, p.605.

Em que termos é, então, concedido o poder discricionário à Administração? Em grande medida será atribuído através das denominadas indeterminações estruturais da norma. Para tanto, e para que possamos entender esta afirmação, há que atender à estrutura da norma que atribui este tipo de poderes.

Como é do conhecimento dos demais a norma é composta por duas partes, de um lado a hipótese, do outro a estatuição¹¹⁸. Existindo entre estes dois elementos um terceiro que surge como componente conector entre os restantes, estabelecendo a orientação do dever. Se o sentido do dever nos remeter para normas jurídicas de natureza facultativa, usando expressões como o “pode”, não há qualquer dúvida que estamos perante uma concessão de poder discricionário, demonstrando-se, deste modo, a importância deste terceiro elemento aglutinador. Contudo, nem sempre é fácil “(...) estabelecer uma separação nítida entre hipótese e estatuição da norma legal, (...) de modo a distinguir com rigor entre momentos vinculados e momentos discricionários das decisões administrativas (...)”¹¹⁹

É também, ainda relativamente a este ponto, importante esclarecer quando é que nos encontramos perante uma indeterminação estrutural. Esta existirá sempre que, estando perante uma norma condicional - aquela que é constituída por uma hipótese e uma estatuição - esta tem natureza facultativa¹²⁰. Nestes casos a discricionariedade manifesta-se, sobretudo, como uma dificuldade na escolha do conteúdo.

É agora seguro asseverar que a discricionariedade se trata assim uma delegação que o legislador faz a um agente, da Administração Pública, para que este possa encontrar resolução para determinado problema obtendo, a realização para um caso concreto, não existindo assim uma verdadeira liberdade, uma vez que a lei é sempre limite e fundamento da concessão deste poder. É, todavia, erróneo pensar-se que a discricionariedade administrativa apenas se liga às normas de carácter facultativo – como o “pode” – surgindo ao lado destas outras normas que nos sugerem o mesmo sentido¹²¹. É neste contexto que se

¹¹⁸ Devemos entender por hipótese aquela que trata de uma situação típica da vida, sendo a estatuição “as medidas ou providências que o destinatário deve adoptar perante a verificação, em concreto, dessa situação”. *Cit.* Fernanda Paula e José Eduardo Figueiredo Dias, “Discricionariedade Administrativa” *in* Separata de Scientia Iuridica, Coimbra, 1999, p. 373.

¹¹⁹ *Cit.* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Ordenamento jurídico administrativo português” *in* Contencioso Administrativo, Livraria Cruz, Braga, 1986, p. 44.

¹²⁰ Esta natureza poder-se-á manifestar de duas formas distintas: através de normas autorizativas ou através de normas onde a estatuição apresenta alternativas.

¹²¹ *Cf.* GONÇALVES, Pedro Costa, “Controlo Administrativo de concentrações” *in* “Revista de concorrência e regulação”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 293 e sgs.

nos afigura relevante a questão dos conceitos indeterminados^{122/123} e, associado a esta, a de saber em que medida se relaciona com a discricionariedade.

Este conjunto de questões que nos surgem ocorrem porque nos encontramos perante conceitos que, à partida, não encontram o seu conteúdo determinado, o que, desde logo, deixa uma margem para a interpretação feita pela Administração. A problemática tem então vindo a ser levantada em dois sectores distintos, de um lado relativamente à estrutura das normas, do outro lado o dos conceitos imprecisos/ indeterminados. Na primeira questão, tal como já afloramos, não se levantam tantos problemas uma vez que “(...) se discute se a discricionariedade se inscreve na previsão ou estatuição normativa”¹²⁴, ao passo que na segunda já nos vemos a braços com algumas questões, como já fomos demarcando. Não há portanto dúvidas que sempre que estamos de frente para “(...) indeterminações estruturais das normas (...)”¹²⁵ temos uma atribuição de poder discricionário à Administração Pública, ocorrendo também aqui a atribuição deste tipo de poder nos casos mais actuais em que falamos de normas de estrutura programática¹²⁶.

Esta primeira problemática levanta-se relativamente à estrutura normativa dos conceitos indeterminados. O conceito indeterminado apresenta assim, e tal como anunciava JESCH, dois tipos de conteúdo, de um lado um conteúdo menos central, menos denso e por isso, mais extenso. Do outro apresenta uma zona central em que o conteúdo é fixo, e por isso não existindo qualquer dúvida, quanto à sua apreciação¹²⁷.

¹²² É no Direito Administrativo que nos surgem, com maior frequência, problemas associados à indeterminação conceitual, uma vez que é aqui que se amontoam conceitos como o de “ordem e segurança pública” ou até mesmo o conceito de “interesse público”, surgindo ao lado destes outras tantas definições como a de “bem comum” e “conveniência do serviço” que dependem de apreciação do agente. Assim, é muitas vezes pertinente falar-se da problemática dos conceitos indeterminados/ imprecisos, aquando da análise da atribuição do poder discricionário. Estes conceitos são muito abundantes no Direito Administrativo pela própria natureza das funções a que a este estão ligados, tendo-se assistido a um crescendo no uso dos mesmos com o decorrer do tempo e a evolução da própria sociedade e do direito.

¹²³ Várias são as definições que vamos encontrando de conceitos indeterminados podendo estes entenderem-se como “(...) conceitos cujo âmbito se apresenta em medida apreciável como incerto, [constituindo] um expediente técnico de que o legislador frequentemente se serve para fazer face a dificuldades de vária natureza”. *Cit.* AZEVEDO MOREIRA, Fernando, “Conceitos Indeterminados – Sua sindicabilidade contenciosa em direito administrativo”, *in* Revista de Direito Público, n.º 1, 1985, p.29

¹²⁴ *Cit.* GERALDO, Mariana, “A discricionariedade administrativa e as novas formas de discricionariedade”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 27.

¹²⁵ *Cit.* Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais do Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2016, p. 127.

¹²⁶ As normas de estrutura programática são normas que “se limitam a definir fins ou objectivos que a Administração deve prosseguir, deixando-lhe a determinação dos meios mais adequados e idóneos para os alcançar”. *Idem.* p. 128 e sgs.

¹²⁷ *Cf.* AZEVEDO MOREIRA, Fernando, “Conceitos Indeterminados – Sua sindicabilidade contenciosa em direito administrativo”, *in* Revista de Direito Público, n.º 1, 1985, p. 33 e sgs.

Agora e ainda antes de nos debruçarmos a fundo sobre a problemática da dificuldade de distinção das duas figuras, é ainda importante tratar da natureza do poder discricionário, não sendo, contudo, um problema que nos surja ligado, de maneira directa, ao conceito da mesma. Ainda assim, insurge-nos como relevante o seu debate, ainda neste ponto, uma vez que este foi sendo assomado durante a sua síntese conceitual.

Grosso modo, poderíamos entre nós, referir três correntes defendidas quanto à natureza do poder discricionário, sendo que apenas uma é abraçada pela generalidade da doutrina portuguesa. Uma delas que, como vamos ver em seguida não é por nós adoptada, defende que se trata de uma liberdade atribuída à Administração para que esta possa interpretar os conceitos indeterminados valorativamente. Esta tese nunca poderia ser aceite pela distinção que foi feita anteriormente. A segunda corrente defende que a discricionariedade mais não seria do que “vinculação da Administração a normas extrajurídicas que podem ser técnicas, científicas ou normas de boa administração”¹²⁸. Já a terceira corrente, aquela que é defendida por nós, explica que a discricionariedade assume natureza de uma liberdade de decisão, que cabe à Administração Pública, e que é estabelecida por lei, podendo o agente escolher, dentro dos limites estabelecidos por esta, o que lhe parecer mais adequado à realização do interesse público, que é sempre o objectivo último da Administração.

O poder discricionário é, assim, um verdadeiro poder jurídico, apesar deste dever ser ainda analisado atendendo a quatro vertentes distintas. Devemos assim olhar ao fundamento da sua legitimidade, à limitação desse poder¹²⁹, ao modo como este poder é orientado pelos valores e fins que se prendem com a ordem jurídica, e à deliberação na escolha discricionária “como fundamento imediato e exclusivo em critérios jurídicos”¹³⁰.

Em relação à distinção iniciada, anteriormente, entre discricionariedade e conceitos indeterminados, faz sentido proferirmos algumas opiniões sobre a denominada “discricionariedade pura”, uma vez que esta não engloba a problemática dos conceitos indeterminados. Trata-se aqui de uma expressão que não é acolhida, no entanto, por toda a doutrina mas que, ainda assim, nos parece pertinente aditar. Neste âmbito, e tal como já antecipámos, há quem entenda esta denominação como “uma liberdade essencial

¹²⁸ *Cit.* DUARTE, Maria Luísa, “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados”, Sep. de “Bol. do Ministério da Justiça”, 370, Lisboa, 1987, p.16.

¹²⁹ Questão que irá ser alvo de análise mais adiante no nosso estudo.

¹³⁰ *Cit.* e *vide* mais sobre a temática in CASTANHEIRA NEVES, António, “Questão-de-Facto - Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade”, Almedina, Coimbra, 1967, p. 351.

incondicionada (...)"¹³¹. Este ideal é, porém, hoje, inconcebível entre nós, pois a lei será sempre princípio e limite ao poder discricionário. Ao falarmos de “discricionariedade pura” queremos então referir-nos a uma outra realidade. Pretendemos, deste modo, dar ênfase a uma distinção, que ainda não foi aqui feita, a distinção entre a discricionariedade em sentido próprio e a liberdade que será concedida à Administração no contexto dos conceitos indeterminados. Daqui podemos concluir que existe quem considere, e a nosso ver bem, que quando estamos no amago dos conceitos indeterminados nos referimos a uma “discricionariedade da hipótese da norma legal ou de juízo”¹³².

Fomos falando por diversas vezes de conceitos indeterminados sem, todavia, os definir, sendo por isso pertinente fazê-lo em traços gerais. Os conceitos indeterminados são “aqueles conceitos que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação”^{133/134}. É importante referir que nem sempre o nível de indeterminação se apresenta igual, sendo por isso muito variável no direito. Por este mesmo motivo a jurisprudência e a doutrina têm vindo apenas a abarcar, nestes conceitos, aqueles que aparecem com um elevado grau de indeterminação, o que acaba por não ser muito pacífico. Se numa primeira fase se afigura muito complexa a determinação deste conceito, será ainda mais difícil circunscrevê-lo através de uma gradação que é de si praticamente impossível. Poderíamos ainda a este propósito estender-nos e referir os diversos tipos de conceitos indeterminados, o que não se afigura pertinente no nosso estudo¹³⁵.

Como já pudemos ir assomando muitos são os casos em que as figuras da discricionariedade e o dos conceitos indeterminados aparecem em linhas tão paralelas que se confundem, sendo quase sinónimos, ou melhor dizendo, pertencentes a uma mesma

¹³¹ *Cit.* PORTOCARRERO, M. Francisca, “Notas sobre variações em matéria de discricionariedade. A propósito de algumas novidades terminológicas e das importações de construções dogmáticas pelas nossas doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo” *in* *Juris et de Jure*, Universidade Católica Portuguesa - Porto, Porto, 1998, p.645.

¹³² *Idem.* P. 647, nota de rodapé n.º 7.

¹³³ *Cit.* SOUSA, António Francisco, “Interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados no campo de tensão entre o juiz e a administração”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1994, p. 23.

¹³⁴ Ao referirmo-nos a um elevado grau de indeterminação, podemos então esclarecer a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, os podemos dividir em duas partes distintas. Numa delas tendemos a ter uma zona de certeza, ao passo que noutros temos apenas uma zona intermédia de certeza, sendo que dentro destas encontramos subdivisões. Na primeira podemos ainda falar de uma zona positiva ou negativa de certeza, estando, aqui, excluído na sua totalidade do conceito, ao passo que aquele está, sem sombra de dúvidas dentro dele.

¹³⁵ Parte da doutrina tem vindo a subdividir os diversos tipos de conceitos indeterminados e, apesar de não irmos estudar de momento esta questão, parece-nos, contudo, pertinente referir desde já estes subtipos. Serão eles: conceitos descritivos; conceitos normativos; e os conceitos discricionários (nem toda a doutrina os reconhece como tal, mas os que o fazem definem-nos como caracterizadores “da autonomia da valoração pessoal”). *Idem.* p. 28.

realidade. Não precisaremos de procurar intensivamente para encontrar autores em que estas noções se insurgem como equivalentes, senão vejamos a opinião de AFONSO QUEIRÓ. Este autor olhava para os conceitos como práticos ou teóricos, havendo nestes lugar à vinculação, ao passo que nos outros por “serem plurissignificativos, há discricionariedade”¹³⁶. Mas terá este autor defendido sempre esta posição? Não nos parece. Numa fase posterior do seu estudo o doutrinário vem afirmar que estamos perante dois conceitos distintos, não podendo, deste modo, confundir-se a discricionariedade com os conceitos indeterminados. Para este passamos a estar de frente para o poder discricionário quando o jurista actua como se de um técnico se trata-se, ao passo que nos referimos a conceitos indeterminados quando o agente actua como um verdadeiro jurista fazendo uso da figura da interpretação¹³⁷. Será assim correcto afirmar que a “discricionariedade começa onde acaba a interpretação”¹³⁸.

Portanto, o que diferencia, em larga medida, os conceitos indeterminados da discricionariedade é que, nos primeiros, independentemente, do grau de dificuldade em defini-los, há sempre, ao contrário do que ocorre na segunda, uma decisão correcta, deliberação essa tomada através da mera interpretação jurídica¹³⁹. Deste modo, e por não haver qualquer elemento volitivo, será impossível considerar os conceitos indeterminados como parte da discricionariedade administrativa em sentido lato, apesar das inúmeras correntes que nos foram surgindo ao longo dos tempos a suscitar essa dúvida¹⁴⁰.

¹³⁶ *Cit.* PIRES, Luis Manuel, “Controle judicial da discricionariedade administrativa”, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2009, p. 65.

¹³⁷ Ao falarmos de interpretação parece-nos redutor não esclarecer em que termos se dá a interpretação jurídica. A interpretação é incontornável em toda a “problemática [da] aplicação concreta das normas jurídicas”. Assim o objecto da mesma será então “o texto da lei”, não devendo este ser considerado como verdadeiro texto, mas antes como a norma que esse texto quer traduzir. *Cit.* CASTANHEIRA NEVES, António, “Digesta”, Vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 337 e sgs.

¹³⁸ *Cit.* SADDY, “Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.37.

¹³⁹ Existem, entre nós, alguns acórdãos que refutam esta teoria, dentre os quais podemos mencionar o Acórdão TCA Sul de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06 que nos diz o seguinte, e passo a citar “A discricionariedade administrativa, consiste na “(..) liberdade de escolha da Administração Pública quanto a partes do conteúdo (envolvendo a própria necessidade e o momento da conduta), do objecto, das formalidades e da forma de actos seus de gestão pública unilaterais, [e, pese embora se saiba que]alguma doutrina e jurisprudência recente questiona a definição da discricionariedade administrativa como liberdade de escolha, dizendo que há sempre uma e uma só solução administrativa condizente com o interesse público concreto prosseguido, ou seja, condizente com o fim do acto, [todavia] Não tem razão. Pode haver mais do que uma solução administrativa para prosseguir um certo interesse público concreto – quer quanto ao conteúdo, quer quanto ao objecto, quer quanto à forma. Ponto é que o legislador tenha querido atribuir a liberdade de escolha à Administração Pública e que o exercício dessa liberdade não colida com qualquer outro princípio norteador da actividade administrativa.”

¹⁴⁰ Surgiram, ao longo dos tempos, diversas correntes com opiniões bem distintas, existindo desde posições radicais às posições mais moderadas. Do lado das posições extremadas temos, desde logo, a denominada

No que respeita a estas correntes parece-nos, contudo, apenas pertinente expor, extensivamente, a posição que a larga maioria doutrinária e jurisprudencial portuguesa adoptam. Aqui, e tal como ocorre em todo o direito, foram existindo mutações não sendo defendida hoje, entre nós, a mesma posição que era defendida no século passado. Deste modo, e numa primeira fase, Portugal referia que não haveria qualquer margem para confusão, uma vez que estávamos perante conceitos bem demarcados um do outro. Do lado da discricionariedade tínhamos então uma margem volitiva, ao passo que nos conceitos indeterminados essa margem era de cognição, o que os coloca em partes distintas. Olhando a esta perspectiva haveria lugar ao poder discricionário quando fosse possível ao agente escolher de entre várias soluções e, que todas elas, fossem possíveis no caso em concreto. Nesta altura havia então uma forte distinção entre a discricionariedade tida nestes moldes e quaisquer outras definições que se pudessem confundir com a mesma.

Errado não será nunca afirmar que quer quando falamos de discricionariedade em sentido lato, quer quando nos referimos a conceitos indeterminados, estamos perante a chamada liberdade administrativa. Esta, tal como já pudemos reiterar do que foi sendo aqui explanado, não é uma liberdade ilimitada, encontrando as suas fronteiras na lei ou diploma equiparado, sendo, contudo, de diferente densidade a margem de liberdade que é concedida a cada uma das figuras jurídicas.

Hodiernamente, podemos afirmar, com rigor, que as posições adoptadas não são tão extremadas como outrora, encontrando-nos assim ao largo de posições mais

teoria da discricionariedade – aqui não existiria qualquer dúvida, sempre que estivéssemos perante conceitos indeterminados estaríamos, de igual modo, de frente para a discricionariedade, não havendo dúvidas que estes atribuíam um poder discricionário à Administração Pública. Isto faria com que o juiz pudesse valorar diferentemente da administração o conceito indeterminado. Também do lado das posições radicais surgiu-nos a teoria do controlo total, no pós 2.^a Guerra Mundial, em contexto Alemão. Esta posição defendia, ao contrário da anterior, a não atribuição de qualquer poder discricionário ao agente quando este estivesse perante uma norma que lançasse mão de conceitos indeterminados. Ao contrário, do que ocorria na posição anterior, o juiz poderia em qualquer caso proceder a uma revisão do conceito indeterminado.

Já do lado das posições mais moderadas, e atendendo ao facto das duas anteriores se terem tornado, elas próprias, em posições mais moderadas com o decorrer dos tempos, podemos, também aqui, ressaltar duas correntes doutrinárias. A primeira, denominada como teoria da folga ou margem de apreciação, defendia, tal como a segunda teoria referida, que a problemática dos conceitos indeterminados residia, sobretudo, na interpretação normativa. Deste modo, os tribunais poderiam fazer um reexame dos conceitos, distanciando-se da segunda teoria mencionada, na medida em que esta não permite revisão aquando da aplicação destes ao caso concreto. Se assim não fosse os tribunais estariam a retirar qualquer margem de apreciação ao agente. A última das teorias, sendo também ela moderada, é então a teoria da prerrogativa de apreciação. Esta defendia que não valeria apenas haver uma dupla interpretação dos conceitos, obrigando deste modo o juiz a uma moderação na sua actuação. Não fazia sentido haver um dupla análise interpretativa, não tendo lógica “substitui-se um juízo técnico e deontológico (do agente) por outro (do juiz)”. *Cit.* Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias “Noções Fundamentais do Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.^a Ed., 2016, p. 131.

moderadas. Não é, agora possível, ou pelo menos tão fácil, dizer que a distinção entre discricionariedade e figuras afins, como a de conceitos imprecisos de tipo¹⁴¹, se faz apenas através de uma mera remissão da interpretação jurídica à vontade. É necessário levarmos em linha de conta a “(...) concretização criadora (constitutiva)”¹⁴². Não é também possível, ou melhor, defensável, afirmar que, num Estado de Direito democrático, a discricionariedade é, meramente, uma escolha livre entre diversas alternativas que, aparentemente, teriam igual valor jurídico. O que se afigura correcto sustentar, hoje, é que esta figura implica uma decisão mas que toma a melhor atendendo ao caso em apreço, nunca esquecendo os princípios jurídicos que devem pautar a sua deliberação.

Logo, devemos definir discricionariedade como um conceito amplo e unitário, havendo aqui lugar a um espaço decisório por parte da Administração, sendo que este espaço de volição advém de uma indeterminação legal. Deste modo, precisamos abarcar neste conceito tanto as indeterminações estruturais como as indeterminações conceituais. Podemos observar que, atendo a isto, iremos assistir a uma divisão de competências entre os órgãos ou agentes administrativos e o próprio juiz. De um lado ficaria, como é claro, a prática dos actos, ao passo que ao outro agente caberia a fiscalização dessa mesma prática.

3.2. Discricionariedade associada à prática de actos administrativos *versus* discricionariedade regulamentar (densificação do conceito):

Muito já foi aqui sendo falado sobre a discricionariedade em sentido lato, tendo-se, neste âmbito, levantado diversos problemas, em especial no que tange à distinção entre esta e os conceitos indeterminados. Parece-nos agora relevante passar a um estudo mais aprofundado da matéria, analisando neste ponto de que modo a discricionariedade administrativa afecta a prática de actos administrativos e se esta deve ser considerada no âmbito regulamentar. É importante neste contexto não esquecer que estamos a estudar uma temática que se relaciona, de forma indissociável, com a do princípio da legalidade na Administração¹⁴³ e que por esse mesmo motivo será mencionado com alguma frequência.

¹⁴¹ São os conceitos imprecisos de tipo aqueles que levantam problemas no âmbito da discricionariedade, por isso, sempre que durante a questão em estudo se foi fazendo menção a conceitos imprecisos ou indeterminados, estávamos a fazer uma referência implícita aos conceitos imprecisos de tipo. Falamos aqui de conceitos que não podem ser preenchidos em sede de interpretação jurídica, uma vez que não são casos concretos de situações reais do quotidiano. Referimo-nos aqui, por exemplo, a conceitos como o de “interesse público” que, como é sabido, é dos que, no seio do direito administrativo tem levantado mais problemas.

¹⁴² *Idem.* p. 135.

¹⁴³ Sobre esta temática *vide infra* ponto 5.2.

Na larga maioria dos casos a discricionariiedade surge de mãos dadas com a prática de actos administrativos, não sendo tão comum relacionar-se esta problemática com questões regulamentares. Ainda assim, e feita que está esta afirmação, não podemos excluir do seio da discricionariiedade a atribuição da mesma no respeitante à emissão de regulamentos, devido ao alargamento das competências concedidas à Administração Pública.

Não será difícil sustentar a asserção que acabámos de fazer se olharmos a casos concretos, cabendo agora aqui fazer uma pequena ressalva. É importante manter no nosso horizonte, que quando estamos a falar de Administração Pública proferimos, tendencialmente, um agente em que a lei ocupa um lugar positivo, uma vez que tende a fazer uma delimitação objectiva da prática do mesmo, havendo assim espaço para que este pratique determinados actos. Contudo, e atendendo às alterações que têm vindo a ocorrer no seio dos Estados, tem-se assistido, quase que por uma questão de necessidade, à atribuição de uma “função legislativa negativa”¹⁴⁴, estando na base desta o princípio da legalidade, mais precisamente o da primazia da lei. Esta prática têm-se vindo a confirmar, sobretudo, devido à necessidade de uma intervenção maior e mais rápida por parte dos entes administrativos em diversas áreas, especialmente em áreas como a regulatória.

Feita que está esta pequena nota, e atendendo agora à prática regulamentar, é importante referir que existem circunstâncias em que é concedido por lei, a uma determinada entidade administrativa, que no caso poderá ser, ou não, uma autoridade reguladora, o poder de criar regulamentos, desde que estes sejam “um mal necessário” para o exercício das suas atribuições¹⁴⁵. Habitualmente, a emissão deste tipo de regulamentos revestirá a natureza de regulamento independente, podendo estes assumir, no entender de VIEIRA DE ANDRADE, configurações diversas. Este autor defini-os como “(...) regulamentos que não visam executar, complementar ou aplicar uma lei específica (...), mas, sim, dinamizar a ordem jurídica em geral (...), disciplinando inicialmente certas relações sociais”¹⁴⁶. Falamos aqui de regulamentos que se caracterizam-se, essencialmente,

¹⁴⁴ *Cit.* GUERRA, Glauco, “Princípio da Legalidade e poder normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar” *in* o Poder Normativo das Agências reguladoras, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006, p.110.

¹⁴⁵ Para sustentar, de forma mais sólida, esta afirmação basta recorrer a jurisprudência, onde podemos observar, a título meramente exemplificativo, o Acórdão do STA de 30.01.2007, proc. n.º 310/2006, que faz precisamente referência ao que acaba de ser dito.

¹⁴⁶ *Cit.* VIEIRA DE ANDRADE, José, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.ªEd., 2015, p. 144.

pelo seu carácter inovador, não tendo assim como principal objectivo complementar uma determinada lei, o que tem gerado alguns conflitos no seio da doutrina. Isto ocorre porque, via de regra, a lei teria essa natureza inovadora, ao passo que o regulamento apenas se insurgiria como execução da mesma, algo que, neste tipo de regulamento, não ocorre. Contudo, não se questionando a legalidade deste tipo de normas pois encontram consagração expressa na CRP¹⁴⁷. Estes tipo de regulamentos 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 desenvolvimento (quase) completo (...)”¹⁴⁸ podem encontrar a sua fundamentação na CRP¹⁴⁹ e ainda em lei ordinária em que se encontre definida a competência, quer objectiva quer subjectiva para a sua emissão. Apesar de se tratarem de regulamentos independentes não deixamos, todavia, de estar perante uma fonte derivada de direito, tal se afigura através da necessidade de habilitação legal para a sua criação.

