

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Moncada, Luís Solano Cabral de, 1952-

Legalidade, procedimento normativo e «Rule of Law» : uma perspectiva comparada

<http://hdl.handle.net/11067/5061>

Metadata

Issue Date	1995
Keywords	Princípio da legalidade
Type	article
Peer Reviewed	yes
Collections	[ULL-FD] Polis, n. 04-05 (1995)

This page was automatically generated in 2020-03-05T06:35:46Z with information provided by the Repository

LEGALIDADE, PROCEDIMENTO NORMATIVO E «RULE OF LAW»; UMA PERSPECTIVA COMPARADA

I — A LEGALIDADE JUDICIAL. CONSIDERAÇÕES GERAIS

I. 1 — Não é fácil comparar o sistema anglo-saxónico da «rule of law» com o sistema continental da legalidade. Trata-se de frutos de evoluções políticas diversas e de distintas dogmáticas, o que não facilita qualquer comparação, nem, menos ainda, juízos de valor «a priori», ao contrário do que fez DICEY no dobrar do século relativamente ao direito administrativo francês, onde viu somente uma invenção algo malévolamente destinada a subverter os direitos subjectivos dos particulares e como tal totalmente estranha à tradição jurídica britânica. Seja como for, vai concluir-se que a protecção do particular à face da Administração é nos nossos dias semelhante, beneficiando os regimes continental e anglo-saxónico, como que de uma aprendizagem recíproca, que os tem aproximado.

Não se cairá no erro de comparar dogmáticas. O pensamento jurídico-político anglo-saxónico e mais ainda o norte-americano desconhece o conceito de Estado, nomeadamente quando se quer ver nele uma entidade unitária e autónoma, centro de relações jurídicas específicas, marcadas pela presença de poderes especiais, noção tão burilada pelo pensamento liberal alemão. Em vez disso depara-se hoje com um conjunto plural e descentralizado de entidades, utilizando meios jurídicos variados face aos quais baqueia a distinção entre direito público e privado. De modo semelhante, o direito anglo-saxónico desconhece a ideia de reserva de lei, enquanto núcleo de matérias cabendo ao (exclusivo) tratamento parlamentar, elemento essencial do conceito continental de legalidade e o norte-americano ainda a noção de hierarquia das normas, peça essencial do conceito conti-

(*) Docente Universitário.

mental europeu da legalidade. A predominância do órgão parlamentar funciona para outros efeitos, designadamente no plano das suas relações (políticas) com a Coroa e com os Tribunais ou com o Presidente. Não se ganha-ria pois nada em pretender comparar aquilo que é incomparável.

Nestas condições, a protecção do particular espera-se, no sistema anglo-saxónico, do activismo dos tribunais, à face das arremetidas, cada vez mais frequentes, do Executivo. O modelo da «legalidade» é justicialista e não legalista, como no Continente. A protecção não se espera tanto do respeito pelo Executivo de um quadro legislativo de origem parlamentar (ou de fonte equiparada), a observar por toda a actividade administrativa, quer a de conteúdo geral e abstracto, quer a de conteúdo individual e concreto. Espera-se muito mais do papel dos Tribunais, aplicando estes princípios de justiça material e processual, património da «common law», mediante os quais a posição do particular é devidamente valorizada face ao Poder. É esta feição justicialista da legalidade que lhe vai imprimir um especial carácter. Afinal o sistema anglo-saxónico valoriza muito mais os aspectos processuais da defesa do particular perante a Administração (Administrações) do que o sistema continental, sendo relativamente indiferente à questão da origem das normas e actos que o afectam. De modo semelhante têm aí especial relevo certos princípios de justiça material que, por se não esperrarem da sujeição, maior ou menor, da administração à lei parlamentar, suposta contactar privilegiadamente com princípios éticos, têm de esperar-se da prudência dos Tribunais. O mesmo se passa com o modelo norte-americano da legalidade, sem prejuízo das suas características específicas.

I. 2 — Modelo subjectivo da legalidade?

No vértice do modelo britânico da legalidade está sempre o particular, muito mais do que a lei, vértice este do modelo continental da legalidade. Daí que o modelo de justiça administrativa que lhe corresponde seja o subjectivo e não o objectivo, este característica do modelo continental. Note-se que estas afirmações devem ser entendidas em sentido relativo, nunca absoluto. Sempre há elementos dos dois modelos de justiça presentes em qualquer lado, apenas sendo predominantes num ou noutro caso as características do modelo subjectivo; assim se passa em Inglaterra.