Muitas vezes podemos dizer que a criação deste tipo de regulamentos visa “(...) [suprimir] a discricionariedade administrativa conferida por lei”¹⁵⁰ ainda que, na larga maioria dos casos não seja esse o seu fundamento. De qualquer modo este tipo de discricionariedade encontra-se circunscrita, pois está vinculada em termos de conteúdo. Acresce aqui o facto destes deverem, sempre, atender à hierarquia das normas, reconhecendo que têm de fazer uma articulação racional entre os regulamentos e essas mesmas normas de grau hierárquico superior. Para tanto há que ter sempre em consideração a dicotomia hierarquia das normas – competência legislativa. Mas nem para toda a doutrina será fácil aceitar esta transferência de conceito para o contexto regulamentar, pois muitos problemas se insurgem, sobretudo, no contexto do controlo jurisdicional.

Deste modo, e assumindo como correcto o uso deste conceito de discricionariedade no âmbito regulamentar, podemos afirmar que nos encontramos perante um subtipo discricionário, a discricionariedade normativa. É aqui da mais suma

¹⁴⁷ Estes regulamentos encontram-se plasmados, de forma inequívoca, no artigo 112.º, n.º 6, da CRP.

¹⁴⁸ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A recusa da aplicação dos regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez”, Almedina, Coimbra, 2012, p.111.

¹⁴⁹ *Vide* sobre esta temática *in* artigo 119.º, al. g) da CRP.

¹⁵⁰ *Cit.* PIRES, Luis Manuel, “Controle judicial da discricionariedade administrativa”, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2009, p. 185.

importância, ao enquadrá-la neste âmbito, ter em linha de conta dois pontos distintos. Numa primeira fase devemos atender à natureza que os próprios regulamentos imprimem, uma vez que estes são criadores e executivos¹⁵¹. Tratam-se assim, simultaneamente, de normas jurídicas que se traduzem em fonte de direito e, enquanto prática administrativa, assumem uma natureza que vai depender sempre de habilitação legal. Já no que concerne ao segundo ponto, é importante salvaguardar que não se tratam de regulamentos que apenas especificam aspectos constantes de uma norma habilitante, implicando, tal como já foi mencionado “valorações dentro do quadro legalmente definido”¹⁵². Posto isto não será errado afirmar que nos encontramos perante um novo tipo de discricionariedade, a discricionariedade regulamentar, sendo que esta se situa entre outros dois tipos de discricionariedade, de um lado a legislativa, do outro a administrativa *stricto sensu*, ainda que a função que serve de base à produção regulamentar seja normativa, ao invés de legislativa. Falamos de um tipo discricionário que apenas se encontra vinculado quanto às atribuições da pessoa colectiva de direito público e à necessidade, já referida, da articulação destes com normas superiores hierarquicamente.

Quando aludimos a este novo tipo de poder discricionário não podemos esquecer, em circunstância alguma, que estamos perante casos em que o legislador confere, sempre, ao agente administrativo uma panóplia de opções, sendo que na norma essa escolha deve ser reflectida levando em consideração aquela que melhor satisfaz a prossecução do interesse público¹⁵³. Por outras palavras, a Administração, através da emissão de

¹⁵¹ Ainda que possa parecer, numa primeira fase, óbvia a noção de regulamento, surge-nos como pertinente deixar, ainda que a título meramente superficial, uma definição do mesmo. Deste modo, o regulamento é “(...) uma decisão de um órgão da administração pública que, ao abrigo de normas de direito público, visa produzir efeitos jurídicos em situações gerais e abstractas”.

Muitas vezes poderiam surgir problemas em distinguir estes de outras figuras jurídicas como a lei ou o próprio acto administrativo, contudo não há razão para tal confusão. Quanto à lei, podemos entender de forma mais clara o porquê desta dúvida, uma vez que a lei tem igualmente como característica a sua generalidade e abstracção, mas deve distinguir-se deste com base no tipo de função em que se insere. A lei, tal como ocorre na função legislativa, assume carácter primário, ao passo que o regulamento tem um carácter secundário similar ao da função administrativa. *Cit.* REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Direito Administrativo Geral, Tomo III”, Dom Quixote, Lisboa, 2007, p. 238.

¹⁵² *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A discricionariedade administrativa:...”, in *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 634.

¹⁵³ Já foi aqui referido por diversas vezes “interesse público”, mas afinal em que é que consiste esta afamada definição? Trata-se aqui de “uma manifestação (directa ou indirecta) das necessidades fundamentais de uma comunidade política, representando o motor dirigente da acção administrativa, sendo exclusivamente concebido como elemento de legitimação do Estado (...)”. *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A recusa da aplicação de regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 27.

regulamentos, irá definir a própria hierarquia dos meios através dos quais se realiza um fim público^{154/155}.

No que respeita a esta problemática da discricionariedade regulamentar no seio das entidades reguladoras, as questões surgem, sobretudo, na emissão dos regulamentos independentes, tal como já havíamos referido. Nunca podemos esquecer, neste contexto, que as ARI surgem numa determinada conjuntura para responder a determinados problemas, sendo de destacar os seguintes: garantir que as decisões políticas não afectam a regulação de determinados sectores onde poderiam insurgir certos abusos, por se tratarem de áreas mais melindrosas; “assegurar uma independência face aos interesses regulados”¹⁵⁶; e fazer corresponder as exigências de ordem técnica com as problemáticas que se vão insurgindo. Formulada que está esta nota é igualmente importante referir que não se deve, atribuir a outras entidades tarefas que normalmente pertenceriam ao Estado. Assim, trata-se apenas, e em especial no caso desta atribuição a entidades reguladoras, de um meio seguro e viável para a realização do interesse público e não, de um descartar dessas funções por parte do ente estadual.

Seguindo esta linha de raciocínio será muito simples entender que ao atentarmos na regulação de determinados sectores surge, com alguma frequência, por existir a necessidade de realização do interesse público, uma carência clara de atribuir às entidades reguladoras um poder regulamentar próprio. Enquadrando-se este poder regulamentar no já estudado poder normativo, de que as entidades reguladoras são detentoras¹⁵⁷. “A alocação do poder normativo para estas entidades serve, sobretudo, finalidades relacionadas com a

¹⁵⁴ Ao afirmarmos isto de forma peremptória não estamos, em momento algum, a sugerir que a discricionariedade e o poder regulamentar sejam sinónimos, ou sequer figuras afins, apesar de, neste contexto, surgirem por diversas vezes associados. Para tanto basta verificar que o poder regulamentar não tem sempre como pressuposto a discricionariedade, tendo aqui como fundamento prático a figura dos regulamentos executivos. O pressuposto deste poder será não a atribuição desse poder discricionário à Administração, mas sim a existência de uma habilitação legal.

¹⁵⁵ Há sempre que ter em consideração, quando falamos da criação regulamentar, tanto o sentido positivo, como o sentido negativo do princípio da legalidade. Quanto ao primeiro porque a lei dá um espaço para a prática administrativo, quanto ao segundo porque esse limite dado pela lei proíbe a administração de actuar fora dos limites da mesma. Deste modo, e seguindo as linhas orientadoras de Canotilho, trata-se de “um poder constitucionalmente fundado e não como poder criado por lei”. *Apud.* GUERRA, Glauco, “Princípio da Legalidade e poder normativo...” in *o Poder Normativo das Agências reguladoras*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 113.

¹⁵⁶ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Estudos sobre os regulamentos administrativos”, Almedina, Coimbra, 2013, p.74.

¹⁵⁷ Sobre esta temática *vide supra* ponto 2.4.

especificidade das funções às mesmas cometidas, caracterizadas pela elevada tecnicidade e/ou especialidade, cujo a disciplina não se situa ao alcance do legislador (...)¹⁵⁸

Daqui surgem, todavia outras questões que se afiguram da mais suma importância. Até que ponto será necessário, para a realização destes interesses, a concessão de poderes regulamentares independentes? Não são poucos os casos, se atendermos aos estatutos de cada uma das entidades reguladoras, em que vemos concedidos poderes regulamentares, insurgindo esses directamente de estatuição legal, senão vejamos. Mesmo depois das alterações trazidas pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, muitas são as entidades que mantêm essa atribuição nos estatutos. A IPC- ANACOM, nos seus estatutos, diz, de forma manifesta, no seu artigo 9.º, n.º2, al. a) que esta, e passo a citar, que esta “elabora e aprova regulamentos nos casos previstos na lei e quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições (...)¹⁵⁹. Vindo mais uma vez ao encontro do que já havíamos dito quanto a este poder apenas surgir quando se tratar de um “mal necessário”. Mas muitas são as outras entidades que também o fazem, exemplo disso é também, e a título meramente indicativo, a ERSAR, que no seu artigo 11.^{o160}, guarda um artigo apenas para o poder regulamentar, tal como se pode ver na epígrafe do mesmo.

Este tipo de competências, tal como já fomos aditando, acarreta diversos problemas, sendo de destacar, pela sua importância no contexto actual, o da deslegalização de certas matérias. No direito norte-americano este é um problema que surge associado ao do alcance da extensão das competências no que toca ao poder normativo, e que têm surgido de mãos dadas com o facto de hoje assistirmos a uma diluição do princípio da separação de poderes. Muitos justificam esta atribuição de poderes com as necessidades de ordem técnica que advém da regulação sectorial, mas este argumento só faria sentido se admitíssemos que tratamos de modo igual as normas técnicas e as que são normas jurídicas mas que empregam linguagem técnica, algo que seria errado. No que respeita à emissão de regulamentos independentes estamos a tratar do último caso, ou seja, de normas jurídicas de linguagem técnica.

Outro problema neste âmbito advém do facto das autoridades administrativas independentes não verem plasmado, de forma inequívoca, uma legitimação democrática

¹⁵⁸ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A recusa da aplicação dos regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 131 e 132.

¹⁵⁹ *Cf.* Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de Março.

¹⁶⁰ *Cf.* Lei 10/2014, de 6 de Março.

directa, tal como ocorre no seio das administrações autónomas. Tal como já pudemos também afirmar, a única referencia que temos a nível constitucional a este tipo de autoridades surge-nos no artigo 267.º, n.º 3 da CRP, e este não fala de qualquer competência normativa quase-legislativa, apenas faz um enquadramento na estrutura administrativa nacional, dizendo que a lei pode criar este tipo de entidades. Assim, é premente afirmar que em momento algum devemos justificar a existência deste tipo de regulamentos com base na CRP, como podemos afirmar por exemplo com os decretos regulamentares. Deste modo, estes regulamentos vêm a sua fundamentação legal com base na lei, devendo esta apenas delimitar os contornos ao nível da competência, não restringindo o conteúdo dos mesmos. Isto justifica-se ainda se atendermos ao facto de eles surgirem por uma questão de necessidade para a execução de fins regulatórios.

Não retirando uma vírgula ao que foi aqui sendo referido não podemos afirmar, sem mais, que estamos perante um poder regulamentar ilimitado, este poder encontra limitações tal como seria de prever. Mas que limites devemos encontrar? Primeiramente existe a submissão deste tipo de regulamentos, tal como ocorre nos restantes, ao princípio da legalidade e às suas demais ramificações. Resultando deste mesmo princípio que não poderão surgir regulamentos independentes em campos de reserva de lei. Podemos ainda invocar como limite a hierarquia das normas, sendo que sempre que estejamos perante fontes normativas superiores estes cairão perante os outros, exceptuando-se aqui os casos em que estes são consideradas normas especiais devido ao conteúdo que apresentam, e nesse caso aplicaremos a regra segundo a qual a norma especial se sobrepõe à norma geral.

Como já referimos, numa primeira fase, é no domínio do acto administrativo que aparece associada a questão da discricionariedade não havendo qualquer problema quanto a esta ligação, ao contrário do que ocorre no contexto regulamentar.

É sabido entre nós que muito tem evoluído o conceito de acto administrativo¹⁶¹, devendo-se isto, em parte, a mutações a que tem sido sujeitado também o direito administrativo nacional, especialmente, na altura em que se deu a reforma da justiça administrativa. Ainda assim conseguimos encontrar na sua génese várias noções do mesmo, podendo ser este definido como aquele “acto jurídico regulado por disposições de

¹⁶¹ Vide mais sobre a temática in VIEIRA DE ANDRADE, José, “A aceitação do acto Administrativo”, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2002, p. 1 e sgs e SOARES, Rogério, “Direito Administrativo. Lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 51 e sgs.

direito público, praticado no exercício de poderes de autoridade, relativo a uma situação individual e concreta, em princípio dotado de eficácia externa”^{162/163/164}.

Hodiernamente, é importante não esquecer que nos encontramos perante um acto que, tal como já dissemos, sofreu diversas mutações, tendo mais do que nunca na sua base não só a lei, como a própria lei fundamental, a CRP. Deste modo, será pertinente, acrescentar à noção *in supra* características que são atribuídas pela lei geral à função administrativa. Ao somarmos estas características estamos a ampliar o conceito de acto administrativo, embora não se trate, actualmente, de uma noção ampla ou pouco precisa¹⁶⁵.

Estaremos então perante uma alteração de que natureza? Parece-nos que esta será tanto quantitativa como qualitativa. “De um acto limitativo dos direitos passou a ser um acto conformador e promotor dos mesmos”¹⁶⁶. Deixamos assim de dar destaque à natureza executória do acto de que ele era dotado numa primeira fase, ainda que este não tenha, de modo algum, desaparecido, tendo apenas diluído a sua força no meio de tantas outras características¹⁶⁷, não sendo agora característica necessária numa noção restritiva do acto. Assim, estão excluídos do acto administrativo os actos jurídicos meramente preparatórios e os actos de comunicação ou de pura execução, incluindo-se no conceito os actos destacáveis, actos parciais, actos de trâmite excludentes ou medidas provisórias¹⁶⁸.

¹⁶² *Cit.* SOARES, Rogério, “Direito Administrativo. Lições ao curso complementar...”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 76 e segs.

¹⁶³ Ao lado de autores como Rogério Soares emergiram tantos outros que davam definições igualmente válidas de acto administrativo, senão vejamos a noção dada por Marcello Caetano. Este definia o acto administrativo como “uma conduta voluntária da Administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto”. Esta definição parece-nos, hodiernamente, admissível uma vez que continua a dar ênfase às mais importantes características do acto administrativo. *Cit.* CAETANO, Marcello, “Manual de Direito Administrativo, I”, Almedina, Coimbra, Ed. 10.^a, 1990, p.428.

¹⁶⁴ O conceito substantivo de acto administrativo está regulado entre nós no artigo 148.º do CPA que o define como “(...) as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

¹⁶⁵ No entender de COLAÇO ANTUNES, o acto administrativo é ainda hoje muito relevante no respeitante ao direito administrativo, sendo para este, ainda, uma figura central. Isto ocorre porque este autor considera que se trata da figura “ (...) mais adequada a produzir segurança jurídica nas relações entre os particulares e a Administração(...)”. *Cit.* COLAÇO ANTUNES, Luís, “A teoria do acto e a justiça administrativa”, Almedina, Coimbra, 2006, p.119.

¹⁶⁶ *Cit.* CABRAL DE MONCADA, Luiz, “Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 325.

¹⁶⁷ É, contudo, importante não esquecer que a força executória do acto administrativo se revela preponderante e também predominante em algumas situações, basta, para tanto, olharmos ao seio do direito fiscal, podendo aqui enumerar também áreas como a do direito do ambiente, no que tange à defesa do mesmo.

¹⁶⁸ *Cf.* VIEIRA DE ANDRADE, José, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, Ed. 4.^a, p. 164 e sgs.

Mas o que nos importa no nosso estudo é, não a evolução na noção de acto administrativo mas, ao invés, a relação que este detém com a lei, não sendo aqui tão importante a área de vinculação do acto à lei, mas sim a relação que este mantém com a discricionariedade¹⁶⁹. Contudo, é importante não esquecer que o “(...) o conteúdo está legalmente fixado, isto é, enquanto ele é vinculado, a relação de meio para o fim foi resolvida pelo legislador”¹⁷⁰. Esta análise é, especialmente, relevante no seio do direito administrativo, uma vez que este âmbito de liberdade na interpretação do direito, tem uma aplicação ambivalente, ao contrário do que ocorre nas restantes áreas do direito, uma vez que cabe em simultâneo ao juiz e ao agente administrativo.

Ora, tudo isto tem-se revelado muito importante no contexto do acto administrativo, especialmente, quando olhamos ao objecto do mesmo. Este objecto será “a realidade exterior sobre que o acto incide”¹⁷¹, e será muito permeável às mutações que decorrem da própria evolução do direito administrativo. Este progresso levou, tal como já referimos anteriormente, a uma, cada vez menor, precisão conceitual, o que advém do facto de estarmos perante leis, cada vez mais, complexas e que assumem uma tecnicidade cada vez maior. Esta tecnicidade avulta-se se olharmos ao nosso *case study*, onde as leis de ordem técnica são a larga maioria. Aliado a este progresso é importante nunca descorar que a atribuição deste tipo de competências a autoridades administrativas independentes acarreta sérios problemas, em que a *common-law* já se foi antecipando na resolução. Falamos aqui do controlo que passa a ser necessário nestes casos em que existe, sobretudo, uma regulação de proximidade, sendo que os países da *common-law* lançam já mão de figuras como a *judicial review*, como iremos ver mais adiante no nosso estudo.

A conclusão que podemos retirar da análise deste ponto, prende-se, sobretudo, com o ponto comum entre a discricionariedade regulamentar e discricionariedade na prática de actos administrativos. Ambas se inserem numa nova categoria a que damos o nome de discricionariedade regulatória, podendo esta manifestar-se sobre estes dois

¹⁶⁹ Hoje, depois da grande alteração a que foi sujeito o CPA, é importante não esquecer que as autoridades administrativas independentes passam a ser incluídas no mesmo, o que à partida acarretaria algumas mudanças importantes. Contudo, apenas são abarcadas as autoridades que não sejam detentoras de personalidade jurídica e, nem mesmo essas, voltam a ser referenciadas durante o novo texto, o que demonstra fortes lacunas. Cf. Parecer de Dr. Joel Timóteo RAMOS PEREIRA, ponto 3.2., disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/dossiers/novo_cpa/processo_legislativo/Parecer_CSM.pdf>.

¹⁷⁰ Cit. SOARES, Rogério, “Direito Administrativo. Lições ao curso complementar...”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 300.

¹⁷¹ Cit. Freitas do Amaral, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2012, p. 110.

pontos, ou através da prática de actos administrativos, ou através da emanação de regulamentos.

“A relação entre a discricionariedade regulatória e a prática de [actos] administrativos pelas entidades reguladoras [projecta-se], simultaneamente, na forma como o legislador lhe confere poder decisório e no tipo de juízo àquelas exigido aquando da tomada de decisões”¹⁷². Ao passo que a discricionariedade regulatória quanto à prática regulamentar “(...) corresponde ao desempenho de uma «função normativa», traduzindo o cumprimento da obrigação jurídica de regular (também através de normas) os [sectores] económicos que lhes estão confiados.”¹⁷³

3.2.1. Discricionariedade regulamentar: discricionariedade legislativa ou discricionariedade administrativa (stricto sensu)?

Como já fomos verificando no ponto anterior parece-nos hoje aceitável, com a fundamentação já apresentada, defender uma nova categoria de discricionariedade, a discricionariedade regulamentar. Mas, e também como já aditámos, esta encontra-se situada entre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade administrativa *stricto-sensu*, não existindo assim uma resposta totalmente recta à pergunta feita neste ponto.

É fácil percebermos que quando nos referimos à discricionariedade administrativa estamos perante uma “ (...) forma qualificada de uma realidade mais ampla, de um género que é a discricionariedade”¹⁷⁴. Isto faz com que a problemática da discricionariedade não se extinga na discricionariedade administrativa *stricto-sensu*, aparecendo ligadas a esta outras qualificações como a discricionariedade legislativa¹⁷⁵, que nos propomos agora a analisar. Tal como o próprio nome deixa antever, versa ao contrário do que ocorre com a discricionariedade administrativa, sobre a função legislativa, sendo ainda possível falar-se, atendendo à função, da discricionariedade judicial, que não se afigura aqui relevante.

Assim, e seguindo a linha de pensamento de alguns autores como GOMES CANOTILHO, podemos concluir que discricionariedade legislativa e discricionariedade

¹⁷² Cit. MONIZ, Ana Raquel, “A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa” in A crise e o Direito Público, Instituto de Ciências Jurídicas Públicas, Lisboa, 2013, p. 122.

¹⁷³ *Idem.* p. 124.

¹⁷⁴ Cit. OLIVEIRA, Fernanda Paula, “A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 37.

¹⁷⁵ Ao falarmos de discricionariedade legislativa é importante termos sempre em consideração que se trata de um conceito que tem muitos outros associados, podendo, deste modo, suscitar confusão, sobretudo no âmbito do direito administrativo.

administrativa são substancialmente distintas, não parecendo fazer qualquer sentido passar o âmbito da actividade legislativa para o conceito de discricionariedade. A actividade legiferante está, em grande parte, ligada ao direito constitucional e não já tanto ao direito administrativo, como ocorre no conceito de discricionariedade administrativa, surgindo por isso diversas questões associadas à transferência de conceitos. Para este autor podemos ir mais longe e ver a fundamentação desta posição em princípios jurídicos como o da legalidade e o princípio da constitucionalidade no âmbito administrativo¹⁷⁶. No primeiro existe sempre uma definição nos termos da lei dos pressupostos, ao passo que no segundo, apesar de ser exigida a correspondência entre as CRP e as leis, não subsiste uma definição de todos os pressupostos, podendo assim haver espaço para a criação de leis, e não apenas complementação das mesmas, sendo, por isso, a vinculação bastante distinta nos dois princípios.

É ainda importante acrescentar, quando nos propomos a diferenciar os tipos de discricionariedade, que a “(...) que a liberdade quanto às determinantes autónomas é (...) diferente no plano legislativo e no plano administrativo”¹⁷⁷. Enquanto que na actuação administrativa existe uma escolha concreta que executa a lei. Já na função legislativa estamos não perante uma execução da lei mas, ao invés, perante uma criação da lei, a que damos o nome de qualificação de interesses públicos primários¹⁷⁸. Podemos ir ainda mais longe nestas distinções olhando à graduação das normas que servem de base quer a uma e quer à outra.

Esta diferenças são de tal forma notórias que muitos autores são extremamente cuidadosos quando usam a expressão discricionariedade legislativa, fazendo apenas uso da mesma em casos em que o legislador tem uma actuação idêntica, no que concerne à prática de actos, à dos actos administrativos.

Deste modo, aglomeram-se muitos problemas na definição de tudo o que é extrínseco à prática de actos legislativos, que como sabemos será mais que muito, uma vez que quando nos referimos à prática legislativa sabemos que estamos, provavelmente, perante uma das maiores, se não mesmo a maior, das funções. Esta função legislativa “(...)

¹⁷⁶ Vide mais sobre esta temática in GOMES CANOTILHO, José, “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra Editora, Coimbra 2.^a Ed., 2001, p. 229 e segs.

¹⁷⁷ Cit. OLIVEIRA, Fernanda Paula, “A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal...”, Almedina, Coimbra, 2011, p.38.

¹⁷⁸ Cf. GOMES CANOTILHO, José, “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra Editora, Coimbra 2.^a Ed., 2001, p. 218 e segs.

implica a criação de normas jurídicas gerais (...)”¹⁷⁹ onde, é de ver, o limite primordial que surge é o do respeito à Constituição, havendo assim uma ampla margem discricionária, fazendo, desta forma, todo o sentido haver a transmissão do conceito para este contexto.

Concluída que se encontra esta breve distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa, cabe-nos agora classificar o que devemos, então, entender por discricionariedade regulamentar, sendo certo, tal como já fizemos referência, que se trata de um novo tipo discricionário, não sendo por isso fácil encontrar um vasto apoio na doutrina.

No nosso entender a discricionariedade regulamentar não se pode circunscrever apenas a um tipo de discricionariedade, uma vez que ira excluir pontos relevantes de um e outro tipo. Logo, podemos afirmar que a natureza criadora e executiva, que é característica, dos regulamentos se assemelha, em muito, àquilo de que temos vindo a falar sobre a função legiferante, por se tratar da criação de direito positivado, não sendo todavia correcto olhar de maneira tão diminuta para a questão.

Temos, além disto, de vislumbrar o facto de os regulamentos, no direito administrativo, serem sempre dependentes de habilitação legal onde existe necessidade de valorações dentro do que é definido na letra da lei, remetendo-nos para a discricionariedade, aqui, mais no contexto administrativo. Ora muitas das vezes o que ocorre é considerar-se este novo tipo de poder discricionário como um subtipo da discricionariedade administrativa, “(...) onde o titular do poder regulamentar detém uma liberdade (mais ou menos ampla) de opção, no interior das balizas desenhadas pela norma exequenda”¹⁸⁰.

Este tipo de poder discricionário tem, actualmente, muita pertinência, pois encontramos-nos, cada vez mais, numa época em que o direito se torna tão flexível, que defender uma legislação de carácter fechado seria totalmente erróneo, caminhando-se, a passos largos, para um sistema muito mais semelhante ao que podemos encontrar no seio do direito norte-americano. É por isso necessário criar formas de complementar a lei, como ocorre aquando da criação deste tipo de regulamentos, sendo cada vez mais comum surgirem novos tipos discricionários no seio do direito administrativo.

¹⁷⁹ *Cit.* DESDENTADO DAROCA, Eva, “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”, Aranzadi, Navarra, 2.^a Ed., 1999, p. 76. (tradução nossa).

¹⁸⁰ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A discricionariedade administrativa:...”, in *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 634.

4. “Discrecionalidade técnica”?

4.1. Noção:

Surgem, hoje, diversas definições associadas ao conceito lato de discrecionalidade, já aqui estudado entre nós, sendo muitas das vezes frequente aparecer ligado a este, e à prática das autoridades reguladoras, a noção de discrecionalidade técnica, que nos propomos aqui a analisar.

À primeira vista parece-nos que os conceitos individualizados, de discrecionalidade e técnica despontam como noções completamente desconexas e por isso incompatíveis. De um lado temos a ideia de uma liberdade administrativa conferida pelo legislador, do outro uma ideia de uma análise rigorosa, que surge como tendo apenas uma única solução viável. Ainda assim é possível, ainda que não nos surja como muito natural, fazer uma simbiose dos dois conceitos, não existindo “desnaturação do seu sentido original”¹⁸¹.

Deste modo, esta noção erguer-se, pela primeira vez, às mãos de BERNATZIK, na Áustria, tendo-se difundido de imediato pela Alemanha¹⁸². Este autor entendia que apesar de não estarmos perante decisões discrecionárias que estas deviam ser aqui englobadas devido à sua complexidade técnica, passando assim a saírem da esfera do controlo dos tribunais¹⁸³. Isto ocorria pois este considerava que os titulares do poder judicial não tinham qualquer aptidão, de ordem técnica, devendo apenas caber ao agente administrativo, e não já aos tribunais, a sua criação não podendo estes últimos exercer o seu normal controlo. É importante, ainda neste contexto, referir que o doutrinário não olhava para este conceito de forma estanque, muito pelo contrário. O autor achava ser da maior relevância adaptar esta noção a cada realidade, variando, deste modo, de país para país, e de caso para caso.

Assim, existia grande variação quanto ao entendimento deste tipo de “discrecionalidade” no tempo e no espaço. Para algumas realidades estaríamos perante um poder vinculado, mas que não seria susceptível de qualquer controlo por parte dos tribunais, para outros seria um poder livre na sua totalidade, existindo ainda quem defende-

¹⁸¹ *Cit.* ROCHA, Jaqueline “Discrecionalidade Técnica e Poder normativo das Agências Reguladoras Brasileiras”, Universidade de Brasília, Brasília, 2002, p. 27.

¹⁸² Há quem defenda que esta noção surgiu não na Áustria mas sim em Itália, contudo trata-se de um ponto meramente indicativo, não sendo problemática a sua exacta análise quanto ao seu surgimento.

¹⁸³ Quando falamos de discrecionalidade técnica (admitindo a sua existência, algo que não adoptamos) encontramos-nos perante um tipo de discrecionalidade administrativa, que detém um regime jurídico distante dos demais, residindo uma das maiores diferenças no contencioso judicial, onde as diferenças se avolumam. *Vide* mais sobre a temática *in* IGUARTA SALAVERRÍA, Juan, “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 25 e sgs.

se que esta definição não poderia ser estanque, devendo para tanto atender-se ao caso em apreço.

É importante fazer notar que nos países já mencionados esta foi uma noção que não se perpetuou no tempo, não sendo na maioria das vezes admissível, como já iremos discutir mais adiante, falar-se de “discricionariedade técnica”. Nestes Estados o problema que acabámos de mencionar acabou, portanto, por ser tratado como se da temática dos conceitos indeterminados se fala-se, não sendo assim tida como uma discricionariedade à parte e, por isso, detentora de um regime distinto.

Ainda no seio da Europa, olhando agora ao direito italiano, encontramos autores que defendem que a “discricionariedade técnica” se trata de “(...) *uno dei profili del merito amministrativo*.”¹⁸⁴ Contudo, esta afirmação não é pacífica no seio da doutrina italiana, apesar da tendência generalizada dos tribunais para defenderem esta mesma posição, surgindo assim várias questões, inclusivamente em torno dos conceitos que se possam ou não inserir no seio da “discricionariedade técnica”.

Já num contexto mais internacional, no direito norte-americano, vislumbrava-se esta temática como sendo basilar, uma vez que foi fundamental para a delimitação da função normativa das entidades reguladoras, revelando-se ainda muito importante na problemática respeitante ao controlo por parte dos tribunais. Isto ocorreu porque se considerava que as agências tratavam de questões que se revestiam de elevado grau técnico, devendo por isso encontrar-se fora do controlo judicial. Cabendo esta tecnicidade na função normativa das agências¹⁸⁵, escapando, deste modo, na larga maioria dos casos até à *judicial review*.

O que se deve entender por discricionariedade técnica?^{186/187} Esta “designa uma zona da actividade administrativa que teoricamente se tende a considerar subordinada à lei

¹⁸⁴ *Cit.* GALLI, Rocco, “Corso di diritto amministrativo”, CEDAM, Padova, 2.^a Ed., 1996, p. 382.

¹⁸⁵ Sobre esta temática *vide supra* ponto 2.4.

¹⁸⁶ Os tribunais portugueses têm definido, muitas vezes, em diversos acórdãos, o que entendem por discricionariedade técnica, encontrando-se a utilização desta expressão em acórdãos não muito longe temporalmente. A título de exemplo desses acórdãos encontramos: Acórdão do TCA Norte de 02-03-2012, proc. n.º 1064/11e Acórdão do STJ de 22-03-2001 proc. n.º 3986/00 de 22-03-2001. Ambos os acórdãos definem discricionariedade técnica como o “(...) exercício de um poder vinculado aos preceitos legais, mas com certa margem de liberdade na apreciação dos elementos fácticos”.

¹⁸⁷ Como vamos poder ver neste ponto muitas são as definições que encontramos sobre este “subtipo discricionário”, parecendo-nos pertinente dar destaque à definição dada por JOAQUIM CONDESSO. Para este autor a discricionariedade técnica é considerada nas “(...) situações em que a Administração toma decisões com base em estudos prévios de natureza técnica e segundo critérios extraídos de normas técnicas”. *Cit.* <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/07-DEBATER-Discricionariedade-da-administra%C3%A7%C3%A3o-fiscal.pdf>>.

e desenvolvida no exercício de poderes vinculados, mas isenta de um controlo judicial pleno”¹⁸⁸ porque se trata de uma área que necessita de especialização, de conhecimentos técnicos que, regra geral, só órgãos como as entidades reguladoras, detém¹⁸⁹. Encontramos assim perante um tipo de discricionariedade que se demarca da discricionariedade administrativa devido ao pendor volitivo desta, não sendo considerada, por isso, na larga maioria dos casos como um verdadeiro tipo discricionário. Trata-se aqui de uma escolha administrativa que pressupõe a utilização de critérios técnicos, devendo, em muitos casos, dar-se resposta, através de determinada escolha, a questões de ordem técnica. Para tal pressupõe-se a existência de conhecimentos técnicos e/ou científicos que, em muitos casos, devem obedecer a determinadas regras¹⁹⁰.

Para EVA DAROCA, quando falamos em discricionariedade técnica e em actividade técnica (ainda que se tratem de coisas muito distintas), em ambos os casos, o que releva é que a Administração terá sempre de recorrer a critérios técnicos, sendo que o uso desse tipo de critérios varia consoante a valência. Isto é, na actividade de ordem técnica o recurso a estes critérios permite que se conquiste apenas um resultado possível e certo, ao passo que na discricionariedade técnica esse uso não tem qualquer resultado prático¹⁹¹. Ainda que nem toda a doutrina pense neste sentido parece-nos uma boa observação por parte da autora.

Assim, este “subtipo” de discricionariedade mais não é do que “uma actividade administrativa traduzida em juízos técnicos de existência, juízos técnicos valorativos ou juízos técnicos de probabilidade, pelos quais a lei confere à Administração¹⁹² “(...) um poder de valoração técnica, que, não implicando ponderação

¹⁸⁸ *Cit.* NOGUEIRA DE BRITO, Miguel “Sobre a discricionariedade técnica” in *Revista de Direito e de estudos sociais*, Lex, Lisboa, 1994, p. 34.

¹⁸⁹ Em Espanha é algo comum encontrarmos esta noção associada ao processo de selecção de pessoas para integrarem funções públicas, algo que pode ocorrer, também no contexto nacional, mas não sendo aqui que se levantam quaisquer questões. *Cf.* PÉREZ SALAS, Francisco, “De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público” in *Revista Cemci*, Granada, 2010, disponível in <<http://revista.cemci.org/numero-8/pdf/doc3.pdf>>.

¹⁹⁰ FILIPPO SALVIA defende esta mesma demarcação conceitual entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica, reconhecendo a necessidade de distinguir nesta última entre: “acclaramenti tecnici” e “valutazioni tecniche di tipo operativo”. *Cf.* SALVIA, Filippo, “Attività amministrativa e discrezionalità tecnica” in *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, Fascicolo IV, 1992, p. 685 e sgs.

¹⁹¹ *Cf.* DESDENTADO DAROCA, Eva, “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”, Aranzadi, Navarra, 2.ª Ed., 1999, p. 133 e sgs.

¹⁹² Também SÉRVULO CORREIA é defensor da não inserção da discricionariedade técnica como uma verdadeira discricionariedade. Para este autor quando falamos de discricionariedade técnica a lei apenas incumbe à Administração o poder de “(...) proceder à interpretação da lei ou a um juízo cognoscitivo (...)”.

comparativa de interesses secundários, envolve valoração de factos e circunstâncias de carácter técnico (..)»¹⁹³. Muitos autores defendem que este tipo de “discricionarietà” (e iremos continuar a trata-la deste modo por uma questão de pragmatismo) recai não sobre a estatuição da norma, mas sim sobre a hipótese ou previsão da norma¹⁹⁴.

Ao falarmos da definição de discricionarietà técnica há quem considere que a podemos decompor em duas partes: trata-se de uma “(...) actividade valorativa fundamentada em regras de uma ciência disciplina ou «arte»”¹⁹⁵, onde estão presentes juízos que detém uma margem de apreciação por parte do agente administrativo.

Para quem concorda com esta nomenclatura, podemos encontrar quem a considere passível de uma subdivisão, ainda que seja pouco frequente depararmo-nos com quem o faça. De um lado teremos a que serve de base à pratica de actos administrativos, do outro a que serve de base à prática normativa. Quanto ao primeiro existirá uma delimitação feita numa primeira fase em que se avaliam critérios técnicos fazendo-os coincidir com juízo de conveniência e oportunidade. No que concerne ao segundo temos que levar em linha de conta que estamos perante a prática normativa assente na técnica, estando sujeito a grande volatilidade no que respeita à regulação de cada sector.¹⁹⁶

Temos do outro lado da força autores que consideram que se trata de uma verdadeira “monstruosidade jurídica”¹⁹⁷ chamar a este tipo de prática discricionarietà técnica, argumentando que enquanto actividade técnica não tem qualquer carácter discricionário, antes pelo contrário, e que estamos perante um tipo de actividade que pode ser alvo de fiscalização, ao contrário do que ocorre na discricionarietà administrativa. Ainda assim, trata-se, por uma questão meramente prática, de um tipo de discricionarietà que é, na larga maioria das vezes, assumida como uma variante da discricionarietà administrativa, ainda que com um regime totalmente diferente da

Este acrescenta que quando fazemos referência a juízos técnicos não falamos nunca de discricionarietà uma vez que não há qualquer espaço de escolha para a Administração, sendo que só há uma solução possível no caso concreto. *Cit.* CORREIA, Sérvulo, “Noções de Direito Administrativo”, Vol. I, Editora Danubio, Lisboa, 1982, p. 178.

¹⁹³ *Cit.* Acórdão do TCA Sul de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, §3.

¹⁹⁴ Sobre a estrutura da norma, vide supra ponto 3.1.

¹⁹⁵ *Cit.* IGUARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 28.

¹⁹⁶ *Cf.* ROCHA, Jaqueline, “Discricionarietà técnica e poder normativo das agências reguladoras brasileiras”, Universidade de Brasília, Brasília, 2002, p.33.

¹⁹⁷ *Cit.* IGUARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Discrecionalidad técnica...”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p.27.

restante discricionarietà, destacando-se, tal como já afiguramos, a diferença no que respeita ao controlo por parte dos tribunais.¹⁹⁸

Contudo, não podemos olhar ao controlo judicial de uma forma ampla. Entre nós trata-se, tendo sido por isso mesmo um método muito usado pelos tribunais portugueses, de um conceito que engloba, ou por outra, que aparece associada, ao erro manifesto, o que permite que a discricionarietà passe, de algum modo, a ser alvo de fiscalização judicial. O uso desta figura nos tribunais portugueses tem distinguido de forma clara, a figura da discricionarietà da figura dos conceitos indeterminados que, como já vimos numa fase anterior do nosso estudo, apesar de muitas vezes aparecerem associados, são figuras bem distintas, parecendo-nos, por esse mesmo motivo que estamos perante uma diferenciação correcta. Assim, esta figura surge na nossa jurisprudência como uma maneira de qualificar os “conceitos indeterminados que o Tribunal, alegadamente, se abstém de conhecer por razões ligadas ao problema da dupla administração”¹⁹⁹, isto é, problemas em o tribunal teria de se sobrepor a uma decisão da Administração Pública, existindo dois critérios sobre uma mesma questão²⁰⁰.

Esta problemática revelou-se de tal modo importante no seio da UE, que ainda em 1983 - relembrando que a esta data Portugal ainda não era Estado-Membro da CEE - foi criada uma directiva relativa às normas e regulamentações técnicas^{201/202}. Aqui, foram

¹⁹⁸ Em termos muito latos podemos com alguma facilidade, depois deste estudo, fazer a distinção entre o que devemos entender como abrangente no conceito de discricionarietà técnica, e o que devemos entender por discricionarietà administrativa em sentido lato. Quando à primeira, e não apagando uma vírgula ao que tem aqui vindo a ser dito, podemos dizer que a discricionarietà técnica distingue desta última porque “ (...) não é operada por um juízo de mérito ou de oportunidade (...)” ao contrário do que ocorre na discricionarietà administrativa. Assim, na discricionarietà técnica “ (...) há uma vinculação pura dos agentes administrativos de actuarem de acordo com a solução técnico-científicas que não são susceptíveis de opção.” *Cit.* MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 113, nota de rodapé 139.

¹⁹⁹ *Cit.* NOGUEIRA DE BRITO, Miguel “Sobre a discricionarietà técnica” in Revista de Direito e de estudos sociais, Lex, Lisboa, 1994, p. 59.

²⁰⁰ Em Espanha tem vindo a existir um grande esforço em delimitar, de forma clara, se estamos perante actos de natureza política ou, se por outro lado, nos encontramos sobre actos de natureza administrativa. Isto ajuda, numa primeira linha a perceber se é ou não permitida a fiscalização de determinado acto. Isto é ainda mais relevante se atendermos ao facto de a discricionarietà administrativa (em sentido lato) se encontrar no limbo entre estes dois tipos de actos, por não se considerarem, na larga maioria dos casos, actos de carácter puramente administrativo. Assim, têm sido levantadas muitas questões quanto às limitações do controlo jurisdicional. Até que ponto é que os Tribunais poderão fiscalizar? A doutrina espanhola tem-se dividindo quanto a esse ponto, não nos parecendo contudo relevante, aqui, analisar de forma extensiva estas posições. Vide mais sobre a questão in Peñarrubia Iza, Joaquín, “La moderna Jurisprudencia sobre discrecionalidade técnica” in Revista de Administracion Publica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 327-344.

²⁰¹ *Cf.* Directiva n.º 83/189, de 28 de Março de 1983. Esta Directiva veio a ser alterada, mais tarde, pela Directiva n.º 88/182/CEE, de 22 de Março de 1988.

clarificados alguns conceitos que, mais tarde, vieram a ser muito úteis, tais como o de especificação técnica e de regra técnica.

Hodiernamente, esta questão volta a revelar-se muito pertinente uma vez que, cada vez mais, existe, ainda que através da regulação, ou melhor dizendo, através das ARI, um intervencionismo estadual sobre estruturas quer económicas, quer sociais.

Porque motivo falamos aqui da “discricionariedade técnica” quando falamos da actuação das entidades reguladoras? Parece agora óbvia a resposta a esta questão. Como sabemos as entidades reguladoras surgiram da necessidade de fazer uma separação entre a actividade política e a actividade regulatória, especialmente no que concerne à regulação de actividades económicas no mercado, sendo esta última revestida de grande tecnicidade. É, inclusivamente, com base no conhecimento técnico que os membros são escolhidos para integrar determinada autoridade administrativa independente. É precisamente no ponto da tecnicidade que a nossa temática esbarra de frente com a discricionariedade técnica, uma vez que a evolução dos mercados e as respectivas mudanças que os acompanham necessitam de um entendimento e percepção rápidos que sejam acompanhados de um vasto conhecimento técnico, para que cada problema seja resolvido da forma mais célere e melhor possível²⁰³.

Como já pudemos ver não é, hoje, defensável, ou será antiquado fazê-lo, defender a existência de uma verdadeira “discricionariedade técnica”. Entre nós ANTÓNIO SOUSA foi um dos primeiros a afirmar, peremptoriamente, que o conceito de discricionariedade técnica ou discricionariedade imprópria deveria desaparecer enquanto tal, porque estaríamos a ampliar demasiadamente o conceito de discricionariedade. Para o doutrinário esta temática deveria passar a tratar-se como “(...) meros conceitos técnicos e conceitos indeterminados (...) adoptando o modelo de controlo jurisdicional para eles proposto”²⁰⁴. O autor vai ainda mais longe ao dizer ao fazermos menção à discricionariedade técnica devemos reconhecer três situações distintas: os juízos técnicos de existência, de cognição

²⁰² A classificação de norma técnica é fluante, isto é, varia conforme sejam de origem internacional, europeia ou nacional. É ainda possível no seio destas subdividir noutras categorias como: normas de medida, normas de uso, entre outras. Não se assumando este estudo relevante, tratando-se apenas de uma nota sobre a temática. Cf. TARRÉS VIVES, Marc, “Normas técnicas y ordenamento jurídico”, Tirant Monografias, Valencia, 2003.

²⁰³ Sobre esta temática *vide infra* ponto 4.3.

²⁰⁴ *Cit.* FRANCISCO DE SOUSA, António, “Aplicação e indeterminação dos conceitos legais indeterminados no campo de tensão entre o juiz e a Administração”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993, p.118 e 119.

ou de verificação; o juízo técnico de valor e juízo técnico de probabilidade²⁰⁵. Daqui resulta a ideia de que deste conceito de “discricionariedade técnica” o que vamos retirar é apenas o juízo e não já a vontade, não se podendo por isso inserir este como um subtipo de discricionariedade administrativa, uma vez que não existe qualquer momento volitivo.

Concluindo, e para que fique clara a nossa posição, seguimos no sentido da não concordância com este tipo discricionário, aceitando, por outro lado a posição defendida por ANTÓNIO SOUSA, que nos surge como bem fundamentada e com um raciocínio lógico muito pertinente.

4.2. Discricionariedade “técnica” como sinónimo de discricionariedade imprópria?

Quando falamos de discricionariedade imprópria temos de ter em consideração que se trata de um conceito que, muitas das vezes, ou não é aceite por parte da doutrina ou é tida como uma falsa discricionariedade.

A discricionariedade imprópria tem vindo a ser definida como aquela que, não sendo abarcada na definição de discricionariedade pura²⁰⁶, apresenta um regime jurídico semelhante.²⁰⁷ Muitos assumem que dentro deste tipo de discricionariedade devemos enquadrar outros tipos diversos como a “ (...) liberdade probatória²⁰⁸, a discricionariedade técnica e a justiça burocrática.”^{209/210/211}

O único ponto de contacto que se parece insurgir como semelhante para todos os autores é o uso de conceitos vagos e indeterminados na discricionariedade imprópria,

²⁰⁵ Cf. e vide mais sobre a temática *Idem*. p. 119.

²⁰⁶ Tem vindo a ser usado na jurisprudência este conceito para demarcar a “(...) discricionariedade clássica ou propriamente dita dos casos de aplicação administrativa, que em geral não a consentiram, mas, tão-só, uma liberdade de apreciação ou juízo, ainda assim respeitada pelos tribunais”. *Cit.* PORTOCARRERO, M. Francisca, “Notas sobre variações em matéria de discricionariedade...” in *Juris et de Jure*, Universidade Católica Portuguesa -Porto, Porto, 1998, p. 645.

²⁰⁷ Cf. DUARTE, Maria Luísa, “A discricionariedade administrativa e os conceitos ...”, Lisboa, Sep. Do Boletim do Ministério da Justiça, 370, 2012, p. 19.

²⁰⁸ A liberdade probatória e a justiça burocrática são dois pontos que não nos parecem relevantes no nosso estudo. No entanto revela-se interessante fazer um pequeno esclarecimento conceitual relativamente a ambos. Deste modo, a liberdade probatória existirá quando há necessidade de analisar factos e meios de prova e, dentro dessa análise, a Administração terá liberdade para fazer a sua análise e interpretação quanto aos mesmo. Já no que tange à justiça burocrática decorre quando há necessidade de avaliar certas pessoas e/ou determinados comportamentos.

²⁰⁹ *Cit.* <<http://2administrativo.blogspot.pt/2016/04/a-discricionariedade-impropria.html>>.

²¹⁰ Neste sentido vide também <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/07-DEBATER-Discricionariedade-da-administra%C3%A7%C3%A3o-fiscal.pdf>>.

²¹¹ Outro autor que parece assumir como correcta a inserção de discricionariedade técnica no compute da discricionariedade imprópria, utilizando a expressão como sinónima é ANTÓNIO SOUSA. Cf. SOUSA, António Francisco, “Aplicação e indeterminação dos conceitos legais indeterminados no campo de tensão entre o juiz e a Administração”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 113 e sgs.

sendo que a sua aplicabilidade depende sempre da Administração, enquadrando-se aqui os conceitos técnicos, uma vez que também estes carecem de determinação.

Deste modo, e como já se pode antever por esta breve nota introdutória, discricionariedade imprópria e conceitos jurídicos indeterminados surgem de mãos dadas, quase como que um decalque, o que nos pode vir a facilitar a nossa análise se também assim o entendermos. O mesmo entendimento ocorre para alguns autores quando falamos de “discricionariedade técnica”, melhor dizendo para alguns doutrinários o conceito de “discricionariedade técnica”, existindo, surge de mãos dadas como os conceitos jurídicos indeterminados²¹², poderemos por isso afirmar que se trata de um sinónimo de discricionariedade imprópria? Parece-nos precipitado tirar tais elações.

Um ponto que nos pode levar a concluir que não será real essa afirmação é se tivermos em conta os autores que, aceitando a existência de “discricionariedade técnica” (que já por si levanta os problemas que já pudemos vislumbrar), a consideram uma verdadeira modalidade da discricionariedade administrativa²¹³, não sendo a discricionariedade imprópria uma modalidade dessa, não poderíamos concluir tal ideal.

Ainda assim, se recorrermos não apenas à doutrina, mas também aqui à jurisprudência, parece que o decalque de conceitos surge com igualdade de regime. Melhor dizendo, apesar dos conceitos surgirem como destintos no seio da nossa jurisprudência, sendo que não é fácil encontrarmos a definição de discricionariedade imprópria, ao contrário do que ocorre no seio da “discricionariedade técnica”, o modo de controlo judicial é o mesmo, para tal basta aqui recorrermos a alguns acórdãos a título exemplificativo. No Ac. STA de 26-06-2001, proc. n.º 046433, que se refere de forma inequívoca a discricionariedade imprópria, é nos dito que quanto ao tipo de controlo que “ (...) só existe controlo jurisdicional quando se verifique erro grosseiro ou manifesto na

²¹² Isto ocorre em países como a Alemanha, onde se tem vindo a denotar um tratamento de ambas as temáticas de forma similar, variando o problema aqui entre o dever ou não aceitar-se uma margem discricionária.

Já no direito espanhol os conceitos indeterminados não levam à discricionariedade, competindo à Administração arranjar a melhor solução possível no caso concreto. Assim, e tendo aqui em linha de conta a jurisprudência espanhola, não podemos encontrar nos conceitos indeterminados discricionariedade, não fazendo assim sentido a miscigenação conceitual.

²¹³ Existem autores, como RENATO ALESSI, que têm vindo a considerar a discricionariedade técnica como a “(...) junção de análise discricionária e matéria técnica (...)”, sendo sobre feitos juízos de oportunidade, tomando em consideração o interesse público. No entanto este autor não se fica por aqui, tendo vindo a aceitar ainda que existem critérios técnicos que não necessitam de qualquer base administrativa, sendo que nestes casos não se tem em consideração a ponderação do interesse último da Administração. *Cit.* ROCHA, Jaqueline, “Discricionariedade técnica e poder normativo das agências reguladoras brasileiras”, Universidade de Brasília, Brasília, 2002, p.29.

base da decisão administrativa.” O mesmo argumento é usado ao falarmos de “discricionariedade técnica” em inúmeros acórdãos. A título de exemplo, tal como ocorreu no primeiro acórdão mencionado, vejamos o Ac. STA de 08-05-1997, proc. n.º 015108 que nos diz ainda que por outras palavras, algo muito semelhante, e passo a citar “(...) é insusceptível de controle contencioso, salvo nos casos limite de erro manifesto ou de adopção de critérios ostensivamente inadmissível ou inaceitável.”

No nosso entender, e tendo em linha de conta que nos encontramos de frente para um ponto divergente na doutrina e que é igualmente separado na jurisprudência - ainda que encontre, no controlo judicial um ponto comum - parece-nos que nos encontramos em condições para responder à questão que levantámos neste ponto, sendo a resposta absolutamente negativa²¹⁴. No limite a “discricionariedade técnica” seria um subtipo da discricionariedade imprópria e nunca um sinónimo, ainda assim esta posição parece-nos bastante radical e por isso não adoptada entre nós.