Seria efectivamente difícil que o modelo de justiça administrativa anglo-saxónico não fosse predominantemente de tipo subjectivo. Num sis-

tema em que a produção normativa é amplamente descentralizada e em que a delegação de poderes normativos do Parlamento ao Governo é tão frequente e tão despida de cuidados, ver a legalidade na perspectiva (objectiva) do controlo da norma e do acto de origem administrativa à face do enunciado legislativo, conduziria a escassos resultados. Os limites à legislação delegada do Parlamento não preocuparam durante muito tempo doutrina e Tribunais no Reino Unido, sendo certo que no contexto continental foi logo a partir dos primeiros textos constitucionais democráticos que o problema ficou resolvido. Via-se o problema da «delegated legislation» na perspectiva da competência parlamentar em vez de na da protecção do cidadão. Como o Parlamento era soberano, nada a opor à ampla delegação da sua competência. Só mais tarde é que a regra da determinabilidade da delegação de poderes parlamentares entrou a fazer parte do modelo britânico da legalidade, por expressa imposição judicial. Passou a controlar-se a conformidade da norma administrativa com a lei invalidando aquela se «ultra vires». O objectivo é manter a Administração dentro da sua «jurisdiction» mais a mais num sistema em que não dispõe de poderes normativos normais.

Significa isto que o controlo judicial da actividade administrativa, seja ela de conteúdo geral e abstracto ou individual e concreto ou seja, regulamentar ou administrativa propriamente dita, feita pelos tribunais comuns a título de «judicial review», não visa hoje apenas proteger os direitos subjectivos dos particulares, não obedece só ao modelo subjectivo da justiça administrativa, indo noutra direcção, na medida em que questiona o cabimento da norma (e do acto) administrativa(o) no texto legal que lhe serve de parâmetro, sob pena de invalidade por «ultra vires». Estamos agora perante um processo feito a um acto, ou a uma norma, não perante um atentado a um direito subjectivo. A «judicial review» começando por exercer-se sobre os tribunais inferiores, estende-se hoje à actividade administrativa.

Claro está que não sendo as exigências de determinabilidade da delegação de poderes normativos parlamentares comparáveis às do artigo 80.º da Constituição alemã ou às do artigo 168.º n.ºs 2 e segs. da Constituição portuguesa, pois que o princípio constitucional da soberania parlamentar e a ausência de uma constituição escrita desculpabilizam aqui a total liberdade parlamentar ou seja, não se colocando no Reino Unido o problema dos limites à delegação daqueles poderes do mesmo modo que noutros países, a protecção dos direitos dos parti-

culares contra a Administração é peça fundamental da legalidade e do modelo de justiça administrativa correspondente. Consequência paradoxal da noção britânica da predominância do Parlamento como órgão normativo; valorização do controlo judicial da afectação dos direitos subjectivos na falta de densidade da norma parlamentar. É por isso que as aberturas da «judicial review», para além da invalidade por «ultra vires» a que pode dar origem, como se viu, apontam predominantemente para a invalidade das normas e actos administrativos por afectação de princípios de justiça processual ou até por interferências desproporcionadas na liberdade e propriedade individuais. Na afectação daqueles princípios processuais vê-se a de um direito subjectivo do particular. Todos aqueles princípios (como por ex.: a «rule against bias» e o «right to a hearing») integram o património da «common law». Começaram por se aplicar aos tribunais inferiores, como se disse, aplicando-se hoje também a toda actividade administrativa, fazendo dela uma forma de actividade tendencialmente guiada por um modelo de actuação quase-judicial. Tem-se conseguido assim que em qualquer caso em que as entidades públicas afectem um direito fundamental, se observe um tipo de procedimento de natureza judicial.

I. 3 — Os «remedies»

A afectação dos direitos individuais é também directamente protegida no Reino Unido pelos tradicionais «remedies» que se corporizam num conjunto de «writs»; aplicados por ocasião da «judicial review», ora, em parte, rebaptizados de «orders».

As duas formas de controlo não se confundem nem se excluem. O controlo judicial a título de «judicial review» é um controlo incidental de normas e actos, mas de natureza declarativa. Ora, no Reino Unido, o papel dos tribunais na defesa da «rule of law» não é puramente declarativo, é muito mais do que isso, o que só é compreensível num regime de administração judicial, como é bem sabido.