4.3. O papel da “discricionariedade técnica” no âmbito da actuação das Entidades Reguladoras:

Muito já foi sendo dito sobre o âmbito da discricionariedade administrativa, em especial no contexto da “discricionariedade técnica”, tendo-se levantado os mais diversos problemas, desde da sua aceitação conceitual, até à sua inserção como verdadeira discricionariedade, não sendo por isso pertinente fazer uma dissertação, novamente, sobre essas questões. Como é sabido as entidades reguladoras, enquanto autoridades administrativas independentes, têm assumido, a nível mundial, uma importância que tem vindo num crescendo, não tendo sido contudo fácil o acompanhamento do direito nesse incremento, surgido assim os mais diversos problemas a crescer aos acima mencionados.

Feita esta breve nota ponderativa sabemos que um dos campos em que a areia se encontra mais movediça é o da discricionariedade, não sendo, portanto, fácil determina-la no que contexto das ARI. Ainda assim sabemos que a discricionariedade existe, delimitada pela lei, podendo advir de uma delegação legislativa, e não de uma atribuição directa

²¹⁴ É importante lembrar, ainda que estejamos a falar com base em decisões dos tribunais, que ao fazermos referência a um modo de controlo que tem por base única e exclusivamente o erro manifesto encontramos muitos problemas quanto ao nível das necessidades que se vão insurgindo no panorama nacional. Estamos aqui perante um instrumento que não é muito definido que permite aos tribunais um controlo total ou nenhum controlo sobre este tipo de decisões, consoante o caso e a vontade do próprio juiz.

normativa. Além do mais a vinculação à lei é uma das melhores e mais eficazes maneiras de controlo sobre as entidades reguladoras²¹⁵.

Há alguns ordenamentos jurídicos onde é aceite a perspectiva da existência da “discricionariedade técnica”, sendo o direito brasileiro o seu *supra sumo*, uma vez que encontra, diversas vezes, fundamentação legal para a sua afirmação, ligando de forma quase indissociável esta ao poder normativo das entidades reguladoras.

Ainda assim este ponto merece-nos um estudo mais aprofundado, não sendo o dito *in supra* muito conclusivo. Como consideramos a discricionariedade e a regulação têm andado de mãos dadas pelos mais diversos motivos, residindo o seu auge no espaço que é dado pelo próprio legislador às autoridades reguladoras para poderem tomar a decisão que melhor realiza a prossecução do interesse público. Dito isto, sabemos também que quando falamos de prática discricionária no seio das mesmas, a discricionariedade que muitas vezes tem aparecido a esta associada, sem qualquer desprimor para a discricionariedade legislativa e a discricionariedade regulamentar (estas sim tidas como verdadeiras formas de discricionariedade)²¹⁶, é a “discricionariedade técnica”, ainda que com todas as limitações já reconhecidas no primeiro ponto deste capítulo.

É importante não esquecer que quando fazemos referência à prática das autoridades administrativas independentes, por deterem esse carácter independente, são também pautadas ao lado da “discricionariedade técnica”, pela neutralidade, pelo seu carácter científico (onde residem grande parte dos problemas que temos vindo a analisar) e ainda pela sua pertença imparcialidade²¹⁷. Só olhando a estes conceitos conseguiremos depreender a real noção de discricionariedade técnica no âmbito da prática das entidades reguladoras. A neutralidade, como já referimos, reside, sobretudo, no facto das autoridades reguladoras terem que se manter afastadas de qualquer tipo de influência política. Esta neutralidade dá lugar, ao seu lado, a uma cada vez maior transparência na actuação dos entes administrativos. Nunca como hoje a Administração foi obrigada a prestar tantas contas na sua prática administrativa, em tantos momentos distintos da sua *práxis*²¹⁸. Quanto à pertença imparcialidade vamos novamente embater na ideia de não intromissão

²¹⁵ Sobre esta temática *vide infra* ponto 6.1.

²¹⁶ Sobre esta temática *vide supra* pontos 3.2. e 3.2.1.

²¹⁷ Cf. MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 115 e sgs.

²¹⁸ Cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, “Um novo direito administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 92 e 93.

do poder político, e também aqui dos regulados, na busca por decisões de cariz técnico. A procura por essas soluções de cariz técnicos devem deter apenas como influente a realização do interesse público.

Como vimos é no ponto da cientificidade que chocamos na relação entre a “discricionariiedade técnica” e a prática das entidades reguladoras, sendo sem sombra de dúvida o carácter técnico um ponto de foco no novo direito administrativo - podendo ainda ir-se mais longe, assumindo aqui a tecnicidade como uma característica imperativa nesta nova era do Direito Administrativo. Como é também sabido quem integra, os quadros das entidades reguladoras são, normalmente, sujeitos com vasto conhecimento técnico, sendo por isso muito dificultado o seu controlo. O que não significa, todavia, uma actuação não controlada, ainda que a doutrina divirja neste ponto²¹⁹. Há quem afirme, quanto a este ponto, que ao falarmos de discricionariiedade técnica que se trata de uma referência à actuação em que a decisão dos administradores é tomada, única e exclusivamente, pelos próprios sem que o poder jurisdicional possa ter qualquer prática. Havendo ao lado destes quem defenda que a Administração não é detentora de qualquer margem de apreciação, uma vez que se tratam de conhecimentos técnicos e científicos, sendo totalmente precisos e que, por isso, sobre eles só existirá um caminho certo que realize o interesse público.

Concluindo, a “discricionariiedade técnica” no âmbito da actuação das ARI encontra-se como muito mais presente do que a própria discricionariiedade administrativa. No nosso entender, e permitindo-nos a opinião, parece que quando inserimos na mesma frase entidades reguladoras e discricionariiedade somos prontamente remetidos para o conceito de “discricionariiedade técnica”.

4.4. A problemática dos conceitos indeterminados e dos conceitos técnicos:

Como já fomos podendo observar a prática discricionária (com tudo o que a envolve) está, inevitavelmente, associada à problemática dos conceitos indeterminados, e ainda que tenhamos já feito referência à mesma por diversas vezes, é agora pertinente fazer um estudo mais aprofundado sobre estes. Aqui iremos não apenas referir-nos a este ponto, mas também, e porque nos encontramos no capítulo referente à “discricionariiedade técnica”, fazer o paralelo entre esta e os conceitos técnicos.

²¹⁹ Sobre esta temática *vide infra* capítulo VI.

Os conceitos indeterminados²²⁰ parecem excluir, desde logo, na sua noção os conceitos determinados²²¹ e os conceitos técnicos ou científicos. Assim tornando-se simples assumir que ao falarmos de conceitos indeterminados não estaremos a referir-nos a conceitos técnicos ou científicos, estando assim perante concepções bastante distintas e que, por isso, actuando em dimensões paralelas. Ao falarmos de conceito técnicos ou científicos encontramos-nos perante conceitos que são parte “(...) de ciências exactas ou em relação as quais se [verifica] um consenso científico”²²². Parece que neste tipo de conceitos estamos perante denominações que não encontram qualquer tipo de indefinição normativa, ou nos quais a interpretação será suficiente para a sua designação, sendo comum afirmar-se que sobre estes é “(...) possível e legítimo um controlo total pelo juiz”²²³. Sendo desde já esta conclusão relativa ao controlo um problema no nosso estudo, uma vez que vai contra aquilo que tem vindo a ser afirmado sobre a incompetência dos tribunais para julgar sobre questões de pendor técnico.

Como já fomos aflorando, a “discrecionabilidade técnica” foi muitas vezes confundida com os conceitos legais indeterminados, algo que não nos parece, hoje, sustentável. Ainda que se defenda como forte possibilidade a conversão da discrecionabilidade técnica em conceitos indeterminados, acrescentando a estes os conceitos técnicos. Ao fazermos referência aos conceitos indeterminados surge a ideia de que estamos a fazer menção a uma valoração subjectiva, sendo claro que esta advém do ente que se encontra a usá-los. Quando falamos deste tipo de valoração parece que nos encontramos então a falar de uma verdadeira discrecionabilidade, uma vez que se tratam de pontos convergentes entre esta e os conceitos indeterminados, não podendo o juiz, em

²²⁰ Quando nos encontramos a fazer referência aos conceitos indeterminados estamos, em linhas gerais, a falar de conceitos que têm um elevado grau de indeterminação, estando numa linha paralela a estes, devido à sua determinação, os conceitos determinados. Como exemplo claro do que devemos entender por conceito indeterminado temos a noção de “interesse público” que, como é sabido, é das indeterminações conceituais que, entre nós, levanta mais problemas.

²²¹ Os conceitos determinados podem ser de dois tipos se tivermos como linha orientadora a forma de determinação. Assim, podem ser de forma explícita ou de forma implícita. Nos primeiros e como se pode antecipar, estamos perante conceitos como o de Centro de Saúde ou Hospital, já nos segundos estamos perante conceitos que não o enumeram directamente mas que estão inseridos no conceito. A estas equivalem noções conceituais ou funcionais. Quanto aos conceitos determinados podemos ainda destacar aqueles “(...) que estão indirectamente determinados por uma remissão à experiência, seja esta vulgar – comum -, ou técnica”. Encontrando-se também estes subdivididos em remissão expressa ou tácita, sendo que os segundos são os que mais nos importam, uma vez que são aqueles que devem ser utilizados por especialistas. *Cit.* SOUSA, António Francisco, “Conceitos indeterminados no direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 1994, p. 78 e 79.

²²² *Cit.* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.^a Ed., 2015, p.57.

²²³ *Idem.* p.57.

nenhum dos casos exercer controlo, pelo menos nos tramites normais. Todavia, não poderemos, de modo algum, achar que aos falarmos de discricionariedade administrativa nos encontramos a debater a temática dos conceitos indeterminados, por encontrar-mos as mais diversas semelhanças. Ainda que a discricionariedade administrativa possa resultar da emprego de conceitos indeterminados.

Os conceitos indeterminados insurgem-se como parte integrante da norma, ou seja, existem na previsão normativa, “(...) não têm outra função que não seja a de se tornar determinado, com a sua aplicação ao caso concreto”²²⁴. Esta afirmação vem, mais uma vez, confrontar o controlo judicial que pode ou não ser exercido nestes casos.

Tal como já havíamos afirmado anteriormente, os conceitos indeterminados, como nós defendemos, são susceptíveis de controlo por parte dos tribunais, uma vez que se trata da aplicação, no caso concreto, de apenas uma valoração correcta, sendo essa a que melhor prossegue o interesse público. Trata-se aqui de um verdadeiro momento vinculado na prática administrativa e não já de um momento discricionário, como ocorre na discricionariedade administrativa. Esta vinculação ocorre não só quanto à prossecução de determinado fim, mas também quanto à utilização mais correcta do conceito, outrora, indeterminado. Ainda assim, e porque se trata de uma valoração que ocorre no seio da Administração, sendo nesse momento da escolha uma valoração de pendor discricionário, os tribunais não deveriam intervir no seu controlo. É neste ponto, essencialmente, que os conceitos indeterminados e os conceitos técnicos encontram um ponto de conexão, uma vez que em relação a estes últimos, é quase unânime, quer na doutrina quer na jurisprudência, que se trata de um *campus* onde não pode, nem deve existir qualquer controlo judicial.

Há ainda quem defenda, dentro dos conceitos indeterminados, um role de outros conceitos, dentro os quais: conceitos descritivos, conceitos normativos, conceitos de valor e conceitos discricionários. Quanto aos primeiros referimo-nos a conceitos que são facilmente determináveis, ainda que o seu conteúdo não seja prontamente referido a quem o vai interpretar. Tratam-se aqui de conceitos que através de conhecimentos do homem médio ou de conhecimentos técnicos são facilmente percepcionáveis.

No que respeita aos conceitos normativos podemos dentro deles destacar três subcategorias, dentre as quais, conceitos normativos em geral, em sentido estrito e de valor. Aqui trata-se de uma noção que só de si não encontra concordância no seio da

²²⁴ *Cit.* SOUSA, António Francisco, “Conceitos indeterminados no direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 1994, p. 80.

doutrina, sendo por isso difícil, quase mesmo impossível, defini-lo de forma tão clara como a anterior. Nos conceitos normativos em sentido estrito abrangemos quase que o oposto dos conceitos descritivos, uma vez que se tratam de noções que, ao inverso do que ocorre com esses, não são de fácil percepção para o homem comum através dos sentidos, encontrando-se adstritas a estas normas jurídicas. Já no que tange aos conceitos normativos de valor falamos de conceitos semelhantes aos anteriores a que acresce uma valoração.²²⁵ Já os conceitos discricionários, que merecem aqui, com mais cuidado, a nossa atenção, isto porque conceitos discricionários podem, em muitos dos casos, confundir-se com discricionariedade e levar a uma, ainda maior confusão no que respeita à miscigenação de conceitos que se tem levantado, como já pudemos verificar²²⁶. Estes serão aqueles que se qualificam pela “(...) autonomia da valoração pessoal”²²⁷. É deste tipo de conceitos que, são considerados pela doutrina maioritária por indeterminados, que é atribuída à Administração o poder discricionário, não podendo, contudo, confundir-se os dois conceitos.

Quando falamos na distinção entre conceitos indeterminados e conceitos técnicos, como é bom de ver pelo que já foi dito *in supra*, estamos perante questões bem mais complexas no que respeita aos conceitos indeterminados do que no que concerne aos conceitos técnicos. Nos casos em que a aplicação dos conceitos indeterminados advém apenas da interpretação dos mesmos encontramos-nos perante uma normal forma de aplicação da lei, estando por isso submetido ao controlo dos TAF.

Ao fazermos referência aos conceitos técnicos, pelo facto de nos encontrarmos perante um tema ainda pouco estudado, ainda que seja muitas vezes falado, não encontramos muita informação sobre o mesmo. Ainda assim, podemos hoje encontrar entre nós, ainda que não seja referente ao nosso trabalho, um decreto regulamentar que se refere precisamente a conceitos técnicos no seio do direito do urbanismo e ordenamento do território. Falamos aqui do Decreto Regulamentar n.º 9/2009 de 29 de Maio, onde no seu preâmbulo faz precisamente referência ao uso deste tipo de conceitos para evitar a confusão conceitual ou uso de conceitos indeterminados²²⁸. Assim, ao olharmos a este

²²⁵ Cf. *Idem* p. 25 e sgs.

²²⁶ Vide mais sobre esta temática *in* ponto 3.1.

²²⁷ Cit. QUEIRÓ, Afonso, “Lições de Direito Administrativo I”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1976, p.585.

²²⁸ Para sermos mais precisos referimo-nos, e passo a citar, à seguinte passagem “Pretende-se, assim, através do presente decreto regulamentar, evitar a actual dispersão e imprecisão de conceitos utilizados por

decreto encontramos uma visão prática daquilo que tem vindo a ser dito por nós. Mais, acresce aqui a questão, que muito nos importa, da vinculação, sendo claro no seu artigo n.º 3 que nos refere que a utilização deste tipo de conceitos é obrigatória nos instrumentos de gestão territorial, não havendo aqui qualquer espaço para uma liberdade de apreciação.

instrumentos de gestão territorial, nomeadamente o recurso a expressões que não são objecto de definição, a utilização do mesmo conceito com diferentes significados ou do mesmo instituto jurídico com diferentes designações, bem como a utilização de conceitos indeterminados ou incorrectos.”

CAPÍTULO III

5. Princípios que geram problemas neste contexto

5.1. Princípio da separação de poderes: Uma nova perspectiva?

Como já fomos podendo observar, no decorrer do nosso estudo, muitas tem vindo a ser as questões levantadas no amago da prática discricionária, mais precisamente no que respeita à actuação das entidades reguladoras. Um sector primário desses problemas é, sem qualquer margem para dúvidas, a mutação dos princípios que regem, por norma, um Estado de Direito democrático.

O princípio que tem sido alvo de maiores perguntas é o da separação de poderes, sendo por isso pertinente, no nosso *case study*, analisar a sua continuidade e se, essa ocorrendo, em que consequências se traduz. Contudo, é da mais suma importância fazer, desde já, uma nota quanto a este princípio. O maior problema no que a ele diz respeito reside, sobretudo, nos diferentes entendimentos que vão surgindo relativamente ao mesmo o que, só *per si*, seria problemático, isoladamente. Este dilema, associado às normais modificações do direito, levantam um cem número de impasses e indecisões quanto ao seu actual contorno.

Como é de conhecimento geral as linhas orientadoras deste princípio surgem-nos às mãos de MONTESQUIEU, aquando das revoluções liberais, onde se destacou o papel da Revolução Francesa de 1789²²⁹. Este pensador falava, pela primeira vez, deste princípio no seu livro “Espírito das Leis”, ainda que antes deste, pensadores como JONH LOCKE já tivessem dado os primeiros passos na temática.

Em linhas muito gerais, pretendia defender-se com este princípio, e tal como o próprio nome deixa antever, a existência de uma tripartição entre os poderes do Estado - executivo, legislativo e judicial - sendo claro que no ponto de vista de MONTESQUIEU estes poderes deveriam ser exercidos por órgãos distintos, para que não se caísse na tentação de se incorrer num controlo de todos os poderes por um único órgão. Não podemos olvidar que este ideal surge como forma de combate de um Estado absoluto, ao permitir que todos os poderes fossem submetidos a controlo pelo mesmo ente estar-se-ia a manter a estrutura do regime, pretendendo-se contrariar esta lógica. Claro é que, nesta primeira concepção, estaríamos perante uma tripartição muito diferente daquela que ocorre hodiernamente. O

²²⁹ O princípio da separação de poderes assumia, à data, tamanha importância que ficou consagrado no artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

executivo caberia ao rei, o legislativo seria sempre invocado pelo primeiro e seria constituído por duas partes: uma composta por sujeitos nobres e outra por pessoas do povo, ao passo que o judicial deveria ser adaptado a cada caso, o que, já à data, gerou alguma polémica em torno do princípio da igualdade²³⁰. O poder legislativo reflectia-se na capacidade para criar leis, podendo corrigir as que já se encontrassem em vigor; o poder executivo seria o poder de “fazer a paz ou a guerra”; e o poder judicial seria o poder de julgar.

O mais importante para o pensamento de MONTESQUIEU seria a separação entre a edição das leis e a execução das mesmas, quer quanto ao órgão, quer quanto à pessoa. Para o poder judicial ficava apenas a concretização das leis, isto é, a aplicação das mesmas, passando a ser um mero autómato dos restantes poderes. Parece, todavia, que hoje será quase impossível, pelos problemas que nos foram surgindo ao longo do nosso estudo, a aplicação prática desta “teoria pura da separação de poderes”²³¹.

É ainda tido como cultura geral que foi sobre a forte influência de LOCKE e de MONTESQUIEU que decorreu a primeira redacção da constituição norte-americana, ainda que tenha havido uma descomplicação orgânico-funcional das propostas apresentadas pelo segundo pensador. Foi então, e sem nos alongarmos, muito mais, no enquadramento histórico da temática²³², foi com base na constituição americana que vimos consagrado, pela primeira vez, de forma sólida, o princípio da separação de poderes.

Presentemente, este princípio não aparece de forma autónoma, surgindo associados a este outros princípios como, por exemplo, o da competência²³³. Ditas as coisas deste modo podemos incorrer no erro de deprendermos que se trata de um princípio

²³⁰ Cf. MONTESQUIEU, “De L’Esprit des Lois”, Tome premier, Ernest Flammarion Éditeur, Paris, 1796 p.169 e sgs.

²³¹ Cit. CAROLAN, Eoin, “The new separation of powers”, Oxford, New York, 2009, p. 18. (tradução nossa).

²³² Foi no século XVIII que o poder legislativo cresceu de forma abismal, sendo neste poder que se iam concentrando as principais funções de índole estadual. Por isso, e para que não pudessem haver quaisquer usurpações de poder, foram surgindo várias opiniões. De um lado tínhamos quem se apoiasse na teoria da constituição mista, que detinha um cariz mais liberal, do outro lado aqueles que se caracterizavam pela matriz, essencialmente, democrática. A primeira é muito marcante uma vez que se associava à ideia “de balança dos poderes de freios e contrapesos, também aqui havendo duas correntes distintas. Primeiramente, estamos perante um tipo intra-orgânico, onde a balança de poderes reside no poder legislativo. Já numa segunda fase passa a tratar-se de um tipo interorgânico onde existia igualdade entre os três poderes no respeitante à constituição, traduzindo-se isto no controlo recíproco entre poderes. Cit. PIÇARRA, Nuno, “A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução”, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 79.

²³³ O princípio da competência caracteriza-se por cada órgão público apenas ser detentor das competências que lhe sejam atribuídas por lei, não sendo possível qualquer aproveitamento de competências que sejam, por lei, atribuídas a outro órgão.

de fácil compreensão, mas é importante que este não seja encarado de uma forma tão leviana, sendo, por isso, essencial olhar aos três sentidos que podemos, actualmente, recolher do mesmo, sendo eles: o sentido político; o sentido material; e o sentido organizatório.

No que tange ao primeiro, e tal como o próprio nome deixa antever, o problema situa-se na soberania, ou melhor dizendo, a quem é atribuída a titularidade dos poderes. Ora, esta eustão apenas faz sentido ao olharmos para sistemas mistos ou dualistas, e não já a sistemas monistas onde não existe qualquer separação de poderes. No respeitante ao segundo sentido, queremos fazer menção às funções do Estado, e em como as devemos caracterizar materialmente. Numa primeira fase, e tal como já aludimos essa divisão era feita da forma clássica, dividindo-se os poderes em legislativo, executivo e judicial. Presentemente, tem-se vindo a falar não já numa tripartição de poderes mas, sim, numa divisão quadripartida dos poderes, sendo o último a função política. No sentido organizatório o importante é, tal como o próprio nome indica, a organização do Estado, podendo esta existir, ao contrário do que ocorre no sentido político, quer em sistemas dualistas quer em sistemas monistas.

Aparenta fazer, hoje, sentido, com a evolução e associação do Estado de Direito democrático a este princípio, falar-se de uma corrente doutrinária de *check and balances*. Esta traduz-se numa ideia muito simples: havendo lugar ao exercício do poder discricionário, independentemente do poder a que nos estejamos a referir, estes mesmos poderes deverão, em simultâneo, servir de entidade fiscalizadora. O ideal que reside nesta teoria é o de que, desta maneira, evitar-se-iam quaisquer tipo de usurpações de poderes, mantendo-se o equilíbrio entre os diversos poderes coabitantes.

Desta maneira podemos concluir que o constitucionalismo actual²³⁴ dá destaque a duas novas dimensões do princípio da separação de poderes. De uma lado, sendo esta a dimensão negativa, vê no princípio “(...) a separação como «divisão», «controlo» e «limite» do poder”²³⁵; do outro lado, temos uma dimensão positiva que se caracteriza pela

²³⁴ Ao falarmos de princípio da separação de poderes há que ter em consideração que falamos dele quer como princípio constitucional, quer como uma doutrina política, sendo que aqui nos vamos debruçar sobre o primeiro tipo, ainda que tenhamos feita uma intensa análise da questão doutrinal aquando da evolução histórica do princípio.

²³⁵ *Cit.* GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, Coimbra, 7.ª Ed., 2003, p. 250.

“(...) separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões eficazes e materialmente justas.”²³⁶

Falta ainda mencionar, ao proferirmos este princípio que, no campo do Direito Administrativo, aquilo que realmente nos importa, é que este “(...) visou a separação entre a Administração e a Justiça (...)”²³⁷, fazendo isto com que as funções não se miscigenassem. Não é estranho pensar assim olhando à CRP, no seu artigo 111.º, fazendo este referência inequívoca “(...) à separação e interdependência entre órgãos e funções”²³⁸.

Formada esta reflexão podemos agora fazer um paralelismo com aquele que nos parece ser o maior problema no que respeita à ligação deste princípio com as entidades reguladoras: o poder normativo das entidades *versus* princípio da separação de poderes²³⁹.

Como fomos vislumbrando, ao longo do nosso trabalho, são cada vez mais os problemas que se insurgem no âmbito do poder normativo das entidades reguladoras, não havendo uma opinião unânime, quer na doutrina, quer na jurisprudência, sobre a sua extensão. Destarte, tem vindo a achar-se, de um modo geral, que trata de um quarto poder, já não valendo a tríade clássica entre o legislativo, executivo e judicial. Por outras palavras, já não fazendo sentido a rigidez com que outrora se olhava a esta tripartição.²⁴⁰ Poderia parecer que no âmbito do poder legislativo só os órgãos que se encontram, naturalmente, habilitados para criar leis (Governo e Parlamento) o poderiam fazer, mas, hoje, não se logra olhar de forma tão estanque, podendo falar-se de uma “delegação” em algumas matérias, não deixando, contudo, o legislador de ser detentor desse poder. Ainda assim, seria absolutamente desacertado fazer um enquadramento da função normativa das

²³⁶ *Idem.* p.250.

²³⁷ *Cit.* FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, vol.II, Almedina, Coimbra, 2012, 2.ªEd., p.17.

²³⁸ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos. Direito Administrativo. Textos e casos práticos resolvidos”, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2015, p. 27.

²³⁹ No princípio da separação de poderes podemos considerar que se trata da separação horizontal de um lado (aquela que nos permite distinguir, no interior das funções do Estado, entre as várias funções) e a separação vertical do outro, apesar de esta constituir característica habitual dos Estado Federais. Esta é especialmente importante no que respeita à descentralização, demonstrando-se o seu relevo prático na atribuição de poderes exclusivos a órgãos regionais e locais. Este pragmatismo agiganta-se quando falamos da função legislativa e até da própria função administrativa.

²⁴⁰ São muitos os autores que têm vindo a defender que não se trata de uma verdadeira quebra do princípio da separação de poderes, mas antes sim de uma modificação que aparece como sendo natural numa sociedade que evolui, que não é estanque. Há quem sustente que se trata de uma evolução natural, do princípio, uma vez que “(...) o Executivo sempre foi incumbido de tratar de questões conjunturais”. Outros baseiam-se no que referimos primeiramente, não sendo mais que uma consequência da alteração da sociedade. *Cit.* ROCHA, Jaqueline, “Discricionariedade técnica e poder normativo das agências reguladoras brasileiras”, Universidade de Brasília, Brasília, 2002, p. 37.

entidades reguladoras na função legislativa. “Não se pode enquadrar a função normativa das agências reguladoras como modalidade de delegação legislativa”²⁴¹.

Os problemas que se têm sublevado no concernente a esta temática levam-nos a pensar que já não fará sentido a defesa dos *checks and balances* mas sim a “(...) a ideia de confiança ou fideducía”²⁴²

5.2. Princípio da legalidade:

O princípio da legalidade é um dos princípios estruturais, tal como ocorre no estudado anteriormente, de um Estado de Direito democrático, agigantando-se a sua importância quando estudado em conjunto com a discricionariedade administrativa. Este paralelo princípio da legalidade - discricionariedade administrativa “(...) permite-nos constatar os reflexos das situações de crise económica no direito administrativo e o seu papel nessas situações”²⁴³, sendo aqui reflectida a sua maior magnitude.

Contudo, e antes de começarmos a fazer a análise que realmente se avoluma neste ponto, é importante fazer um enquadramento quanto ao princípio em si mesmo. O que devemos entender por princípio da legalidade²⁴⁴? Trata-se da sujeição da Administração e, consequentemente, da actividade administrativa, à lei²⁴⁵. Assim, a lei deve, sempre, ter um âmbito de actuação mínima em que define as competências relativamente aos órgãos, devendo esta ainda especificar quais os interesses públicos em apreço, em determinado contexto. Ao mencionarmos o âmbito de actuação mínima temos de levar em consideração que estamos a fazer referência apenas ao que nos é imposto pelos princípios normativos havendo, ao lado desta delimitação mínima, momentos em que o legislador “ (...) circunscreve os [seus] poderes para ajuizar à luz de critérios de oportunidade e

²⁴¹ *Cit.* CABRAL FERRAZ, Conrado, “O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio constitucional da separação dos poderes”, EMERJ, Rio de Janeiro, 2009, p. 18.

²⁴² *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A discricionariedade administrativa: reflexões...” in *O Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 630.

²⁴³ *Cit.* COSTA, António Augusto, “A erosão do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa”, Publicações CEDIPRE Online – 12, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto 2012, p.1.

²⁴⁴ Sobre a noção do princípio da legalidade vide, a título de exemplo, SOARES, Rogério, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, Coimbra, 1982.

²⁴⁵ “A compreensão normativa da discricionariedade é, então, uma consequência do próprio ordenamento, pois a legalidade administrativa cria um dever ser que implica a existência mínima d uma norma para qualquer acção.” *Cit.* DUARTE, David, “A norma da legalidade procedimental administrativa”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 462, nota de rodapé n.º 6.

conveniência”²⁴⁶, sendo, neste último momento, que serão fixados os limites à discricionariedade administrativa.

Este princípio emergiu (sem nos querermos aqui alongar quanto à sua evolução histórica²⁴⁷) conjuntamente com o nascimento do direito administrativo, percebendo-se, deste modo, a importância que assume no seu seio, embora este já existisse, anteriormente, ainda que sem qualquer dependência relativamente ao direito público. O princípio da legalidade desponta, desta forma, na época das revoluções liberais²⁴⁸, no romper do século XIX, “(...) e [com] a instituição do Estado de Direito de Legalidade Formal.”²⁴⁹ Já a esta data o princípio se subdividia em dois subprincípios: o do primado da lei (em sentido negativo) e no da reserva de lei (que aparecia tripartido em : reserva orgânico-formal, funcional e material) que, como iremos ver mais adiante, se afiguram, igualmente, importantes na actualidade. Porém, este princípio vem a sofrer alterações de maior no decorrer do século seguinte²⁵⁰, avolumando-se a participação do legislador, ainda que, muitas vezes, não o fizesse da maneira mais correcta por falta de conhecimento relativamente às mais diversas temáticas. Daqui advieram um role infundável de problemas ao nível de lacunas legislativas existindo, portanto, um *boom* em matérias como a dos conceitos indeterminados. Destarte, parece lógico que a Administração viesse, de uma maneira ou de outra, a preencher essas lacunas, crescendo de forma exponencial o poder discricionário concedido à Administração Pública, ainda que numa primeira fase pudesse não ter sido intencional.

²⁴⁶ Cit. MONIZ, Ana Raquel, “A discricionariedade administrativa: reflexões...” in O Direito, Almedina, Coimbra, 2012, p. 612.

²⁴⁷ Vide por todos: FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, Vol.II, Almedina, Coimbra, 2012, 2.ªEd., p. 52 e sgs.

²⁴⁸ Nesta altura, e tal como ocorre no seio do princípio da separação de poderes, há uma forte influência de pensadores como Montesquieu e, a esta data, o poder legislativo seria o fundamento de todas as outras formas de governo. Para Montesquieu a liberdade caracterizava-se “(...) pelo direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem”. *Apud.* OTERO, Paulo “Legalidade e Administração Pública- O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade”, Almedina, Coimbra, 2003, p. 49.

²⁴⁹ Cit. COSTA, António Augusto, “A erosão do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa”, Publicações CEDIPRE Online – 12, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto 2012, p. 2.

²⁵⁰ Antes de nos referirmos às alterações decorridas no âmbito deste princípio é importante perceber que a Administração se “(...) deveria mover dentro dos limites traçados pelas leis votadas na assembleia legislativa (...)”. Falava-se a esta data de uma verdadeira “Administração Condicionada”, só passando num período mais tardio a tratar-se de uma “Administração condicionante”, como iremos ver mais adiante no nosso estudo. Cit. CAETANO, Marcello, “Manual de Direito Administrativo”, vol. I, Almedina, Coimbra, 10.ª Ed., 1990, p. 29.

Ainda no leque de alterações decorridas no espaço da evolução do princípio podemos referir que se assistiu a “(...) uma alteração do conceito material de lei”²⁵¹, assumindo esta já não um papel unitário, em que apenas protegia a esfera jurídica dos cidadãos, passando, a esta data, a determinar também o interesse público. Desta forma, a lei tinha-se como pressuposto e fundamento da actuação administrativa, e não apenas um limite, algo que ocorria no período anterior.

Como já nos inteiramos o poder administrativo encontra-se vinculado à lei, ou seja, aparece por ela limitado, podendo esta vinculação ser mais ou menos apertada consoante o caso em apreço, variando em proporção o nível de discricionariedade a ele adjacente. Assim, e tal como já havíamos concluído aquando do nosso estudo sobre a discricionariedade, vamos encontrar, no uso do poder administrativo, simultaneamente momentos vinculados e momentos discricionários. É por isso comum afirmar-se que nenhum acto é totalmente vinculado, nem totalmente discricionário, havendo miscigenação entre ambos, ainda que sempre delimitados pela lei.

Entre nós, o princípio da legalidade na Administração, encontra consagração legal no artigo 266.º, nº 2 da CRP, onde nos é dito que “os órgãos e os agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei”. Esta confirmação “(...) limita mas não exclui a discussão sobre o tipo de norma jurídica em que deve estar autorizada a actuação administrativa (...)”²⁵². Conquanto, tem-se vindo a reconhecer que seja qual for a natureza do acto, ele terá sempre de encontrar fundamentação substancial na lei.

Ainda quanto ao princípio da legalidade é importante não esquecer a velha máxima de que “não há regra sem excepção”, não fugindo este preceito à sabedoria popular. A larga maioria doutrinária tem concordado no sentido de enquadrar, no âmbito das excepções, as seguintes: a teoria do estado de necessidade, a teoria dos actos políticos e o poder discricionário, sendo que estes dois últimos não se configuram como verdadeiras excepções²⁵³.

Presentemente, mais do que nunca, fala-se de uma crise no âmbito do princípio da legalidade, dando-se a esta o nome de “crise da legalidade estrita”, consequência de um

²⁵¹ *Cit.* Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2016, p. 114.

²⁵² *Cit.* NUNES VICENTE, Marta, “A quebra da legalidade material na actividade normativa da regulação económica”, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 55.

²⁵³ *Vide* mais sobre a temática in FREITAS DO AMARAL, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, vol.II, Almedina, Coimbra, 2012, 2.ª Ed., p. 60 e sgs.

cada vez mais complexo delimitar da sua abrangência, levantando-se diversos problemas no âmbito da sua compreensão. Esta incapacidade de entendimento deve-se, principalmente, ao facto de as mutações decorrentes no seio da sociedade serem tantas e tão rápidas que se torna, extremamente, complexo abarcar na lei todos os fenómenos que vão aparecendo na sociedade. Aliado a este problema surgem outros como o da globalização, que vêm por, muitas vezes, em causa o papel do Estado como soberano, ou melhor dizendo, como criador de direito, falando-se assim de um novo conceito o de *governance*. Deste modo, existe um cada vez maior número de normas de *soft law*, tornando-se muito difícil delimitar a actuação da Administração, fixando-se apenas critérios muito ténues. Assim passa a vislumbra-se um grande espaço para a actuação discricionária da mesma. Contudo, não se verificam estes problemas em todos os países, sendo o caso alemão um bom exemplo disso.

Quanto à prática regulamentar, que é a que realmente nos importa, o princípio da legalidade embora tenha vindo a ser paulatinamente desvalorizado, “(...) não permite que o obliteremos enquanto fundamento (...) [do mesmo], embora postule o respectivo recentramento a uma nova luz”²⁵⁴. A relação existente entre o legislativo e o poder regulamentar tem na sua base o princípio da separação de poderes, já aqui estudado, onde o legislativo se afigura como originário, ao passo que o poder regulamentar, advém de uma necessária habilitação legal do primeiro, surgindo, estes, em segundo plano.

É na lei que o regulamento encontra o seu fundamento directo, ou melhor dizendo, no princípio da legalidade, tal como podemos verificar no artigo 112.º, n.º 7 da CRP. É, todavia, importante não partir do pressuposto, como ocorria outrora, de que a atribuição de poder discricionário seria condição suficiente para a prática do poder regulamentar. Esta teoria é hoje implausível, sendo a discricionariedade e o poder regulamentar questões bem distintas, ainda que o legislador possa, através da atribuição do poder discricionário, conceder um poder que se destine à criação de regulamentos.

Em suma, o princípio da legalidade, quanto olhado em consonância com o poder regulamentar e discricionariedade, levanta importantes questões que, antigamente, eram vista de maneira muito distinta. Sem embargo, é na lei que o poder regulamentar encontra

²⁵⁴ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “A recusa da aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidez”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 43.

o seu fundamento, sendo esta temática associada à problemática da deslegalização uma vez que hoje a “(...) a lei permite a sua alteração futura por regulamento.”²⁵⁵

5.2.1. Os subprincípio do primado da lei e da reserva de lei:

O princípio do primado da lei é, tal como já foi aditado *in supra*, um subprincípio do princípio da legalidade, ainda que mereça a sua autonomização.

Numa fase inicial tratava-se de um princípio que apenas era vislumbrado no seu sentido negativo, traduzindo-se numa prática administrativa automática da lei, isto é, a Administração não poderia praticar qualquer acto que fosse contra o que estava disposto na lei. Por outras palavras a Administração não podia agir *contra legem*, não logrando, deste modo, ir contra o que havia sido decidido pelo Parlamento, no respeitante às leis. Estas afirmações vêm alcançar o que já havia sido mencionado, isto é, a lei era apenas limite da actuação administrativa, devido ao único sentido (negativo) que se retirava deste princípio, não sendo assim fundamento e pressuposto.

Tal como será fácil perceber este entendimento seria, no mínimo, redutor e, por esse mesmo motivo, houve necessidade de aliar este a um outro subprincípio, do princípio da legalidade, o da reserva de lei. Este definiu o espaço em que apenas o parlamento poderia emitir leis de carácter inovatório, sendo que esta afirmação apenas faz sentido no computo da propriedade e liberdade dos cidadãos²⁵⁶. Com base neste ideal, a Administração via-se vedada na criação de disposições com carácter inovatório no respeitante a estas matérias, podendo apenas a lei parlamentar ser base de novas disposições. Assim, a Administração apenas penetrava nesta área quando provida de autorização legal expressa por parte do Parlamento, sendo a actuação apenas executiva e não legislativa. Faz, agora, sentido falar-se na tríplice reserva referida no ponto anterior. Tratava-se de uma reserva orgânica porque apenas um órgão é competente no domínio normativo, o Parlamento; de uma reserva funcional porque a prática normativa residia apenas na emissão de normas gerais e abstractas criadas pelo Parlamento; e de uma reserva material porque há uma coincidência entre leis e normas jurídicas²⁵⁷.

²⁵⁵ Cit. MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos de direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2015, p. 97.

²⁵⁶ Cf. Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2016, p 113.

²⁵⁷ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.ª Ed., 2015, p. 48.

A esta data, tudo o que não existisse numa lei vinculante à Administração poderia ser alvo de actuação livre, ou seja, poderia ser objecto do poder discricionário, sendo, deste modo, externo a qualquer controlo por parte do poder judicial.

Hodiernamente, quer um, quer outro princípio são alvo de entendimentos algo diferentes dos *supra* mencionados. No respeitante ao princípio do primado da lei não podemos falar de uma real alteração, mas antes sim de um aditamento que levou a uma melhoria do mesmo. Continuamos a ter um sentido negativo, nos moldes já referidos, isto é, a lei continua a ser limite da acção administrativa, mas a este sentido acresce, agora, que a lei passa a ser fundamento e pressuposto da actuação administrativa. Assim, além de ser limite, podemos falar agora de um sentido positivo do princípio do primado da lei, definindo a lei os fins a prosseguir e quais os órgãos competentes para o fazer. O princípio da prevalência da lei é, em palavras muito simples, a exaltação do poder da lei parlamentar (entenda-se lei deliberada e aprovada pelo Parlamento) relativamente a quaisquer actos da Administração, independentemente de se tratarem de actos administrativos, regulamentos ou outros.

Já no que concerne ao princípio da reserva de lei podemos fazer menção não a uma melhoria do mesmo, mas sim de uma real alteração, visto que deixa de ter um sentido prático-normativo a tripla reserva de que nos fala VIEIRA DE ANDRADE. No respeitante à reserva orgânica assistimos a uma extensão, já não é só o Parlamento o detentor da competência legislativa, ao lado deste aparece, agora, o Governo que passa a partilhar competências, ainda quem em níveis distintos com o Parlamento. No que tange à reserva funcional há uma perda de sentido, a reserva de lei já não se cinge apenas às temáticas de propriedade e liberdade dos cidadãos havendo, também aqui, um alargamento, passando a ser englobadas outras matérias. Já no que diz respeito à reserva material há uma extinção, já não fazendo qualquer sentido fazer coincidir o direito com a lei.

Presentemente, e olhando à nossa lei fundamental, faz sentido falar-se numa “repartição de poderes legislativos”²⁵⁸, no que à reserva de lei diz respeito, entre dois órgãos: o Governo e a Assembleia da República²⁵⁹. Passa assim a existir um maior número de leis o que resulta uma maior vinculação da Administração à lei, sendo os espaços

²⁵⁸ *Cit.* Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2016, p. 116.

²⁵⁹ Para confirmar o que acabámos de dizer basta olharmos aos artigos 164.º e 165.º da CRP que se referem, respectivamente, à reserva absoluta e reserva relativa da competência legislativa, como podemos ler na epigrafe dos mesmos artigos.

discricionários cada vez menores, devido à densidade legal existente. Podemos assim concluir que a reserva de lei vem determinar a base legal sob a qual actua a Administração, sendo que quanto a este ponto a doutrina não tem sido unanime²⁶⁰.

Em suma, o princípio da reserva de lei vem dizer que “(...) as restrições feitas aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta”²⁶¹.

5.3. Princípio da Juridicidade:

Como já pudemos ir vislumbrando as mutações que resultam do decorrer do século XX levaram a uma alteração no entendimento do sentido da lei, passando assim a haver “(...) uma ampliação e diversificação das relação entre a Administração e o Direito (...)”²⁶². Feita esta asserção parece prudente afirmar que, nos dias de hoje, já não fará total sentido fazer-se menção ao princípio da legalidade enquanto princípio propriamente dito mas, ao invés disso, passa a ser, apenas, a representação do que é a subordinação da Administração à lei. É quase possível, presentemente, decalcar o princípio da legalidade no da juridicidade, sendo este facto evidente nos termos da lei. Para tanto basta olharmos ao artigo 3.º do CPA, que tem como epígrafe “princípio da legalidade” e refere exactamente esta ideia de subordinação da Administração à lei dizendo, e passo a citar, que “os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito (...)”. A mesma ideia pode ser retirada do artigo 266.º da CRP, este que faz menção aos princípios fundamentais que regem a Administração Pública, sendo de dar destaque neste artigo ao seu n.º 2.

O alargamento na relação da Administração com o direito traduz-se numa consequência de maior no que toca ao controlo da legalidade da actuação por parte da Administração, visto que não está aqui abarcada apenas a legalidade, mas também a totalidade da juridicidade.

²⁶⁰ Parte da doutrina defende que deveria existir uma dilatação do princípio, ainda que não na sua totalidade. Diz sim que deveria passar a haver uma delimitação legislativa nas matérias mais importantes, fazendo, deste modo, com que a Administração ficasse ainda mais vinculada na sua actuação.

A outra parte da doutrina diz que ao existir uma reserva total da lei a Administração passaria a estar em todos os casos vinculada à lei, havendo nesta doutrina um entendimento da lei como acto legislativo, sendo que arranjam fundamentação legal no artigo 3.º do CPA. Cf. Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2015, p. 116 e sgs.

²⁶¹ *Cit.* GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, Coimbra, 7.ª Ed., 2003, p. 256.

²⁶² Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.ª Ed., 2015, p. 49.

Neste contexto avultam-se outros tantos princípios fundamentais materiais como os da imparcialidade, igualdade, proporcionalidade, justiça e boa-fé²⁶³, que mais não são do que concretizações do princípio em estudo. Todos eles são muito relevantes na nossa análise, posto que a sua especial importância se manifesta no contexto do uso de poderes discricionários.

A superação da ideia tradicional que se tinha sobre o princípio da legalidade teve uma grande reflexo, como já estudamos, na temática da discricionariedade administrativa. “Anteriormente a discricionariedade administrativa era vista como uma zona livre do direito, de liberdade natural, ou de poder originário da administração, em que ela actuaria livre de controlo judicial”²⁶⁴. Contudo, devido às alterações decorridas passou a ser necessária a abertura do entendimento de discricionariedade, transitando, esta, para o entendimento “ (...) como a concessão à Administração de poderes próprios para resolver casos concretos”²⁶⁵.

²⁶³ Todos estes princípios se afiguram muito importantes no âmbito do princípio da juridicidade uma vez que passam a ser os orientadores de toda a actividade administrativa, sendo por isso importante fazer um estudo mais aprofundado, ainda que em linhas muito gerais, sobre cada um deles.

No que respeita ao princípio da imparcialidade há que destacar a sua importância não em relações interorgânicas, mas sim nas relações entre a Administração e particulares, sendo a sua primordial função verificar se, em determinado processo, foram, ou não, prosseguidos os interesses quer públicos, quer privados que demonstrem ser relevantes no caso (vertente objectiva). Contudo este princípio não se esgota aqui pois temos ainda de destacar uma vertente subjectiva “ (...) que exige a imparcialidade do agente ou decisor.”. Este princípio encontra-se consagrado no artigo 9.º do CPA, sendo que na sua segunda dimensão devemos olhar ainda aos artigos de 69.º a 76.º do CPA.

Também o princípio da igualdade assume diversas funções, regendo-se pela máxima de que a Administração “(...) não [pode] privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever ninguém (...)” (artigo 6.º do CPA) “(...) que se [encontre] em circunstâncias objectivas distintas”. Este é, sem sombra de dúvida, um dos princípios que mais assume relevo no âmbito discricionários, uma vez que a Administração deve sempre seguir critérios de escolha parecidos a nível substancial, sob pena de ocorrer em violação do princípio.

O princípio da proporcionalidade encontra-se entre nós consagrado no artigo 7.º do CPA, que nos diz no seu n.º 1, de forma clara que quando a Administração se encontrar na prossecução do interesse público deve sempre ter comportamentos adequados aos fins que está a prosseguir. Como já trata-se aqui de um princípio denso pois dentro deste podemos ainda destacar três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da adequação em sentido estrito. É aqui fácil depreender que do n.º1 já mencionado fazemos referência ao primeiro dos subprincípios, não nos parecendo aqui relevante explicar mais a fundo estes subprincípios uma vez que não são o nosso objecto de análise.

O princípio da justiça encontra também consagração legal no CPA no artigo 8.º. Aqui defende-se que deve haver um entendimento deste como um princípio unitário, isto é, um princípio que abarca os restantes, uma vez que uma decisão justa será aquela que atende a todos os outros princípios.

Por último, e não menos importante, falta-nos fazer menção ao princípio da boa-fé, também ele com consagração legal no CPA, desta feita no artigo 10.º, que é claro no seu sentido. *Cit.* Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2016, p. 117 e sgs.

²⁶⁴ *Cit.* COSTA, António Augusto, “A erosão do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa”, Publicações CEDIPRE Online – 12, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto 2012, p. 8.

²⁶⁵ *Cit. Idem.* p. 8

Em suma, o princípio da juridicidade traz-nos a ideia de que “(...) em termos materiais e procedimentais, a Administração Pública só pode fazer aquilo que resulta permitido pelas normas, equivalendo o silêncio destas a uma regra de proibição de agir (...)”²⁶⁶.

²⁶⁶ *Cit.* OTERO, Paulo, “Manual de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2014, p. 367.

CAPÍTULO IV

6. Controlo Administrativo e Judicial sobre a actuação das Entidades Reguladoras

6.1. Relações jurídicas administrativas:

Pareceu-nos importante, no nosso estudo, ao introduzir a temática do controlo judicial sobre as entidades reguladoras, deixar um espaço, ainda que não muito extenso, para análise dos normais meios de controlo existentes no seio da própria Administração, dando alguma atenção ainda às relações jurídicas dentro da mesma. Com este último ponto queremos, ainda que pareça não ser racional, demarcar as entidades reguladoras dos restantes entes administrativos, para que se tenha real noção da força da sua independência.

Como sabemos, dentro da própria Administração, por se tratar de uma Administração Pública que funciona numa estrutura hierarquizada, configuram-se várias formas de controlo as quais, inclusive, já fomos referindo em pontos anteriores, ainda que a título sumário. Falamos aqui de meios de controlo dentro das relações interorgânicas e intersubjectivas²⁶⁷ administrativas como: hierarquia administrativa, superintendência e tutela. Inserindo neste ponto, ainda que não seja uma forma de controlo dentro da Administração, o controlo judicial, para que se possa demarcar a diferença entre ambos.

Passando agora ao que nos propusemos a analisar neste ponto, e feita que está a nota introdutória diversificadora, para que não surjam confusões dentro da temática, pensamos que se possa, agora, passar a uma análise mais detalhada sobre os meios de controlo no âmbito da Administração. Para tanto, e para facilitar a compreensão, vamos seguir a ordem mencionada *in supra*.

Quanto à hierarquia²⁶⁸, também entendida como direcção administrativa, estamos perante um meio de controlo que surge no seio da própria administração sendo definida como “(...) relação de supra-infraordenação entre dois órgãos administrativos, em que um deles – o subalterno – se encontra sujeito ao poder de direcção de outro – o superior -

²⁶⁷ Quando nos referimos a relações interorgânicas, e tal como o próprio nome deixa antever, estamos a de frente para uma relação de supra-infraordenação que permite, sempre, que exista um controlo sobre os agentes subordinados, pelos seus superiores, ocorrendo dentro do mesmo ente administrativo. Já no que tange às relações intersubjectivas, falamos de um mesmo tipo de controle mas que se estabelece entre órgãos administrativos distintos.

²⁶⁸ No que respeita à hierarquia podemos aqui diferenciar algumas figuras afins, dentro as quais: a hierarquia externa e a hierarquia interna. No que tange à primeira falamos da relação de superioridade e respectiva obediência entre órgão distintos da administração. Já no que respeita à segunda a ideia reside no mesmo ponto, mas decorre dentro do mesmo órgão, sendo frequente dizer-se que decorre entre agentes.

devendo-lhe obediência.”²⁶⁹ Estamos, assim, a tratar de uma figura que é, máxime, relevante no que respeita à organização administrativa vertical, tendo como principais características: o poder de direcção²⁷⁰ e o correspondente dever de obediência. O primeiro cabe, como é bom de ver, ao superior hierárquico, ficando o segundo adjacente ao subordinado. O importante, quando falamos do poder de direcção, é termos sempre em linha de conta que, em última instância, nos vamos encontrar perante um subalterno vinculado ao comando do seu superior hierárquico. Estes comandos podem assumir designação de ordens ou de instruções, sendo as primeiras, e como é de antever, individuais e concretas e as segundos gerais e abstractas²⁷¹.

Para além do poder de direcção de que fomos falando, na relação de hierarquia, podemos ainda encontrar outros poderes de que um superior poderá abrir mão perante o seu subalterno. Aqui apenas iremos fazer uma menção e não uma exposição do seu conteúdo. São eles: poder disciplinar, poder de anulação e revogação, poder de substituição e poder de decisão de conflitos de competência^{272/273}.