Através dos «writs», de conteúdo e aplicabilidade muito diversificadas podem os Tribunais dar uma ordem à Administração, proibir-lhe um comportamento e mesmo que a título preventivo, etc... O predomínio do modelo subjectivo de defesa da legalidade é aqui perfeitamente nítido. O juiz não se pronuncia sobre o fundo da causa limitando-se a dar satisfação a uma

pretensão de um particular. Os «remedies» são instrumentos processuais de defesa dos direitos subjectivos, tão nítida sendo a ligação entre ambos que é vulgar considerar-se que «rights depend upon remedies». Os «remedies» são exclusivos dos tribunais comuns.

I. 3.1 — Os Tribunais Administrativos

É uma realidade insofismável desde a década de 30 o aparecimento de tribunais administrativos, como aliás o próprio DICEY teve de reconhecer.

A complexidade e especialização das tarefas próprias do «Welfare State» não se compadeciam com um controlo feito em exclusivo pelos «courts» ou tribunais comuns. Foi portanto necessário criar órgãos integrados na própria Administração activa, de composição heterogénea, muito embora com vocação quase-jurisdicional, votados à resolução, quase sempre informal, dos conflitos. O tradicional pragmatismo britânico mostrou aqui o que valia. O campo de acção dos «administrative tribunals», não é a legalidade da Administração, competindo esta aos tribunais comuns, a título de «ultra vires» ou aplicando «remedies», mas sim a «discricionariedade» administrativa, por tal se entendendo todo o conjunto de liberdades, interpretativas, integrativas e discricionárias propriamente ditas, de que dispõe inevitavelmente a moderna Administração.

Assim sendo, o recurso aos tribunais administrativos não pressupõe a lesão de um direito subjectivo do particular. É-lhe igualmente indiferente a distinção entre normas ou actos externos e internos, noções estranhas ao direito britânico.

Das deliberações dos tribunais administrativos há, em regra, recurso para os tribunais comuns, recurso de cassação, não de apelação. Quando assim não sucede, ficamos próximos do sistema francês típico do passado século da «Administration-juge» ou seja, da Administração juiz em causa própria, tendo em atenção que os membros dos tribunais administrativos não são magistrados e são nomeados. Tal situação é contudo em parte compensada pelo conteúdo «quase-judicial» da actividade destes tribunais, que aplicam regras processuais e de justiça material o que a equipara de algum modo aos tribunais ordinários. A evolução da «statute law» ou seja, do direito legislativo tem sido porém cada vez mais no sentido da preclusão do recurso das deliberações dos tribunais administrativos para os tribunais ordinários, o que não abona a favor da legalidade. Tal limite deve ser porém

visto dentro de um todo global, onde avultam os mecanismos políticos de controlo da actividade da Administração e certos meios de participação dos cidadãos nas decisões que lhes dizem respeito, buscando aí a legitimação que da lei escasseia, embora sem o alcance geral que deles é próprio nos Estados Unidos. A perfeição destes mecanismos compensa de algum modo os limites do controlo jurisdicional, a que acrescem outros que serão já referidos. Diferentemente do que se passa no direito norte-americano, a figura não é geral nem é, quase sempre, obrigatória, o que lhe dificulta o alcance. Tem sido utilizada a propósito da expropriação por utilidade pública e da protecção do ambiente.

I. 3.2 — A «preclusion»

A evolução do direito administrativo britânico tem sido porém no sentido da restrição, por lei parlamentar, dos poderes de controlo dos Tribunais. Só o Parlamento, cuja lei não está sujeita a «judicial review» e se constitui, por ser assim, numa norma para-constitucional, pode excluir tal recurso. O parlamento pode portanto excluir ou limitar a «judicial review». A soberania parlamentar é assim entendida quando no confronto com os Tribunais, supostos não pôr em causa a soberania parlamentar, consequência de um entendimento, neste ponto muito rígido, da divisão dos poderes; apenas controlam a liberdade governamental ou de outras entidades, descentralizadas, na prossecução das suas actividades administrativas e protegem os direitos dos particulares. Enquanto semelhante exclusão da competência judicial tem deparado, à face do direito norte-americano, com fortes dúvidas quanto à respectiva constitucionalidade, o mesmo se não passa no direito britânico, pois que tais restrições à competência dos Tribunais trazem o certificado de autenticidade da sua origem parlamentar e portanto são indiscutíveis. A competência geral dos «courts», parte integrante da «common law», tem sido assim posta em causa pela «statute law».