No seio das relações intersubjectivas, encontramos-nos a estudar as figuras da superintendência e da tutela. Quanto à primeira (segunda na ordem primeiramente mencionada) devemos entendê-la como “(...) a relação que existe entre o órgão de uma pessoa colectiva pública e os órgãos sujeitos que constituem a respectiva Administração indirecta, que atribui ao primeiro o poder de orientar a actuação dos segundos.”^{274/275}

²⁶⁹ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos de direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2015, p.161.

²⁷⁰ O poder de direcção encontra consagração legal no artigo 74.º da LGFP e, ainda, no artigo 271.º, n.º 2 da CRP.

²⁷¹ *Cf.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos de direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2015, p.162 e sgs.

²⁷² Apesar do que foi dito, anteriormente, parece-nos pertinente, ainda que a título meramente introdutório, clarificar estes tipos de poder. Deste modo, devemos entender por poder disciplinar a hipótese de o superior poder punir o seu subalterno cabendo-lhe também a possibilidade de escolha das respectivas sanções a aplicar. Este poder encontra consagração expressa na LGFP no artigo 176.º, n.º 1, cujo a epigrafe é, precisamente, “Sujeição ao poder disciplinar”. Quanto ao poder de anulação e revogação, e tal como o próprio nome indica, prevê-se a possibilidade de o superior poder anular com base na invalidade ou revogar com base na inconveniência para o interesse público, um acto que haja sido praticado pelo seu subalterno, estando, também esta, plasmada na lei, desta feita no CPA, no artigo 169.º, n.º 2 e 3. No respeitante ao poder de substituição, sendo esta definida por Paulo Otero, entende-se a possibilidade de um órgão administrativo, poder substituir outro, dentro dos termos da lei. Já o poder de decisão de conflitos de competência, encontra consagração legal no artigo 51.º, n.º 2 do CPA, que é perfeitamente esclarecedor quanto ao mesmo.

²⁷³ Vide também neste sentido VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.^a Ed., 2015, p. 96.

²⁷⁴ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos de direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2015, p. 171.

²⁷⁵ Se formos pesquisar definições mais distanciadas temporalmente vamos encontrar conceitos algo distintos do que devemos entender, actualmente, por superintendência. Para tal basta recorreremos a autores como

Encontramo-nos perante um poder que se centra, essencialmente, na orientação, sendo esta exercida entre pessoas colectivas públicas. Trata-se de um poder que, via de regra, é usado pela figura do Governo (no exercício das suas funções administrativas) sobre a administração estadual indirecta²⁷⁶. Tal como ocorre quando falamos de hierarquia, também aqui conseguimos destacar aqueles que são os poderes característicos exercidos pelos superintendentes, e os poderes afins. Quanto aos primeiros referimo-nos aos poderes de orientação e de controlo, no que tange aos segundos fazemos alusão ao poder disciplinar, poder de anulação e revogação e, por fim, do poder de substituição^{277/278}. O poder de orientação deve ser definido como “(...) o poder de emitir directrizes ou directivas (...) ou orientações estratégicas (para as empresas) (...)”, e encontra grande desenvolvimento na LQIP, em especial no seu capítulo IV. Podemos ainda aditar, aos poderes tradicionais do superintendente, o poder de controlar a actuação, o que implica a necessidade de autorização em algumas das actuações do superintendido.

No que respeita agora à tutela, e sendo esta muitas vezes confundida com a figura anterior, há que esclarecer a noção da mesma, para não restem quaisquer dúvidas quanto à sua delimitação conceitual. Desta forma devemos entender por tutela, “(...) a relação jurídica administrativa intersubjectiva ou externa, que se traduz no controlo da legalidade ou do mérito da actuação das entidades que, nos termos da Constituição e/ou da lei, se encontram dotadas de capacidade de auto-administração de interesses próprios.”²⁷⁹. Se a

MARCELLO CAETANO ou AFONSO QUEIRÓ, que entendiam que este poder cabia nos poderes da hierarquia, sendo quase que considerado uma ramificação do mesmo. Cf. CAETANO, Marcello, “Manual de Direito administrativo”, vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, p.247 e QUEIRÓ, Afonso, “Lições de Direito administrativo”, vol. I, Coimbra, 1959, p.320.

²⁷⁶ Esta afirmação encontra consagração legal na lei fundamental, no artigo 199.º, al. d), na primeira metade da alínea, uma vez que a segunda metade se refere já à tutela, que iremos analisar em seguida. Encontramos ainda plasmado na LQIP, a definição de superintendência, no artigo 42.º, reforçando-se aqui a distinção entre as duas figuras.

²⁷⁷ É fácil, se olharmos aos poderes afins desta figura, percebermos o porquê da integração, outrora, deste conceito na noção de hierarquia. Todavia, não faz hoje qualquer sentido essa concepção, parecendo-nos ainda assim pertinente fazer a abordagem deste ponto.

²⁷⁸ Tal como tratamos aquando da hierarquia, não nos parece relevante fazer um estudo exaustivo sobre os poderes que não sejam típicos, mas que ainda assim se encontram incorporados na superintendência. Contudo, merece-nos algum esclarecimento a referência aos mesmos. Quanto ao poder disciplinar, exercido pelo superintendente, encontramos acolhimento, tal como também ocorre na hierarquia, na LGFP, desta feita no artigo 176.º, n.º 2, vindo esta ideia a ser reforçada no artigo 41.º, n.º 8 da LQIP. Já no que respeita ao poder de revogação e anulação, a consagração legal encontra-se no CPA no artigo 169.º, n.º 5, que é bem clara quanto à permissão para o exercício deste tipo de poderes. Por último em ordem, mas não em importância, temos o poder de substituição que também encontra assente legal na LQIP, no artigo 41.º, n.º9, sendo que este artigo deve ser lido em consonância com o CPA, para sermos mais precisos, com o artigo 200.º, n.º4.

²⁷⁹ *Cit.* MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos de direito administrativo”, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2015, p. 174.

superintendência se ligava, de forma quase directa, à Administração estadual indirecta, esta, por seu turno, encontra conexão à Administração autónoma²⁸⁰, ainda que esta nem sempre esteja sujeita à tutela. Deste modo, encontramos-nos de frente para o princípio da descentralização administrativa que, resumidamente, nos leva para o *campus* da prossecução de interesses distintos, embora se tratem, ainda, de interesses públicos, encaminhando-nos para o exercício do poder autárquico. O principal poder da tutela é o poder de fiscalização da legalidade, não tendo este necessidade de plasmação legal expressa²⁸¹. Este traduz-se num poder exercido por uma entidade tutelar sobre uma entidade tutelada, garantindo que esta última cumpra as leis, avalizando que sejam adoptadas, sempre que possível, as soluções mais adequadas na prossecução do interesse público. Neste ponto encontramos-nos a considerar o que devemos depreender da noção de tutela quanto ao fim, conseguindo decompor, o que foi correctamente dito anteriormente, em tutela de legalidade, na parte em que nos referimos ao controlo da legalidade, e em tutela de mérito, quando nos referimos ao controlo da “(...) oportunidade, conveniência e correcção das decisões administrativas da entidade tutelada”.²⁸²

Ainda ao falarmos de tutela podemos encontrar diversos tipos da mesma, e não outros tantos poderes, como se afigurou nos dois tipos de controlo anteriores. Referimo-nos aqui quanto ao conteúdo, da tutela integrativa, tutela inspectiva, tutela sancionatória tutela revogatória ou anulatória e tutela substitutiva²⁸³.

Em suma, e como alertámos numa fase inicial, fizemos menção a poderes que acabam por não ser exercidos sobre as entidades reguladoras, em especial quando fazemos

²⁸⁰ Podemos encontrar justificação para esta afirmação na segunda metade do artigo 199.º, al. d) da CRP e, também na lei fundamental, no artigo 277.º, n.º 1, al. m), referindo-se neste ponto às regiões autónomas e às autarquias locais, dando assim cabimento ao que fomos afirmando.

²⁸¹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.ª Ed., 2015, p. 98.

²⁸² Cit. MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 55.

²⁸³ Seguindo a lógica das duas figuras anteriores também não nos vamos estender, vamos deixar algumas notas sobre as mesmas. A tutela integrativa refere-se ao poder que o órgão de tutela detém para, “(...) através de um parecer vinculante, de uma autorização ou de uma aprovação, [exercer] um controlo sobre a legalidade ou o mérito de um acto do órgão tutelado”. No que respeita à tutela inspectiva, e tal como o próprio nome prevê, falamos de um poder para fiscalizar sobre os órgãos do ente tutelado. A tutela sancionatória, por outro lado, refere-se à possibilidade de aplicação de sanções administrativas ao órgão tutelado. Já a tutela revogatória ou anulatória, vai no sentido dos poderes afins da superintendência e hierarquia, podendo o órgão tutelar revogar ou anular os actos praticados pela entidade tutelada. Sobre a tutela substitutiva muito se poderia dizer não nos parecendo, contudo, muito relevante. Assim, a ideia atinente à tutela substitutiva é a de que a “entidade tutelar pratica, em vez e por conta da entidade tutelada, actos que esta se encontrava vinculada a praticar”.

referência à tutela e superintendência. Contudo, pareceu-nos importante reiterar esta ideia na nossa análise.

6.2. Controlo Judicial:

Por último vamos dedicar a nossa atenção ao controlo judicial, ainda que o façamos em linhas muito ténues, uma vez que vai ser o nosso objecto da análise ao longo de todo este capítulo. O controlo judicial, por nos encontrarmos num país democrático, ocorre também no seio da Administração Pública, sendo esse realizado, em Portugal, pelos TAF que, tal como nos diz a CRP, no seu artigo 212.º, n.º3, são competentes para “(...) o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Numa primeira fase surge-nos como pertinente aditar o que devemos compreender por controlo no contexto geral. O conceito de controlo²⁸⁴, tal como muitos outros que temos vindo a analisar, teve a sua evolução, não nos parecendo, todavia, relevante fazer aqui a análise do mesmo. Devemos entender por controlo/controle²⁸⁵, e uma vez que nos encontramos no seio do direito administrativo, que se trata de um “(...) poder de fiscalização e correcção que sobre ela [(a Administração)] exercem os órgãos do poder Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objectivo de garantir a conformidade da sua actuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico (...)”²⁸⁶, havendo quem aqui inclua o controlo de mérito que, como sabemos, se encontra directamente relacionado com a discricionariedade.

O controlo judicial, tal como ocorre em diversas áreas, pode assumir diversos contornos²⁸⁷, sendo que entre nós vigora o modelo judicialista, isto é, estamos perante um

²⁸⁴ Numa primeira fase o controlo surge associado mais à temática fiscalista tendo surgido para designar “ (...) a lista (rol) dos contribuintes utilizada para verificar o trabalho desenvolvido pelo arrecadador fiscal.” Aparecendo, à data, com a denominação de contra-rotulum. *Cit.* ESTEVES, Luz, “Controlo de Qualidade na Administração Pública”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 10.

²⁸⁵ Ambas as designações estarão correctas na língua portuguesa, ainda que seja mais habitual a designação de controlo e não controle, considerando-se este último um francesismo, que acabou por ser adoptado entre nós.

²⁸⁶ *Apud.* ESTEVES, Luz, “Controlo de Qualidade na Administração Pública”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 11.

²⁸⁷ Como já afiguramos são diversos os modelos organizativos na justiça administrativa, sendo aqui relevante, esclarecer, ainda que a título muito sumário, o nosso modelo. Assim, o modelo judicialista, embora muitos lhe reconheçam uma forte influência francesa, teve a sua verdadeira génese na Bélgica e visou, numa primeira fase, entregar “ (...) aos tribunais judiciais a resolução dos conflitos entre os cidadãos e a Administração.” Este é um modelo que, sem sombra de dúvida, respeita ao mais alto nível o princípio da separação dos poderes, como é bom de ver. *Cit.* CÂNDIDO OLIVEIRA, António, “A organização judiciária

controlo que se baseia no “ (...) poder normal do juiz poder recorrer a aplicação de leis inconstitucionais aos litígios que tenha de dirimir.”²⁸⁸. Ao falarmos do modelo judicialista, na parte que concerne ao controlo judicial sobre a Administração, ou melhor dizendo, no que respeita aos modelos organizativos, referimo-nos então á máxima “(...) que julgar a administração é verdadeiramente julgar.”^{289/290}

6.3. Controlo sobre as Entidades Reguladoras:

Como já é do nosso conhecimento, após um vasto estudo sobre a temática das entidades reguladoras, depreendemos com, alguma clarividência, que tem vindo a ser muito complexa a sua inserção dentro da organização administrativa. Todavia, não nos podemos resignar e permitir que sobre estas não exista qualquer tipo de controlo pelo facto de não se enquadrarem na organização administrativa típica, onde os tipos de controlo administrativo e judicial se encontram bem demarcados e regulamentados.

O primeiro dos problemas reside, sobretudo, no facto de estarmos de frente para um ente administrativo que tem como principal característica a independência face ao poder executivo. Assim, é de fácil previsão que não se inserindo estas entidades no normal modelo organizativo administrativo, será igualmente complexo inseri-las no regular plano de controlo administrativo. Por este conjunto de questões que se levantam, em torno do controlo administrativo, será muito fácil encontrarmos doutrina que se levante contra este facto, assumindo como inconstitucional a existência destas entidades, pelo menos, dentro deste regime. Contudo, será sempre desacertado afirmarmos que sobre estas entidades reguladoras não irá existir qualquer tipo de controlo, uma vez que elas poderão constituir um quarto poder estadual.

Seguidamente à breve reflexão feita é pertinente referir que estas autoridades, ainda que não se encontrem submetidas ao executivo (pelo menos dentro dos moldes que

administrativa e fiscal” in *Temas e problemas de processo Administrativo*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2.^a Ed., 2011, p. 13.

²⁸⁸ *Cit.* GONÇALVES CARVALHO, Kildare, “Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo”, Del Rey, Belo Horizonte, 14.^a Ed., 2008, p. 385.

²⁸⁹ *Cit.* MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 56.

²⁹⁰ Os outros modelos, para além do já mencionado modelo judicialista, são o modelo administrativista e o modelo quase judicialista. Entre este três modelos podemos reconhecer ainda mais dois combinando estas características dos restantes modelos. São eles: o modelo administrativista mitigado e o modelo judicialista mitigado.

reconhecemos como normais), não fogem ao controlo, ainda que esse não se afigure dentro do sistema tradicional intersubjectivo ou interorgânico.

Deste modo, parece-nos igualmente afiançável a ideia de que estas autoridades administrativas independentes sejam submetidas a diversos tipos de controlo – o judicial, o legislativo e, ainda, o executivo, embora este se configure de forma diversa ao acima estudado. Desta forma, podemos desdobrar as formas de controlo em quatro tipos distintos: o controlo que é naturalmente exercido por força do princípio da legalidade; o controlo exercido internamente no seio das entidades reguladoras; o controlo por parte dos entes políticos e por fim o controlo jurisdicional. Nunca esquecendo que continuamos a tratar de mais do que uma forma de controlo, aglomerando-se aqui os diversos tipos de controlo, desde o legislativo, ao administrativo, passando pelo judicial.

Parece entre nós não existir qualquer dúvida sobre estarmos perante entidades que se afiguram como parte da Administração Pública, estando por isso vinculadas ao princípio da legalidade da Administração²⁹¹. Mas estará este princípio no uso máximo da sua força? Não nos parece. Trata-se da já falada contracção deste princípio, defendida entre nós por autores como PEDRO GONÇALVES, uma vez que já não nos encontramos, hodiernamente, perante um princípio estanque e fechado em que a vinculação à lei era demasiado regida, deixando pouco espaço para a Administração Pública para poder decidir. Esta retraimento encontra-se de mãos dadas com o surgimento de um número cada vez maior de normas de *soft law.*, trazendo esta abertura, proporcionalmente, no que respeita ao perigo, ou melhor dizendo com a escassa previsibilidade que passa a existir, uma maior dificuldade na antecipação das movimentações por parte da Administração. Isto, de maneira mais ou menos directa, faz com que os particulares se encontrem, cada vez mais, numa posição de risco, podendo daqui resultar abusos por parte dos entes administrativos sobre estes últimos.

Presentemente, tal como já foi dito, é cada vez maior o número de normas que têm vindo a surgir, assistindo-se a uma forte densificação normativa. Esta tem vindo a reflectir-se numa mais-valia para a Administração, pois torna mais prática e rápida a resposta a problemas concretos, como se releva necessário no âmbito regulatório.

Depreende-se que não se trata de um verdadeiro controlo legislativo sobre as entidades reguladoras, podendo este ideal ser correcto apenas se olhássemos ao mesmo numa óptica desactualizada. Hoje, com a natural abertura do direito, em particular do

²⁹¹ Sobre esta temática *vide supra* ponto 5.2.

sistema administrativo, tornou-se muito espinhoso para a lei poder prever todas as possibilidades, sendo cada vez mais escassa a vinculação da Administração à lei, ainda que ela exista em termos genéricos. Este ideal intensifica-se no âmbito da regulação onde as mutações são tão rápidas que necessitam de uma réplica igualmente célere, algo que o legislador não consegue acompanhar, ainda mais se alearmos a estes factores o desconhecimento técnico do legislador, que se demonstra estritamente necessário quando nos referimos à prática regulatória.

Apesar de tudo o que tem vindo a ser aditado não podemos depreender, em momento algum, que se trata de uma Administração independente do direito e que, por isso, poderá praticar todo e qualquer tipo de acto, sem o mínimo de controlo. Dito isto, parece-nos pertinente mencionar que o controlo interino destas entidades existe, para que haja uma maior transparência na actuação das mesmas. É bom não esquecer que quando falamos de regulação nos encontramos perante o triangulo regulatório, fazendo com que as entidades reguladoras não sejam os únicos entes patententes na regulação.

Este controlo existe pelo facto de o órgão director das ARI ser um órgão colegial²⁹². Reflectindo-se esta ideia na existência de um órgão presidencial, o que nestes entes mais não é do que uma mera figura, não assumindo, contudo, funções de autoridade, na larga maioria dos casos, ainda que o possa fazer. Ainda assim, e caso as entidades reguladoras não fossem verdadeiros órgãos colegiais, correr-se-ia o risco de o controlo advir não do regulador mas, ao invés, do regulado^{293/294}.

²⁹² Entendendo que organização administrativa é já do conhecimento de todos, não nos afigura aqui relevante a explicação do que devemos ou não entender por órgãos colegiais, remetendo a sua análise para a lei, mais concretamente para os artigos 21.º e sgs do CPA.

²⁹³ Cf. MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 61 e 62.

²⁹⁴ Entre nós são diversas as entidades reguladoras que, nos seus estatutos ou até mesmo nos seus sítios na internet (para que seja de fácil acesso a todos os cidadãos), referem, precisamente, na sua estrutura orgânica a existência de um Conselho de Administração que é encabeçado por um presidente. A título de exemplo podemos recorrer à ERSE que é esclarecedora, no seu sítio na internet, ao referir que, e passo a citar, “O Conselho de Administração é o órgão colegial responsável pela definição e pelo acompanhamento da actividade reguladora da ERSE, sendo composto por um presidente e dois vogais, nomeados por resolução do Conselho de Ministros, por um prazo de cinco anos”. Referindo ainda neste ponto as competências que cabem ao Conselho de Administração, estando dentro dessas competências incluído de “definir a orientação geral da ERSE e acompanhar a sua execução”. Ainda, analisando os restantes órgãos presentes na estrutura orgânica da ERSE, vemos que todas são detentoras em algum ponto, da fiscalização e do controlo das actividades que decorrem dentro do ente administrativo. O mesmo pode ser visto também, a título meramente enumerativo, no sítio na internet da ANACOM. *Cit.* <<http://www.erse.pt/pt/aerse/organica/conselhoadministracao/Paginas/default.aspx>> *Cf.* <<http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=377881#.V2lcXLgrLIU>>.

Existindo este controlo, recíproco, entre os membros internos das entidades reguladoras, juntamos, como dito no português corriqueiro, “o útil ao agradável”, uma vez que se permite o uso de conhecimentos técnico-práticos dos diversos profissionais que integram a organização sem que exista qualquer tipo de abuso, o que poderia prejudicar o normal desenvolvimento do mercado. Esta razão de ser parte, precisamente, da ideia que já tínhamos estudado, da não intervenção por parte de órgãos públicos na actividade reguladora.

Podemos concluir, em linhas muito gerais, e com base no que acaba de ser dito, que dentro da entidade reguladora, por força da própria estrutura existente, compete a um órgão a tarefa da regulação, sobrando para os demais o controlo e fiscalização, bem como a orientação, todos característicos do sistema regulatório existente entre nós.

Não querendo inserir o nosso trabalho na problemática da divisão política em Portugal, sabemos que o controlo que é exercido politicamente se desenrola sobre duas rodas estruturais. De um lado iremos assistir a um controlo político que é exercido pelo Governo, do outro lado veremos um controlo político por parte do Parlamento. Ao afirmarmos isto não estaremos a ir contra o que foi inicialmente dito sobre a independência das autoridades administrativas independentes? Não se afigura assim. É claro que o controlo exercido não será tão escrupuloso como o que ocorre, por exemplo, quando o Governo se encontra no exercício de funções de superintendência ou de tutela, estando, inclusivamente, essas previstas na CRP. O que irá suceder nestes casos, ainda que não seja unânime, é um controlo muito mais superficial ou mais leviano sobre as ARI, uma vez que a sua independência não permitiria outra solução.

Este controlo irá acontecer, numa primeira fase, logo na própria criação das entidades reguladoras, ou até mesmo na aprovação da Lei-Quadro que as rege. Como podemos depreender, de um raciocínio lógico-normativo, não terá sido qualquer uma das entidades reguladoras a criar e a aprovar a lei que as dirige, quem o faz no que à aprovação da lei diz respeito é o Parlamento, tal como podemos ver na introdução da norma^{295/296}. No nosso entender trata-se aqui de uma gigante limitação à sua actuação, ainda que esta limitação ocorra à *priori*.

²⁹⁵ Esta ideia é também reforçada por outros países como o Brasil, tal como podemos observar nas palavras de Marcos Souto. *Vide* mais sobre a temática in SOUTO, Marcos, “Direito Administrativo Regulatório”, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2002, p. 342 e sgs.

²⁹⁶ Este fenómeno ocorre por força do artigo 161.º, alínea c) da CRP.

Por problemas como estes muitas vezes se tem suscitado a questão de quem regula o regulador, e a resposta parece que assenta, com maior ênfase sobre o Parlamento. Por outras palavras e como foi bem dito por JOÃO LUÍS GONÇALVES “em termos formais é o Parlamento o “fiscalizador-mor” das entidades reguladoras, já que o Governo deve ser neutro, segundo as teorias neoliberais”²⁹⁷.

É ainda ao poder legislativo, dentro deste poder político, que podemos encontrar a extinção das entidades reguladoras, sendo aí também exercido um forte controlo, visto que extinguir um ente administrativo será uma das maiores, se não mesmo, a maior sanção a aplicar, ainda que a extinção não possa ocorrer a qualquer título.

Mais do que criar ou extinguir qualquer autoridade administrativa independente, é também ao legislativo que cabe a deliberação dos poderes que lhes vão ser concedidos, sendo, ainda, definido na lei, que os concede, a extensão dos mesmos. Ainda assim, este é um role de poderes muito abrangente, começando a surgir no seu âmbito os maiores problemas, uma vez que se tratam de poderes que são definidos apenas nos seus limites, sendo-lhes concedida uma larga margem de apreciação, quanto à interpretação da lei habilitante.

Mas serão só estas as formas de controlo político? No entender de VITAL MOREIRA não serão, podendo aqui recorrer-se à figura das comissões parlamentares²⁹⁸, que mais não é do que um dos sistemas mais usados no seio do direito norte-americano, apesar de neste contexto sociocultural, a apresentação das entidades reguladoras decorra perante o Congresso.

Falámos também aqui do controlo político exercido pelo Governo, mas ainda não lhe fizemos qualquer referência, sendo pertinente questionar agora em que termos é que ele será exercido. Cabe ao Governo, no exercício das suas funções, nomear/indicar os membros integrantes das entidades reguladoras, aparecendo ao lado desta função a destituição dos mesmos, nos termos previstos na lei. Deste modo, podemos afirmar que o controlo político exercido sobre as entidades reguladoras por parte do Governo é, sobretudo, uma influência na pertença independência orgânica, que havíamos mencionado no primeiro capítulo do nosso trabalho. Daqui poderiam advir outras tantas questões

²⁹⁷ *Cit.* <<http://www.dnoticias.pt/imprensa/diario/opiniaio/436494-quem-regula-o-regulador>>.

²⁹⁸ Trata-se de algo que não é visto com muita frequência no âmbito das entidades reguladoras, mas que tem sido bastante usado desde que rebentaram os escândalos económicos do BES, e de tantos outros bancos como o BPI.

Cf. <<https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/Esclarecimentospublicos/Paginas/cpibes.aspx>>.

relacionadas com a verdadeira independência das autoridades administrativas independentes, não sendo, no entanto, esse o objecto do nosso trabalho.

Como é sabido, entre nós, em todas as áreas do direito, falta fazer menção ao controlo que decorre no seio dos tribunais. Este apresenta-se como o mais forte de entre os já investigados. Parece-nos que as ARI não poderão ser uma excepção a essa regra, mas será assim tão linear? Seria errado responder afirmativamente a esta questão. Temos de levar em linha de consideração que nos encontramos a estudar uma figura que é muito recente no direito administrativo, sendo também ela, detentora de características especiais que tornam o controlo, em termos gerais, muito limitado e complexo, não fugindo o controlo judicial a esse leque.