A exclusão (preclusion) da competência judicial para a «judicial review» da actividade administrativa, constante de certas cláusulas legislativas, tem deparado com forte resistência dos Tribunais, que se esforçam por interpretar em sentido o mais restrito possível o alcance de tais cláusulas, nomeadamente dos Tribunais superiores, que não desistem facilmente da sua «supervisory jurisdiction» sobre as autoridades administrativas. O braço de ferro entre o legislador parlamentar e os tribunais acentua-se num regime sem texto constitucional escrito.

I. 4 — O «appeal»

Para além da «judicial review» que se concretiza, como se viu num modelo misto, objectivo (ultra vires) e subjectivo (writs) de controlo da actividade administrativa, tem grande importância o «appeal» para os tribunais comuns. Enquanto que com a «review» se controla a «jurisdiction» da Administração ou seja, o respeito da Administração pelas competências que lhe assistem, embora entendendo este termo em sentido muito amplo, capaz de compreender o respeito por certos princípios processuais e de justiça material, como se viu, onde cabe seguramente o respeito pelos direitos fundamentais, acentuado pelos «writs» emitidos pelos tribunais, com o «appeal» controla-se a violação da lei de fundo pela Administração ou seja, o «merit», aí cabendo p. ex. o controlo de erro de facto e de direito por parte da Administração. Diferentemente da «review» o «appeal» tem carácter excepcional, sendo criado por lei caso a caso, que fixa igualmente o âmbito da sentença respectiva. De um modo geral dele decorre uma sentença de apelação e não de mera cassação. O «appeal» não é um instituto da «common law», mas sim criado por lei.

É difícil encaixar estes conceitos, construídos pragmaticamente à medida das necessidades da prática, em equivalentes continentais. Dizer, por exemplo, que a «review» abarca todos os vícios do acto administrativo, menos o da violação de lei, cabendo este no «appeal», não sendo incorrecto, é contudo incompleto, porque o conjunto de situações controláveis pelos tribunais na sequência da «judicial review» é muito variado, abrangendo nomeadamente a violação dos princípios gerais de direito administrativo (regras de «natural justice») do mesmo passo que o controlo consequente ao «appeal» não é tão vasto como o que cabe no vício da violação da lei.

I. 5 — Os limites materiais ao controlo judicial

No plano material há também limites claros à competência dos Tribunais para o conhecimento da actividade da Administração. Estamos longe de um sistema de «controlo total». Fora da «judicial review» ficam as «purely administrative questions» e os actos políticos (acts of state). Coloca-se, a propósito das primeiras, no direito inglês, o problema da distinção entre as questões «judiciais», estas sujeitas a controlo judicial e as «administrativas» dele libertas, interpretando-se, claro está, os termos à

moda inglesa, sem correspondência continental. Como não há, à boa maneira pragmática, critério distintivo exacto entre aquelas noções, deve o juiz auto-conter-se, no seu trabalho de controlo da actividade da administração, à porta das questões «administrativas» e políticas, sobrevivência da tradicional «prerogative» régia.

Tal atitude é o resultado de uma visão sobretudo funcional da divisão dos poderes, que desaconselha o controlo judicial para lá de certos limites sob pena de aniquilar o Executivo. Deve-se também, compreensivelmente, ao receio dos juízes de exprimirem opiniões políticas, assim comprometendo a sua independência. Assim se logra um ponto de equilíbrio entre uma Administração eficiente e o controlo respectivo. Num país em que não há uma teoria do acto político nem um texto constitucional escrito é da auto-contenção judicial que se espera o equilíbrio entre o Executivo e os Tribunais.

II — A LEGALIDADE PROCESSUAL (OU PROCEDIMENTAL)

II. 1 — O procedimento normativo; o caso norte-americano. Considerações prévias

De um modo ainda mais nítido do que no caso britânico, o particular entendimento da divisão dos poderes coloca nos E.U.A. o problema da legalidade em termos especiais; desde logo o regime constitucional dos freios e contrapesos dificulta a atribuição de uma função estatal materialmente identificada a um complexo orgânico diferenciado, antes a reparando, desigualmente embora, por diferentes órgãos. Por outro lado, é ainda mais clara neste país a estrutura altamente descentralizada da produção normativa, quer ao nível federal, quer ao nível estadual. Na prática são com muita frequência, por delegação legislativa, as «regulatory commissions», para além dos «offices» e dos «boards» os verdadeiros autores normativos (as «agencies», em síntese). A diluição da noção de Estado e a heterogeneidade das fontes normativas conduziu claramente à imprestabilidade das noções continentais europeias de reserva e preferência da lei, colocando em novos moldes a questão da legalidade, nem sempre, aliás, facilmente compreensíveis para o jurista europeu.

Nestas condições e num país em que a «common law» não tem tantas tradições como no Reino Unido, tendo já corrido o risco de pura e simples-

mente ser posta de parte perante a inflação legislativa, sobretudo a partir do «new deal» rooseveltiano, o sentido da legalidade tem de ser procurado noutras paragens. A recente admissibilidade da delegação de poderes normativos como figura geral, complicou ainda mais a questão. Assim sendo, a legalidade deve aferir-se não apenas pelo controlo da extensão e intensidade dos poderes normativos delegados, problema que já foi primeiro na jurisprudência norte-americana, mas também e sobretudo pela observância de convenientes garantias processuais capazes de dar corpo à cláusula constitucional do «due process of law» e que sirvam de compensação à latitude com que são admitidos e encarados os poderes normativos de entidades autónomas, públicas e até mistas, consequência da «delegation doctrine». Acentuação dos limites à legislação delegada em sede de «judicial review», por um lado e procedimentalização da decisão administrativa, a começar pela regulamentar, eis os vectores essenciais da ideia norte-americana da legalidade. Só o segundo é específico deste modelo de entendimento da legalidade.

Ultrapassadas as objecções à delegação de poderes (“non delegation doctrine”) por trás das quais estava o desiderato de impedir o intervencionismo estatal, corolário do credo liberal na autosuficiência da Sociedade Civil, voltaram-se as atenções para a necessidade de compensar a totalidade dos poderes normativos que a legislação outorga à Administração através de mecanismos de participação dos destinatários na actividade administrativa, fazendo-a enveredar, ao mesmo tempo, por um procedimento decalcado do judicial, ou pelo menos para aí tendendo. A democracia directa pretende compensar assim os limites da democracia representativa, ao mesmo tempo que o modelo de decisão judicial (“trial-like model”) serve de freio à ampla liberdade de que a delegação (legislativa) de poderes normativos investiu a Administração, através de leis que se limitam na grande maioria das vezes aos quadros gerais dos regimes jurídicos.

II. 2 — Evolução histórica do procedimento

Pode dizer-se que o procedimento normativo regulamentar da Administração passou por três fases: até 1946, de então até à década de setenta e da década de setenta até aos nossos dias. A primeira fase caracterizou-se pela ampla diversidade procedimental. As exigências procedimentais variavam de acordo com o teor dos poderes normativos delegados à administra-

ção e as matérias a regulamentar, mas podendo ainda assim dizer-se que ficava geralmente consagrada a necessidade da consulta prévia dos interessados pelas «agências» e outras instituições antes do exercício do poder regulamentar. A segunda fase foi a que começou com a lei do procedimento administrativo de 1946 (A.P.A.), verdadeiro código do procedimento, em que se fixaram um importantíssimo conjunto de princípios e regras a observar, dentro do desiderato geral de uniformizar o procedimento e de o decalcar pelo modelo judicial. Os principais princípios gerais aí consagrados foram o da participação pública no procedimento conducente à decisão final e o da publicação no «Federal Register» do projecto da norma regulamentar de modo a possibilitar a subsequente participação. Note-se que o procedimento é nos E.U.A. uma criação legislativa e não propriamente uma exigência constitucional, não obstante a cláusula constitucional do «due process» (Emenda 5.^a da Constituição), de aplicação muito mais limitada.