Subsiste um problema que tem vindo a ser levantado por nós durante grande parte do nosso estudo que se prende, de maneira lata, com a incompetência que os juízes têm para decidir sobre questões técnico-científicas. Talvez o termo incompetência seja demasiado radical, dado que os juízes apresentam ao invés de uma incompetência um grande desconhecimento sobre as matérias de cariz técnico (que são a larga maioria dos casos atinentes à regulação) o que iria fazer da análise dos juízes algo muito superficial, e por vezes até errado, mesmo recorrendo a pareceres técnicos²⁹⁹. Postoo isto, não nos parece seguro e defensável que, apesar da sua independência, as entidades reguladoras não estejam sujeitas a qualquer tipo de controlo judicial, embora já se encontrem submetidas a todos os controlos referidos *in supra*. Seria, totalmente, despropositado e levantaria um grande leque de problemas um ente da Administração Pública não estar sujeito a controlo judicial, quando todos os restantes se encontram submetidos ao mesmo. Isto não significa, apesar disso, que seja o mesmo tipo de controlo, mas será esse ponto que iremos debater em seguida no nosso estudo.

6.4. Controlo Judicial das Entidades Reguladoras:

6.4.1. A problemática no direito português:

Como já fomos assomando durante todo este capítulo é no seio do controlo judicial, quando falamos da actuação das autoridades administrativas independentes, que

²⁹⁹ Esta é uma problemática que existe não só em Portugal, mas que ocorre em diversos países do mundo, sendo que muito poucos (encontrando-nos nós elencados nessa lista) encontram uma solução viável para o problema, algo que agora nos propomos a fazer.

nos surgem alguns problemas de maior. Isto ocorre porque tem existido uma retracção, por parte dos tribunais, em julgar as decisões que são tomadas por estas entidades.

Isto sucede, principalmente, pelo facto das decisões tomadas no seio destas entidades administrativas terem por base, na maioria dos casos, questões de pendor técnico ou científico, sendo que os tribunais, via de regra, não são detentoras de qualquer capacidade para avaliar estas questões. Para tanto basta olharmos ao facto de as entidades reguladoras possuírem na sua organização pessoas que são escolhidas tendo por base o seu conhecimento técnico em determinado sector. Esta “incompetência”³⁰⁰ dos tribunais tem sido, pelos motivos já apresentados, alvo de muitas controvérsias separando a doutrina quanto ao seu entendimento. Isto acontece não só em contexto nacional, como também em contexto internacional, em especial nos países da UE, onde se defende que será errado o controlo judicial apenas com base em erros manifestos e grosseiros.

Em Portugal, como já tivemos a oportunidade de referir *in supra* têm-se então optado pela não ingerência nas decisões que são tomadas no seio da “discrecionabilidade técnica”. Deste modo, são diversos os acórdãos que se referem a esta mesma questão, senão vejamos, a título de exemplo, o Ac. TCA Sul de 06-04-2006, proc. n.º 10511/01. Este vem reforçar este mesmo ideal dizendo que “as avaliações e julgamentos de um júri no tocante a conhecimentos científicos, técnicos e profissionais situam-se, em regra, na Zona de liberdade administrativa, no âmbito do qual o Tribunal não dispõe de conhecimentos especializados para se pronunciar”. Assumindo, o Tribunal, neste ponto, que não tem qualquer tipo de conhecimento especializado e que, por isso, quase que como um assumir de uma incompetência, reconhece não poder julgar sobre estas questões, a menos que estejamos perante erro grosseiro ou manifesto³⁰¹. A análise dos diversos acórdãos, a que já fomos fazendo referência no estudo, só denotam o pouco à vontade que os tribunais têm sentido em questões que envolvam juízos técnicos, não se sentido por isso capazes de fazer uma apreciação sobre os mesmos. Tem sido aparente que os tribunais portugueses assumem o mesmo critério relativamente à discrecionabilidade administrativa e à “discrecionabilidade técnica” uma vez que usam para ambas o mesmo critério, tendo este

³⁰⁰ Falamos aqui de incompetência no sentido de não ser capaz de, e não com o pendor jurídico que esta expressão acarreta.

³⁰¹ Já falámos por diversas vezes da noção de erro manifesto ou grosseiro, sem nunca termos dito o que a jurisprudência, entre nós, entende como tal. Assim, e recorrendo ao Ac. TRC de 20-11-2012, proc. n.º 277/11.6AVR.C1, erros grosseiros ou manifesto são aqueles que “(...) traduzem uma elevada relevância ou importância, não bastando qualquer erro, o erro corrente ao comum”.

por base o erro manifesto ou grosseiro. Com a abertura da liberdade atribuída à Administração deu-se lugar a “(...) um permanente litígio entre a Administração e o Judicial”³⁰².

Contudo, é importante relembrar que no ordenamento jurídico português o controlo judicial sobre as entidades reguladoras não passa apenas pelos tribunais administrativos quanto à prática dos seus actos, sendo também julgados no seio dos tribunais judiciais nas matérias que estejam fora da jurisdição dos TAF. Estas encontram-se ainda submetidas ao controlo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, tendo este sido criado, recentemente, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho. A este compete o “(...) conhecimento das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente susceptível de impugnação.”^{303/304}

6.4.2. A problemática no direito norte-americano. Principais diferenças entre os sistemas:

Como é de conhecimento geral o que separa os sistemas de índole romano-germânica dos sistemas de *common-law* vai muito para lá das diferenças no contexto judiciário³⁰⁵. Ainda assim, o que se tem vindo, nos dias de hoje, a verificar é uma tendência natural para a aproximação de ambos os sistemas, caminhando-se a passos largos para uma fusão sistémica. Temos visto, no que respeita ao princípio da legalidade, que este tem sofrido as mais diversas mutações dentre as quais a abertura do sistema, sendo este um apanágio dos sistemas de *common-law*.

É também sabido que os países que configuram este sistema são os EUA e Inglaterra, havendo uma natural confusão entre ambos os ordenamentos jurídicos³⁰⁶,

³⁰² Cit. SOARES, Rogério, “Administração Pública e Controlo Judicial” in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, 1994, p. 228

³⁰³ Cit. MONIZ, Ana Raquel, “Casos práticos. Direito Administrativo. Textos e casos práticos resolvidos”, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2015, p.134, nota de rodapé 51.

³⁰⁴ Vide mais sobre esta temática in NUNES VICENTE, Marta, “Comentário à Lei n.º46/2011, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão” Publicações CEDIPRE online- 11 <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Abril de 2012.

³⁰⁵ Vide mais sobre a temática in BRONZE, Fernando José, “«Continentalização» do direito inglês ou «insularização» do direito continental?” in Separata do volume XXII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1982, p.123 e sgs.

³⁰⁶ É importante neste ponto demarcar as diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos, apesar das semelhanças notórias entre ambos. Estas parecenças advém, em grande medida, do movimento de colonização de Inglaterra sobre os EUA, que fez com que este último adopta-se características típicas do

embora nos iremos, neste ponto, debruçar com mais afinco sobre o direito norte-americano. Ainda assim, muitas são as características comuns entre ambos os países sendo aqui relevante destacar as diferenças entre os seus sistemas judiciários e o sistema judiciário da *civil-law*. O que nos parece de destacar é então a “ (...) intervenção dos juízes nos processos e a formação das regras”³⁰⁷.

A primeira distinção, entre ambos os sistemas, reside, precisamente, na inexistência, no direito-norte americano e, também, no direito inglês, de tribunais especializados em matérias de direito administrativo. Algo que entre nós existe, como sabemos através dos TAF³⁰⁸.

Relativamente à segunda diferença mencionada sabemos que nos ordenamentos de *common-law* a base maioritária, no respeitante às fontes de direito, é sem dúvida a jurisprudência, algo que entre nós não ocorre, sendo esta uma temática muito relevante no nosso ordenamento jurídico³⁰⁹. No entanto, no direito norte-americano, e porque nos encontramos a falar de um Estado federal, não se trata de uma afirmação homogénea, muito menos se tivermos por base as diferenças no respeitante à organização jurisdicional, onde a “ (...) Corte Suprema e as Cortes Supremas Estaduais não estão obrigadas, [ainda que o possam fazer], a respeitar as próprias decisões jurisprudenciais precedentes.”³¹⁰

Temos de ter sempre em consideração que quer quando falamos do direito inglês, quer quando nos referimos ao direito norte-americano, estamos a aludir a países cujo os modelos organizativos são muito distintos do nosso, sobretudo no respeitante ao poder político. Assim, e atendendo também aqui ao facto de estarmos perante dois países que, apesar da forte influência que existe de um sobre o outro (no caso de Inglaterra sobre os EUA), encontram modelos dispares entre si.

primeiro. O mesmo ocorre, quando falamos do sistema português, sobre as suas ex-colónias. Muitos são os países dos PALOP que, juridicamente, têm o ordenamento português como base. Assim, não é de estranhar a similitude de ordenamentos judiciários entre os EUA e Inglaterra. Todavia não é correcto dizer-se que se pode fazer um decalque entres os dois sistemas uma vez que o desenvolvimento social que circunda os dois países é bem distinto, fazendo com que o direito cresça de modo muito distinto em ambos os países.

³⁰⁷ *Cit.* MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 79.

³⁰⁸ Os TAF são detentores de um estatuto próprio (ETAF), encontrando os seus poderes no artigo n.º 3 do CPTA.

³⁰⁹ *Vide* mais sobre esta temática *in* BRONZE, Fernando José, “Lições de Introdução ao Direito”, Coimbra Editora, Lisboa 2.ª Ed., 2010, Lição 16.º, p. 683 e sgs.

³¹⁰ *Cit.* MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdicional das relações regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 80, nota de rodapé 99.

O direito norte-americano que vai aqui servir de base ao nosso estudo tem como principal característica a bicefalia, ou seja, encontramos - por se tratar de uma país federal - uma ordem jurídica federal (Federal Courts) e, ao lado desta, uma ordem jurídica estadual (State Courts). Deste modo, vamos encontrar de um lado tribunais de carácter federalista e do outro tribunais de índole estadual³¹¹. Os tribunais federais encontram uma organização similar à nossa, existindo tribunais de primeira instância, tribunais de recurso/apelação e um tribunal supremo. Já no que concerne aos tribunais estaduais, por norma, encontramos uma similar divisão: tribunais de primeira instância, instância intermédia de recurso e supremo tribunal.³¹²

Apesar de o nosso estudo versar sobre o controlo judicial na actuação das entidades reguladoras, quando estas agem no âmbito do poder discricionário, avulta-se a necessidade de, também aqui, falarmos dos restantes tipos de controlo que recaem sobre as agências no direito norte-americano. Esta análise revela-se importante pois estamos no seio de direito comparado, havendo por isso necessidade de fazer uma contextualização, para que se perceba, com mais rigor, as formas de controlo que versam sobre as ARI.

Realizadas estas breves notas introdutórias sobre o sistema judicial norte-americano, podemos fazer, desde já, algumas confrontações entre o sistema judicial português e este sistema do lado de lá do Atlântico. A primeira nótula relevante vai para o facto de no direito nacional não existir uma bicefalia na organização judiciária, indo a segunda nota para o facto de no direito nacional (e no direito europeu no geral) existir uma dupla judiciária, isto é, faz-se, entre nós, a separação entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos e fiscais algo que não ocorre nos países de *common-law*.

Comparados que estão os sistemas é agora importante olharmos, com rigidez, para o modo como se procede o controlo judicial no contexto regulatório, para ser mais precisa, no seio das decisões tomadas pelas entidades reguladoras, em especial quando estas se encontram perante uma margem de livre apreciação. Não há dúvida que no contexto norte-americano tem havido uma grande cedência por parte das Cortes no que respeita à

³¹¹ Quando nos referimos aos tribunais estaduais temos de ter em consideração que falamos de quarenta e oito Estados distintos, estes detentores de poderes normativos próprios o que vai, de certa forma, influenciar a organização do Estado. Deste modo, e para não tornar o nosso estudo tão extensivo, vamos falar no computo geral, assumindo que via de regra existem três graus de jurisdição.

³¹² É muito frequente, também no seio do direito norte-americano, encontrarmos referências a um júri. Este tende a ser usado com mais frequência em processos-crime, mas contra o qual o juiz, ainda que a título excepcional, se poderá opor.

atribuição de poder discricionário, o que tem gerado uma panóplia de problemas no que tange ao seu controlo.

Esta é uma questão que tem assolado os mais diversos sistemas judiciais, não sendo Portugal excepção, e que apenas o sistema norte-americano tem conseguido dar resposta através de meios jurisprudenciais. Ainda assim, e por ser tratar de uma questão tão pouco pacífica, também nos EUA, se tem assistido ao confronto entre diversas correntes doutrinárias, sendo de destacar duas delas. Primeiramente temos aqueles que defendem que o controlo judicial, exercido sobre as entidades reguladoras, deve ser pouco rígido, de forma a não se intervir nas escolhas tomadas pelas autoridades administrativas independentes. A argumentação utilizada é aquela a que já temos vindo a assistir. Trata-se de questões de pendor, fundamentalmente, técnico e por isso o tribunal, por falta de conhecimento nessas áreas, não se deve intrometer. Assim, este controlo brando será um mero controlo sobre a legalidade e não sobre as questões de mérito. A segunda corrente doutrinária encontra-se no pólo oposto desta, defendendo que deveria existir um controlo efectivo sobre estas questões. Deste modo, deve haver ao lado do controlo sobre a legalidade um controlo de mérito sobre as decisões tomadas. O raciocínio utilizado para sustentar esta opinião é a forte influência que as *Independent Agencies* têm sobre a economia, que é, sem dúvida, uma área muito influente num país. Não existindo um controlo de mérito estar-se-ia a dar muita liberdade às ARI para tomarem decisões que se configuram muitos relevantes no panorama nacional e, no caso dos EUA, até mesmo em contexto mundial, o que poderia trazer complicadas questões.

Parece-nos perfeitamente viável, e atendendo à fundamentação apresentada aceitar ambas as doutrinas, ainda que o caminho seguido pelos tribunais norte-americanos seja, apenas, no sentimento do controlo sobre a legalidade, isto é, indo ao encontro da primeira vertente doutrinal.

Não há, no entanto, qualquer dúvida quanto a quem detém competência para decidir sobre estas questões. Serão sempre os tribunais comuns, pelos motivos óbvios já apresentados, a deliberar sobre os assuntos relativos à discricionariedade no seio da regulação. É importante ainda termos em consideração que quando falamos de relações regulatórias estamos perante uma relação tripartida, sendo as entidades reguladoras, nessa relação, a parte mais forte e, por isso, detentoras de poderes alargados, de entre os quais a função parajudicial. Este faz com que o regulador possa, no caso de existirem litígios entre

os regulados, entrevir com se de um árbitro de trata-se, exercendo funções de um órgão de arbitragem. Havendo assim um controlo externo que pode ser exercido pelos tribunais judiciais federais ou estaduais, e um controlo interno que decorre no seio da própria entidade reguladora, ainda que, sobre este último ponto, a doutrina se tenha vindo a dividir.

Uma figura que tem sido também muito utilizada no seio da *common-law* é a *judicial review*³¹³. Em termos muito simplificados esta consiste no controlo, por parte das Cortes, sobre a acção do legislativo, executivo e ainda do administrativo (no que concerne à ligação deste ao Governo). Esta análise/controlo auxilia a apurar se as acções estão em conformidade com a constituição, havendo quem, por isso, defenda que esta se deveria chamar ao invés de *judicial review*, *constitutional review*³¹⁴.

Já no que respeita à revisão que as Cortes fazem sobre as decisões tomadas pelas agências, também no seio da *Judicial Review* podem incidir sobre três áreas: “(...) *conclusions of law, findings of fact, e procedures used in the decision –making process*”³¹⁵. Cada uma destas assume a maior das importâncias para assegurar que não existe qualquer tipo de inconstitucionalidade, ocorrendo, também, porque se tratam de decisões que são tomadas no seio das entidades reguladoras, tendo por base as decisões políticas que foram tidas pelo legislador. Uma má interpretação das mesmas pode levar a falhas gravosas ou até mesmo à inconstitucionalidade. Destarte, as Cortes têm como função auxiliar o Congresso para que as entidades reguladoras se mantenham dentro dos limites estabelecidos, substantivamente, pelo Congresso³¹⁶.

Em suma, a *judicial review* vem garantir que, dentro da margem de discricionariedade que é atribuída às entidades reguladoras, essas se encontram dentro dos limites da Constituição. Todo este controlo, que acabamos de aflorar, só é, no entanto, possível depois da criação do APA, em 1946, que veio generalizar “(...) o controlo judicial

³¹³ Ainda que estejamos a estudar o direito norte-americano não nos podemos esquecer que este é comum em muitos pontos com o direito anglo-saxónico por se tratarem de sistemas de *common-law*. Deste modo, parece-nos pertinente referir que a figura do *judicial review* não é exclusiva dos EUA, existindo também no direito inglês. *Vide* mais sobre esta temática in STROINK, Frits, “Judicial control of the administration’s discretionary powers (le bilan executif – juge administratif)” in *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 81 e sgs.

³¹⁴ Cf. <https://www.britannica.com/topic/judicial-review>.

³¹⁵ *Cit.* Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, “Administrative Law and process”, Foundation Presse, New York, 3.^a Ed., 1999 p. 118.

³¹⁶ Contudo, é importante dar aqui nota de uma excepção. Existem casos, no seio do direito norte-americano, em que o Congresso vem permitir uma determinada actuação por parte das AAI que possa vir a ser, potencialmente, considerado inconstitucional.

dos actos das agências (...)”³¹⁷. Quando esses actos são praticados no uso do poder normativo - recaindo assim sobre o controlo legislativo - através da criação, essencialmente, de regulamentos, o Congresso criou, ao lado dos denominados métodos tradicionais, uma outra forma de controlo que ocorre através da revisão legislativa.

Todos os actos legislativos praticados pelas *Independent Agencies*, a partir de 1996, passam a ser submetidas a controlo por parte do Congresso antes de se tornarem efectivos³¹⁸. O mesmo pode ainda controlar a actuação das agências de forma indirecta através de “(...) pressão politica através do uso de decisões do comité (...)”³¹⁹. Podendo ainda requerer às agências que, antes da sua actuação, comuniquem, podendo assim fazer uso do *General Accounting Office* e também do *Congressional Budget Office*. O primeiro assume um controlo sobre a conduta das entidades reguladoras, ao passo que o segundo analisa os efeitos económicos dessa actuação. Parece assim que no seio do controlo legislativo se assiste, sobretudo, a um controlo *à priori*, que se pode revelar muito significativo no controlo de problemas futuros.

Já no que concerne ao controlo executivo este encontra consagração legal na Constituição (americana) no Artigo II para gerir e controlar a Administração, sendo este poder concedido, primeiramente, ao presidente dos EUA, que actua em conjunto com os denominados *officers*. Os principais métodos de controlo executivo são assim o *the appointment process*, *the reorganization process*, *the bugetary process* e *the policy-making process*³²⁰.

Concluindo, no seio do direito norte-americano, parece existir um controlo muito mais forte e calculado, sobretudo após a criação do APA, sobre a actuação das entidades reguladoras. Surgindo este não só num contexto judicial, mas, também, e aliando-se a este o executivo e o legislativo.

6.5. Contributo para a resolução do problema:

Ao longo deste estudo pudemos concluir que nos encontramos perante um novo direito que é de tal modo recente, sendo até inesperado, que se tornou muito complexo o

³¹⁷ *Cit.* MACHETE, Rui, “Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos Bancos Centrais” in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Lisboa, 2011, p. 13.

³¹⁸ *Cf.* Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, “Administrative Law and process”, Foudation Presse, New York, 3.^a Ed., 1999, p. 42 e sgs.

³¹⁹ *Idem.* p. 42 (tradução nossa)

³²⁰ *Vide* mais sobre cada um destes processos *in Idem.* p. 82 e sgs.

acompanhamento no seu todo, e das leis em particular, para que não surgissem quaisquer lacunas. A maior das questões surge, primeiramente, ligada aos princípios da legalidade e, sobretudo, ao da separação de poderes. Contudo a que prende mais o nosso interesse, até por se tratar de uma questão muito relevante, é a problemática do controlo judicial, aquando da actuação das entidades administrativas quando estas se encontram no uso dos seus poderes discricionários.

Como vimos, no direito português, a doutrina tem-se decidido por um mero controlo da legalidade, fazendo assim um controlo unicamente formal-procedimental. Desta maneira, na larga maioria dos casos, a jurisprudência opta pelo controlo apenas em casos em que exista erro grosseiro ou manifesto, como já fomos alertando. Encontra-se esta ideia tão enraizada que é impossível encontrar, no direito português, um acórdão, em qualquer um dos graus de jurisdição, que tente um controlo mais aprofundado no respeitante a esta temática. “Não somos pois optimistas quanto à possibilidade de o juiz, sem a adequada especialização jurisdicional, atingir um grau de profundidade quanto aos temas que lhe permita detectar, nas zonas em que em razão de indeterminação legal existe discricionariedade administrativa (e mesmo naquelas em que não exista), o afastamento relativamente ao fim de interesse público imediato ou uma violação do princípio da proporcionalidade”³²¹

Quando em comparação com o direito norte-americano vemos que este se tem pautado por um controlo muito mais apertado, ainda que também muito mais voltado para o controlo da legalidade, onde as Corte têm assumido, ao lado dos tribunais um papel muito significativo, havendo tanto controlo *à priori* como também *à posteriori* pela parte de ambos.

Também se tem vindo a vislumbra em contexto europeu a forte busca na procura de mais soluções, em especial, em países como Itália, Espanha e Alemanha, sendo contudo no direito norte-americano, fora deste meio, que nos surgem soluções concretas, tendo por base, tal como já referimos, o APA. Contudo, Itália tem conseguido, de certo modo, colmatar algumas falhas existentes ao fazer a distribuição, por diversos tribunais, das diferentes entidades reguladoras. Isto tem permitido uma maior especialização,

³²¹ *Cit.* NUNES VICENTE, Marta, “Comentário à Lei n.º46/2011, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão” Publicações CEDIPRE online- 11 <http://cedipre.fd.uc.pt> , Coimbra, Abril de 2012, p. 19.

relativamente a cada tema, no seio de cada um dos tribunais, pois apenas tem de se inquietar com um sector específico³²².

No nosso entender, e tendo em consideração que qualquer alteração a nível da organização judiciária iria trazer problemas demasiado densos e complexos, não esquecendo todavia a criação, recentemente, do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão³²³, não nos parece legítimo defender que atendendo às suas características, e olhando à sua competência, que a criação de uma tribunal especializado seja suficiente, uma vez que não vai abarcar, especialmente, questões de carácter discricionário, que é o que aqui nos importa. Defender a criação de um tribunal especializado, dentro dos TAF, iria levantar demasiadas questões, especialmente se atendermos ao facto de ainda muito recentemente – em 2013- se terem procedido a alterações muito significativas na organização judiciária portuguesa, ainda que tenham decorrido no seio dos tribunais judiciais e não no seio dos TAF. Outro forte obstáculo surgiria ao falarmos dos recursos. Ao criarmos um tribunal de competências especializadas estaríamos a oferecer um forte obstáculo ao recurso, uma vez que os tribunais de segunda e terceira instância, existentes, para onde se poderia recorrer, permaneceriam com a mesma problemática, a falta/ limitado conhecimento sobre questões de cariz técnico e científico. Não esquecendo que esta questão só se levanta uma vez que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não tem competência para reconhecer de todos os recursos, tal como já afirmamos.

Assim, a nosso ver, ainda que tenham decorrido recentemente actualizações nos códigos quer do CPA quer do CPTA, faria sentido a criação de um novo artigo no segundo, indo no sentido de um auxílio técnico.

Para suprir alguns dos problemas existentes, anteriormente, no procedimento administrativo, tendo por base o código alemão³²⁴, foi aditado o artigo 66.º do CPA com a epígrafe “Auxílio administrativo” que permite aos sujeitos do procedimento administrativo³²⁵, em especial “ (...) o órgão competente para a decisão final”³²⁶ pedir

³²² A título de exemplo encontramos o Tribunal administrativo regional do Lázio que tem competência para reconhecer dos actos administrativos praticados pela Agcom.

³²³ Trata-se de um tribunal que, tal como ocorre aquando do recurso sobre contra-ordenações administrativas, se situa não no âmbito de jurisdição dos TAF mas, ao invés disso, no compito dos tribunais judiciais cíveis e criminais.

³²⁴ Este artigo “foi inspirado no n.º 1 do art. 5.º da lei alemã do procedimento administrativo, como se refere no ponto 9 do preâmbulo do novo código.” *Cit.* CABRAL MONCADA, Luiz, “Novo Código do Procedimento Administrativo anotado”, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 262.

³²⁵ *Cf.* Artigo 65.º do CPA.

³²⁶ *Cit.* Artigo 66º, n.º 1 do CPA.

auxílio a “quaisquer outros órgãos da Administração Pública”³²⁷ “(...) consagrando-se um critério mais vasto, mas, ainda assim, não tão amplo como o alemão.”³²⁸ Este auxílio, quando indicado no prazo útil, pode ser empregue em três situações que se encontram mencionadas nos números a), b) e c) do n.º 1 desse mesmo artigo, ainda que a autoridade a quem foi requerida o auxílio possa, nos termos do n.º 3 recusar o mesmo. “Se corresponder ao solicitado, o órgão transformar-se em sujeito da relação jurídica procedimental”³²⁹. É que este pedido de auxílio deve apenas versar “(...) sobre questões concretas indispensáveis à melhor instrução do procedimento.”³³⁰ Este requerimento de auxílio é, então, um verdadeiro acto administrativo, tendo este eficácia externa e não, unicamente, interna.