O procedimento regulamentar depois de 1946 divide-se em duas modalidades, a informal e a formal. A modalidade informal é a regra (secção 553 do A.P.A.); vale sempre, salvo lei em contrário. As exigências procedimentais são mais suaves que no outro caso, mas, ainda assim, começam com a publicação oficial do projecto de norma, a partir da qual se aceitam os comentários escritos de qualquer interessado, durante certo prazo, de consideração obrigatória pela instituição dotada por lei de poder normativo e concluem com a publicação oficial da decisão final. De importante há a reter que este procedimento não é «on-the-record» ou seja, a decisão final pode fundamentar-se em dados e critérios que podem não constar do «dossier» administrativo e que não foram, portanto, objecto de um juízo contraditório. Significa isto que a liberdade da Administração face aos materiais recolhidos junto do público não fica prejudicada.

O procedimento formal é mais complexo. Constitui a excepção, só se aplicando quando a lei expressamente o prevê, o que sucede quando os interesses envolvidos são de maior quilate. Prescindindo das fases processuais que são idênticas às do procedimento informal, o que há aqui de verdadeiramente especial é o facto de a decisão administrativa final dever ser elaborada «on-the-record after opportunity for agency hearing». Isto significa que a decisão final não pode ter em conta outros elementos que não os que a participação do público carreu para o «dossier» (sendo, por isso, «on-the-record») e é, nesse sentido, menos livre do que a decisão consequente ao procedimento informal onde a Administração pode livremente levar em conta outros elementos. A decisão tem de ser portanto tomada com atenção

obrigatória e exclusiva aos elementos constantes do processo. Tanto assim é que o controlo judicial tem por objecto a conformidade da decisão administrativa ao «record». O contraditório é de igual modo mais aperfeiçoado do que no procedimento informal, sendo análogo ao do procedimento judicial.

A terceira fase verifica-se desde a década de 70 até hoje. Caracteriza-se ela pelo desaparecimento quase total do procedimento formal, pois que nenhuma lei especial o exigiu, por um lado, e pelo outro pela progressiva formalização do procedimento informal. Voltou-se, de algum modo, à pluralidade procedimental, tal como acontecia antes de 1946. O desaparecimento do procedimento formal deve-se à sua excessiva complexidade, morosidade e custos.

A situação real é pois a da diversidade procedimental, com introdução por lei de exigências especiais, caso a caso. Estamos na fase do procedimento híbrido. Esta situação deve ser vista como o resultado de uma atitude pragmática, tão típica da «forma mentis» norte-americana.

As novas exigências especiais são o resultado do desejo de tutela mais aperfeiçoada dos interesses em presença ou por vezes até da centralização da produção normativa, como sucede depois da ordem executiva 12.291 — do Presidente REAGAN, que impõe o envio prévio dos projectos normativos ao Executivo para exame do ponto de vista dos custos financeiros respectivos, o que na prática centraliza a produção normativa e afecta a participação do público.

De modo geral, pode dizer-se que o procedimento vai mais longe do que o informal, mas sem chegar à exigência generalizada de audiências públicas e contraditórias de recorte judicial, características do procedimento formal.

II. 3 — «Adjudication e rulemaking»

A consagração do código de procedimento administrativo de 1946 e a evolução posterior, confirmaram a predominância da «rulemaking» sobre a «adjudication» como meio de executar as leis. Muito embora as noções em causa não correspondam exacta e respectivamente às de regulamento e acto administrativo dos países europeus continentais, a verdade é que o desenvolvimento das leis pelas «agencies» através de normas regulamentares («rules») tem sido a regra desde então, corporizando a tendência para

aquilo que o credo liberal tem identificado como a («excessiva») regulamentação da vida económica-social e que elegeu como sua inimiga principal. Apesar de a elaboração de normas regulamentares não ser obrigatória para as «agencies», fora dos casos em que a lei a exige, ficando estas entidades com liberdade de escolher entre a «rule» ou «adjudication» como meio de executar a lei, sempre, claro está, dentro dos princípios do «hearing» desenhados pelo código do procedimento administrativo, a tendência é para a «rulemaking».