Com base nesta figura, surge-nos como, muito, pertinente suprir, a nosso ver, uma falha legislativa e aditar ao CPTA um artigo cuja epígrafe fosse qualquer coisa como “Auxílio técnico”, indo no sentido, ainda que com características muito distintas, do artigo *supra* referido. Este auxílio seria, por seu turno, requerido pelo juiz responsável pelo processo, podendo apenas este ser feito pelo mesmo e não já por todos as partes do processo.

A nosso tratar-se-ia de uma maneira simples e eficaz de rectificar a falta de conhecimento dos juízes em matérias técnicas e científicas, uma vez que não se afigura fácil a sua especialização, a menos que a mesma ocorresse dentro dos moldes italianos. O juiz poderia assim requerer, a uma figura auxiliar, esses conhecimentos técnicos, para que, mais tarde, pudesse retirar as suas ilações com base em conhecimentos correctos e especializados. Esta figura seria semelhante, em termos de sentido, à da prova pericial³³¹.

³²⁷ *Cit.* Artigo 66.º, n.º 1 do CPA.

³²⁸ *Cit.* BABO PINTO, Ana Rita “A consagração (por defeito) do auxílio administrativo no novo CPA” in O novo código do procedimento administrativo, Universidade do Minho, Braga, 2015, p. 6 disponível em http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/2015/A_consagracao_por_defeito_do_auxilio_administrativo_no_novo_CPA.pdf.

³²⁹ *Cit.* CABRAL MONCADA, Luiz, “Novo Código do Procedimento Administrativo anotado”, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 262.

³³⁰ *Idem.* p. 263.

³³¹ No processo civil português a prova pericial revela-se uma importante ferramenta no contexto das provas, de tal modo que este tem para si reservado no CPC, na parte respeitante à instrução do processo um capítulo exclusivo denominado “Prova Pericial”. No artigo 467.º do CPC existe desde logo o cuidado, ao introduzir a temática, de definir quem deve realizar a perícia, sendo o prova “(...) requerida pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado (...) ou realizada por um único perito nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa (...)”. É, precisamente, esta ideia que pretendemos retirar quando nos referimos às semelhanças formais que deveriam existir nesta figura do auxílio técnico com o instituto da prova pericial.

A escolha destes técnicos decorreria de forma semelhante àquela que resulta das escolhas dos membros integrantes de uma entidade reguladora, sendo aferidos os conhecimentos desses técnicos. Num contexto ideal a escolha desse perito deveria ser feita por áreas, podendo existir um técnico correspondente a cada uma das áreas reguladas, para que o entendimento pudesse ser, ainda mais, preciso. Este auxiliar poderia aparecer em qualquer fase do processo (incluindo-se aqui os recursos) desde que fosse convocado dentro dos tramites legais, não existindo, por isso, qualquer problema relativamente aos recursos, como ocorria na primeira tentativa apontada³³².

Defendemos ainda tratar-se de uma figura que poderia ser exterior aos tribunais, não tendo que ser parte integrante da organização judiciária. O único obstáculo que aqui se ergueria seria a possibilidade de menor celeridade no processo, uma vez que passaria a insurgir-se a necessidade de intervenção de um terceiro no mesmo e, passaria a existir posterior análise do juiz sobre questões que, anteriormente, desconhecia, em profundidade. Como é sabido a celeridade é um bem necessário quando fazemos referência a matérias regulatórias, sendo por isso o único inconveniente que parece sublevar na criação desta nova figura de auxílio, uma vez que a mesma, ainda que em sentido diferente, já exista no direito administrativo.

³³² A figura do perito já é também utilizada no seio da doutrina italiana denominando-se “consulenza tecnica d’ufficio”. Esta figura é essencial na análise da discricionariedade regulatória .Cf. a este propósito artigos 19.º, 63.º, parágrafo 4.º e 67.º do Código de Processo Administrativo italiano.

CONCLUSÕES:

A presente dissertação teve como objectivo primordial a análise do alcance dos poderes discricionários no âmbito da discricionariedade normativa atribuída às entidades reguladoras. Concluída a fase de exposição do tema a que nos propusemos, cumpre agora responder às questões inicialmente formuladas, não obstante algumas respostas já terem sido devidamente desenvolvidas ao longo do trabalho.

Conforme disposto, muitas foram sendo as alterações que ocorreram no direito, resultado da natural evolução da sociedade, o que se veio a reflectir, de modo inequívoco, na temática regulatória. Esta afirmação acentua-se quando olhamos ao acompanhamento do papel do Estado, mudando radicalmente as suas funções, tornando-se um garantidor e, por isso, denominado Estado-Garantia/Estado-Regulador. Este assume agora funções de direcção e fiscalização. Deste modo, a regulação trouxe consigo inevitáveis e invariáveis transformações que mudaram, para sempre, o entendimento das funções do Estado e do normal funcionamento, em especial, do sector concorrencial e económico, passando a ser criadas entidades reguladoras que assumiram, nesses sectores, o papel do Estado. Fala-se assim, com todo o mérito, da criação de um novo direito administrativo que resulta, como é bom de afigurar, em grande parte das variações impelidas pela regulação a nível mundial, com maiores repercussões em contexto norte-americano e europeu.

Ao referirmos a criação das autoridades administrativas independentes é imperativo dar-lhes atenção notas conclusivas. Tratam-se de entidades, agora pertencentes à organização administrativa portuguesa, detentoras de vastos poderes, resultado das características que as qualificam. Falamos aqui, e como a própria nomenclatura deixa antever, de entidades dotadas de independência, sendo a *supra* citada, ao lado da neutralidade e imparcialidade, a sua maior e mais poderosa característica. Esta, como pudemos ver no decorrer do nosso trabalho, traz consigo, quase que de forma proporcional quando olhamos às vantagens que oferece, um enorme número de problemas a nível internacional. Dentro dos quais se destacam os problemas quanto aos princípios basilares de um Estado de Direito democrático e, também, relativamente à extensão dos seus poderes e respectivo controlo dos mesmos, em especial, por parte dos tribunais. Isto ocorre assim não só em Portugal, como ainda no seio do direito norte-americano e europeu, sendo também a independência a característica primordial das *Independent Agencies*. É ainda de fazer notar, nas nossas notas conclusivas, que as autoridades administrativas independentes

encontram diversos problemas quanto às formas de controlo. Em especial, sobre os poderes normativos, onde os regulamentos independentes por elas imitados, ganham papel de destaque, uma vez que a lei habilitante lhes permite uma criação normativa forte tem conduzido à erosão do princípio da legalidade.

Quanto à discricionariedade fomos percebendo, durante toda a nossa análise, que estávamos perante uma questão pouco pacífica no seio da doutrina e até no âmbito da jurisprudência. Com a abertura do sistema, devido à forte influência norte-americana, é cada vez mais complexo definir os limites em que ela se move e perceber quais os tipos de institutos que nela se inserem, especialmente quando fazemos menção à problemática dos conceitos indeterminados. Esta abertura do sistema de que falámos leva ao obrigatório crescimento/ surgimento de novos tipos discricionários. Como pudemos averbar a discricionariedade não é mais um instituto estanque inserindo-se dentro desta um, agora, vasto número de subtipos discricionários, de entre os quais é de destacar a discricionariedade normativa/regulamentar, que acabou por se tornar o foco do nosso *case study*. A discricionariedade administrativa traduz-se assim na “(...) faculdade de determinar o conteúdo das medidas a tomar (...) ou [da] possibilidade de escolher entre as medidas alternativas determinadas na lei (...)”³³³, parecendo esta definição susceptível de abarcar outros tipos discricionários tal como acabámos de mencionar.

No que tange à questão que colocámos sobre a temática da “discricionariedade técnica” a resposta parece ter ficado clara durante a nossa dissertação. Todavia merecendo ser reiterada a ideia de que se trata, aqui, tal como ocorre na discricionariedade em sentido lato, de uma pertença modalidade que não é pacífica no seio da doutrina. Agravando-se esta disparidade no tempo e no espaço, uma vez que é uma realidade que é bastante variável de país para país. No entanto, no nosso entender, trata-se aqui de uma “não discricionariedade”, devendo olhar-se a esta como a junção entre meros conceitos técnicos e conceitos indeterminados, adoptando-se para a “discricionariedade técnica” o modelo de controlo jurisdicional para eles propostos.

As conclusões que retiramos da v) questão que propusemos na nossa nota introdutória têm uma resposta simples e directa: princípio da legalidade e seus subprincípios e, sobretudo, o princípio da separação de poderes. Estes surgem como base de um Estado de Direito democrático que têm, ao longo dos tempos, sofrido as mais

³³³ Cit. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.^a Ed, 2015, p. 55.

diversas modificações e muitas dessas são, sem margem para dúvida, resultado das alterações provenientes do novo direito administrativo. Quanto ao princípio da legalidade temos assistido a uma retracção do mesmo, inclusivamente, pela acentuação do papel do princípio da juridicidade, sendo este considerado uma exaltação deste. É seguro, relativamente ao princípio da separação de poderes, asseverar que este sofre uma das maiores mutações da história do direito, não só porque foi criado numa fase muito primitiva quando em comparação com os restantes princípios mas, também, por ser um reflexo da própria evolução da sociedade, algo que se revela na abertura e menor densificação dos poderes expostos. A tese defendida primeiro por Locke e, mais tarde, por Montesquieu não é mais uma separação tripartida, estanque, ainda que esta se mantenha como a pedra angular do mesmo. Para alguns faz hoje sentido falar, inclusivamente, de um quarto poder que surge ao lado do executivo, legislativo e judicial, que passa a pertencer às entidades reguladoras. Este fenómeno decorre da inevitabilidade da sua importância e consequente atribuição de poderes que lhes são atribuídos pela próprio legislador.

Quando vislumbramos todos os problemas e passamos a dar enfoque à verdadeira questão que nos propusemos a resolver, parece que falar dos diversos tipos de controlo é inevitável. Como pudemos aferir durante o nosso estudo o controlo judicial, pela força que detém, é, sem dúvida, o primeiro meio de controlo para que somos remetidos, todavia, não sendo o único. Por esse mesmo motivo decidimos, no nosso trabalho, analisar, o controlo exercido quer internamente, quer externamente pela própria Administração, ainda que se tenha revelado pouco importante, uma vez que as ARI são detentoras de uma verdadeira independência em relação ao executivo, tendo servido esta análise, apenas, para uma exaltação desse ideal.

No respeitante à última pergunta que planeámos cursar a resposta, no nosso entender, é muito clara. Há possibilidade de um maior e melhor controlo judicial sobre as entidades reguladoras. Como fomos afluando durante todo o nosso estudo a incapacidade que tem vindo a ser apresentada pelos juízes quanto às matérias regulatórias é flagrante, deixando ao acaso tudo o que se situe fora dos casos de erro manifesto ou grosseiro, nem a criação do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão foi capaz de suprir as deficiências existentes no respeitante ao desconhecimento técnico e científico de que os juízes são detentores. Na verdade este, tribunal especializado, não trouxe grandes

resultados práticos, embora o objectivo da sua recente criação, em 2011³³⁴, fosse a melhor. Ao verificarmos a insuficiência deste tipo de controlo achámos pertinente a criação de uma nova figura, no seio do processo administrativo, a que demos o nome de “auxílio técnico”. Com esta quisemos dar resposta à carência de conhecimento técnico e científico que os juízes reconhecem como sua, através de uma figura que não causasse muito transtorno na organização judiciária portuguesa e que, ao mesmo tempo, fosse eficaz na resolução do problema, para tal tendo-nos baseado numa figura já existente no seio do direito italiano.

Como forma de conclusão, esperamos que o presente trabalho possa contribuir não só para aprofundar as discussões académicas sobre este tema, como também esperamos que as nossas críticas e análises contribuam para uma melhoria na problemática do controlo judicial sobre as entidades reguladoras, no ordenamento jurídico português.

³³⁴ Cf. Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho.

BIBLIOGRAFIA:

- AYLÁ, Bernardo Diniz, “O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa”, Lex, Lisboa, 1995
- AZEVEDO MOREIRA, Fernando, “Conceitos Indeterminados – Sua sindicabilidade contenciosa em direito administrativo”, *in* Revista de Direito Público, n.º 1, 1985
- BABO PINTO, Ana Rita “A consagração (por defeito) do auxílio administrativo no novo CPA” *in* O novo código do procedimento administrativo, Universidade do Minho, Braga, 2015
- BATISTA, Tiago da Cruz, “Control of normative power of the regulatory agency by the Judicial Branch”, George Washington University Washington, 2014
- BRONZE, Fernando José, “«Continentalização» do direito inglês ou «insularização» do direito continental?” *in* Separata do volume XXII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1982
- _____, “Lições de Introdução ao Direito”, Coimbra Editora, Lisboa 2.ª Ed., 2010
- CABRAL DE MONCADA, Luiz, “Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- _____, Luiz, “Novo Código do Procedimento Administrativo anotado”, Coimbra Editora, Coimbra, 2015
- CABRAL FERRAZ, Conrado, “O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio constitucional da separação dos poderes”, EMERJ, Rio de Janeiro, 2009
- CAETANO, Marcello, “Manual de Direito Administrativo, I”, Almedina, Coimbra, Ed. 10.ª, 1990
- CALVÃO DA SILVA, João Nuno, “O Estado Regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral” *in* Temas de Integração, Almedina, Coimbra, 2005
- _____, “Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral”, Almedina, Coimbra, 2008
- _____, “Agências Europeias de Regulação”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2014

- CÂNDIDO OLIVEIRA, António, “A organização judiciária administrativa e fiscal” *in* Temas e problemas de processo Administrativo, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2.ª Ed., 2011
- CAROLAN, Eoin, “The new separation of powers”, Oxford, New York, 2009
- CARVALHO, Ricardo, “As agências de regulação norte-americanas e a sua transposição para os países da Civil Law” *in* Direito Regulatório: Temas Polémicos, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004
- CASTANHEIRA NEVES, António, “Questão-de-Facto - Questão- de- Direito ou o problema metodológico da juridicidade”, Almedina, Coimbra, 1967
- _____, António, “Digesta”, Vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1995
- COLAÇO ANTUNES, Luís, “A teoria do acto e a justiça administrativa”, Almedina, Coimbra, 2006
- CONFRARIA, João “Regulação e Concorrência – desafios do século XXI”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2.ª Ed., 2011
- _____, “Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro” *in* Estudos de Regulação Pública-II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015
- CORREIA, Sérvulo, “Noções de Direito Administrativo”, Vol. I, Editora Danubio, Lisboa, 1982
- COSTA, António Augusto, “A erosão do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa”, Publicações CEDIPRE Online – 12, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto 2012
- CUÉLLAR, Leila, “As agências reguladoras e o seu poder normativo”, Dialética, São Paulo, 2001
- _____, “O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas” *in* Estudos de Regulação Pública – I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- DESDENTADO DAROCA, Eva, “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”, Aranzadi, Navarra, 2.ª Ed., 1999
- DUARTE, David, “A norma de legalidade procedimental administrativa”, Almedina, Coimbra, 2006
- DUARTE JR. Ricardo, “Agência Reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade”, Juruá Editora, Curitiba, 2014

- DUARTE, Maria Luísa, “A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados”, Sep. de "Bol. do Ministério da Justiça", 370, Lisboa, 1987
- ESTEVES, Luz, “Controlo de Qualidade na Administração Pública”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2011
- Fernanda Maças e Vital Moreira, “Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projecto de Lei-Quadro”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- Fernanda Paula e José Eduardo Figueiredo Dias, “Discricionariedade Administrativa” *in* Separata de Scientia Iuridica, Coimbra, 1999
- _____, “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 4.^a Ed, 2016
- Freitas do Amaral, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2012
- _____, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, vol. I Almedina, Lisboa, 4.^a Ed., 2015
- GALLI, Rocco, “Corso di diritto amministrativo”, CEDAM, Padova, 2.^a Ed., 1996
- GERALDO, Mariana, “A discricionariedade administrativa e as novas formas de discricionariedade”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2013
- GOMES CANOTILHO, José, “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra Editora, Coimbra 2.^a Ed., 2001
- _____, José Joaquim, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, Coimbra, 7.^a Ed., 2003
- GONÇALVES CARVALHO, Kildare, “Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo”, Del Rey, Belo Horizonte, 14.^a Ed., 2008
- GONÇALVES, Pedro Costa, “Direito Administrativo da Regulação” *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- _____, “Controlo Administrativo de concentrações” *in* “Revista de concorrência e regulação”, Almedina, Coimbra, 2012
- _____, “Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contraente”, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- GOUVEIA, Rodrigo “Os serviços de Interesse Geral em Portugal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

- GUERRA, Glauco, “Princípio da Legalidade e poder normativo: Dilemas da Autonomia Regulamentar” *in* o Poder Normativo das Agências reguladoras, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006
- IGUARTA SALAVERRÍA, Juan, “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional”, Editorial Civitas, Madrid, 1998
- João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, “Manual de Direito Europeu”, Coimbra Editora, Coimbra, 6.ª Ed., 2010
- Licínio Lopes e Pedro Costa Gonçalves, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica” *in* Textos de Regulação da Saúde, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, 2013
- Lino Torgal e Maria Manuel Simões, “Balanço e perspectivas da regulação económica em Portugal” *in* Revista de Direito Público da Economia, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015
- LOPES, Pedro Moniz, “ O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do código do procedimento administrativo” *in* Revista Electrónica de Direito Público, n.º 1, 2014
- LOUREIRO, João Carlos, “Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos «direito adquiridos»”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- _____, “Estado Social em Portugal: reforma(s) ou revolução” *in* Por onde vai o Estado Social em Portugal?, Vida Económica, Porto, 2014
- MACHETE, Rui, “Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos bancos centrais” *in* Estudos de Direito Público, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- Marshall J. Berger e Gary J. Edles, “Independent Agencies in the United States. Law, structure, and politics”, Oxford, New York, 2015
- MASHAW, Jerry L. “Creating the Administrative Constitution”, Yale University Press, London, 2012
- MATOS, Nuno Miguel, “Auxílios de Estado: Serviços de Interesse Económico Geral”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2010
- MESQUITA GUIMARÃES, Rui, “Controlo Jurisdiccional das Relações Jurídicas Regulatórias”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2009

- MONIZ, Ana Raquel, “Traços da evolução do Direito Administrativo português”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2011
- _____, “A recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade. Contributo para a teoria dos regulamentos”, Almedina, Coimbra, 2012
- _____, “A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa” *in* O Direito, Almedina, Lisboa, 2012
- _____, “Estudos sobre os regulamentos administrativos”, Almedina, Coimbra, 2013
- _____, “A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa” *in* A crise e o Direito Público, Instituto de Ciências Jurídicas Públicas, Lisboa, 2013.
- _____, “Casos práticos. Direito Administrativo. Textos e casos práticos resolvidos”, Almedina, Coimbra, 2.^a Ed., 2015
- MONTESQUIEU, “De L’Esprit des Lois”, Tome premier, Ernest Flammarion Éditeur, Paris, 1796
- MUNIZ SHECAIRA, Cibele Cristina, “A competência das Agências Reguladoras nos EUA” *in* Temas de Direito Regulatório, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 2004
- NETO, Orlando, “Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano” *in* Direito Regulatório: Temas Polémicos, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel “Sobre a discricionariedade técnica” *in* Revista de Direito e de estudos sociais, Lex, Lisboa, 1994
- NORONHA, João, “A nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras: Poderes e instrumentos regulatórios” *in* Estudos de Regulação Pública- II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015
- NUNES VICENTE, Marta, “A quebra da legalidade material na actividade normativa da regulação económica”, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- _____, “Comentário à Lei n.º46/2011, que cria o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão” Publicações CEDIPRE online- 11 <http://cedipre.fd.uc.pt> , Coimbra, Abril de 2012

- OLÍAS LIMA, Blanca, “Manual de organización administrativa del Estado”, Editorial Síntesis, Madrid, 2006
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, “A discricionariiedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariiedade administrativa”, Almedina, Coimbra, 2011
- OTERO, Paulo “Legalidade e Administração Pública- O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade” , Almedina, Coimbra, 2003
- _____, “Manual de Direito Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2014
- Peñarrubia Iza, Joaquín, “La moderna Jurisprudencia sobre discrecionalidade tecnica” in Revista de Administracion Publica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995
- PÉREZ SALAS, Francisco, “De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público” in Revista Cemci, Granada, 2010
- PIÇARRA, Nuno, “A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução”, Coimbra Editora, Coimbra, 1989
- PIRES, Luis Manuel, “Controle judicial da discricionariiedade administrativa”, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2009
- PORTOCARRERO, M. Francisca, “Notas sobre variações em matéria de discricionariiedade. A propósito de algumas novidades terminológicas e das importação de construções dogmáticas pelas nossas doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo” in Juris et de Jure, Universidade Católica Portuguesa -Porto, Porto, 1998
- QUEIRÓ, Afonso, “O poder discricionário da Administração”, Coimbra Editora, Coimbra, 1944
- _____, “Lições de Direito administrativo”, vol. I, Coimbra, 1959
- _____, “Lições de Direito Administrativo I”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1976
- REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Direito Administrativo Geral, Tomo III”, Dom Quixote, Lisboa, 2007

- RIBEIRO, João Sérgio, “Entidades Reguladoras Independentes, uma forma de regulação ou de tributação?” in *Scientia Iuridica*, Revista de direito comparado português e brasileiro, Universidade do Minho, Braga, 2011
- ROCHA, Jaqueline “Discrecionariiedade Técnica e Poder normativo das Agências Reguladoras Brasileiras”, Universidade de Brasília, Brasília, 2002
- Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, “Administrative Law and process”, Foundation Presse, New York, 3.^a Ed., 1999
- ROXO PINHO, Deborah, “O poder normativo da Administração Pública, sob a ótica constitucional, legal e financeira” Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2005
- SADDY, “Discrecionariiedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009
- SALVIA, Filippo, “Attività amministrativa e discrezionalità tecnica” in *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, Fascicolo IV, 1992
- SALDANHA SANCHES, “A Regulação: História breve de um conceito” in *Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados*, Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2000
- SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Autoridades independientes- Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España”, Ariel, Barcelona, 2002
- SOARES, Rogério, “Direito Administrativo. Lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978
- _____, “Direito Administrativo I”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1981
- _____, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, Coimbra, 1982
- _____, “Administração Pública e Controlo Judicial” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 1994
- SOUSA, António Francisco, “Aplicação e indeterminação dos conceitos legais indeterminados no campo de tensão entre o juiz e a Administração”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993

- _____, “Interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados no campo de tensão entre o juiz e a administração”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1994
- SOUSA, Marcelo Fontana, “O Estado Garantia e as Obrigações de Serviço Público”, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2008
- SOUTO, Marcos, “Direito Administrativo Regulatório”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002
- STROINK, Frits, “Judicial control of the administration’s discretionary powers (le bilan executif – juge administratif)” *in* Judicial control. Comparative essays on judicial review, Antwerpen, Maklu, 1995
- TARRÉS VIVES, Marc, “Normas técnicas y ordenamento jurídico”, Tirant Monografias, Valencia, 2003
- TAVARES DA SILVA, Suzana, “Um novo direito administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Ordenamento jurídico administrativo português” *in* Contencioso Administrativo, Livraria Cruz, Braga, 1986
- _____, José, “A aceitação do acto Administrativo”, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2002
- _____, José Carlos, “Lições de Direito Administrativo”, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 4.ª Ed, 2015
- VILLELA SOUTO, Marcos, “Direito Administrativo Regulatório”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2.ª Ed., 2005
- VITAL MOREIRA, “Auto-regulação Profissional e Administração Pública”, Almedina, Coimbra, 1997
- _____, “As entidades administrativas independentes e o Provedor de justiça” *in* O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas independentes, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2002
- _____, “Entidades Reguladoras e Institutos Públicos” *in* A mão visível – Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003
- _____, “Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley ” *in* A mão visível – Mercado e Regulação, Almedina, Coimbra, 2003

BIBLIOGRAFIA ONLINE³³⁵:

- <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.520.2634&rep=rep1&type=pdf>>
- <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/073/1997-04-11/2119?q=entidades%2Badministrativas%2BIndependentes&pOffset=600>>
- <<http://2administrativo.blogspot.pt/2016/04/a-discricionariade-impropria.html>>
- <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/dossiers/novo_cpa/processo_legislativo/Parecer_CSM.pdf >
- <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/07-DEBATER-Discricionariade-da-administra%C3%A7%C3%A3o-fiscal.pdf>>
- <<http://revista.cemci.org/numero-8/pdf/doc3.pdf> >
- <<http://2administrativo.blogspot.pt/2016/04/a-discricionariade-impropria.html>>
- <<http://www.erse.pt/pt/aerse/organica/conselhoadministracao/Paginas/default.aspx>>
- <<http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=377881#.V2lcXLgrLIU>>
- <<http://www.dnoticias.pt/impressa/diario/opiniao/436494-quem-regula-o-regulador>>
- <<https://www.bportugal.pt/ptPT/OBancoeoEurosistema/Esclarecimentospublicos/Paginas/cpibes.aspx>>
- <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5188&context=faculty_scholarship>

³³⁵ Todas estes sítios na internet se encontravam disponíveis a 13 de Julho de 2016.

JURISPRUDÊNCIA:

- Acórdão do STA de 26-06-2001, proc. n.º 046433
- Acórdão do STA de 08-05-1997, proc. n.º 015108
- Acórdão do TCA Sul de 06-04-2006, proc. n.º 10511/01
- Acórdão do TRC de 20-11-2012, proc. n.º 277/11.6AVR.C1