Seja como for, a «rulemaking» permite ultrapassar as desvantagens da indeterminação e insegurança consequentes a uma criação só casuística do direito, típica da «adjudication». Esta última deverá ser a consequência individualizada da «rulemaking» em vez de título alternativo à execução da lei. As vantagens da «rulemaking» são inúmeras; aumenta a eficácia da acção administrativa, diminui a terrível pressão dos interesses privados organizados sobre a decisão administrativa e potencia valores de certeza, igualdade e segurança, como é bem conhecido. Ao fim e ao cabo só a elaboração de regras gerais e abstractas diminui a liberdade e discricionariedade da Administração, mais a mais num país em que o Executivo, por directamente dependente do Presidente, beneficia como que da legitimidade democrática directa deste. Sem o desenvolvimento da lei por meio de «rules», a aplicação do direito seria um emaranhado de decisões casuísticas cujo controlo pelos Tribunais sairia desfigurado e cuja ligação à vontade parlamentar seria impossível de apreciar. A breve trecho o valor da transparência da actividade do Executivo (e de entidades dele dependentes) teria deixado de fazer sentido. Não admira pois que na reforma do código de procedimento administrativo de 1981 (MSAPA) se imponha às «agencies» o dever de criar normas que possibilitem uma execução adequada e previsível das leis. Assim se colhem as vantagens da auto-vinculação da Administração face à sua liberdade, tão apreciada noutras latitudes.

Não significa isto que a «adjudication» como meio de execução directa da lei tenha pura e simplesmente desaparecido, mas só que se reduziu muito o seu campo de aplicação. Claro está que a «adjudication» também está sujeita a um procedimento administrativo complexo, mas cujo controlo pelos Tribunais, na ausência de regras gerais é muito mais difícil. Ainda assim invocam os tribunais a cláusula constitucional do «due process of law» para censurar «adjudications» em que certos princípios tais como o «hearing», decalcados do modelo contraditório judicial, não tenham sido observados. É o que tem acontecido em certos casos de expropriação e de

outras «injunctions». Trata-se de critérios aplicáveis a todo o tipo de actuações administrativas. Em termos de complexidade procedimental a «adjudication» assemelha-se, portanto, à «rulemaking», consistindo a única diferença na vastidão dos interessados admitidos à audiência prévia, pois que naquela só são admitidas a participar as pessoas directamente afectadas pelo acto.

Dizia-se atrás que a tendência é para a «rulemaking» no caso em que as entidades com competência normativa e executiva podem optar entre a regra e a «adjudication» como meio de executar a lei. Isto fica a dever-se não só a uma opção das próprias «agencies», muito criticada por certos sectores liberais mais radicais, adeptos da «desregulamentação», mas também é a exigência dos Tribunais.

Os Tribunais têm sabido, paralelamente, desenvolver um certo número de princípios aplicáveis ao procedimento, que só são compreensíveis se as decisões administrativas tiverem sido elaboradas na sequência de complexas formalidades, como por ex.: o princípio da correspondência entre o projecto de regulamento já depois da participação pública e a norma final, e o princípio do «hard look» ou seja, da consideração efectiva das alegações feitas pelos interessados para o que hão-de demonstrar as «agencies» que as examinaram convenientemente. Assim se potencia a real efectividade da participação pública. Do mesmo modo merece destaque o princípio da «open mind» por parte do titular do poder regulamentar mediante o qual se pretende garantir que a «agencie» não tomou posições definidas antes do fim do processo o que significa que nada pode ter decidido antes da audição e participação dos interessados. Todos estes princípios aumentam os deveres dos titulares do poder regulamentar e aprofundam a participação dos interessados. São de criação (pretoriana) jurisprudencial, servindo-se os juizes da cláusula constitucional do «due process» como fundamento para a formulação respectiva, bem como de uma interpretação à letra das exigências procedimentais dos diplomas de 1946 e 1981.

II. 4 — O princípio do «hard look»

Este princípio, de criação jurisprudencial, como se disse, visa obrigar a entidade com competência normativa a valorizar devidamente os elementos de facto e de direito constantes do «dossier» sob pena de anulação da norma final pelos Tribunais. Aplica-se ao procedimento regulamentar informal e o

seu alcance prático tem sido o de potenciar a sua transformação num procedimento formal ou quase-formal, pois que o controlo judicial só é viável se os dados, cuja relevância na decisão normativa final se pretende assegurar, constarem do «dossier» administrativo, «on the record», portanto. Seu pressuposto é o prévio dever administrativo de elaboração de um «record» tendencialmente exaustivo e completo, para além dos casos em que a lei expressamente o prevê, assim se convertendo o procedimento informal ou seja, o «notice-and-comment rulemaking» num procedimento formal, «on the record», possibilitando este um amplo controlo judicial. Os efeitos que a jurisprudência retira da aplicação do princípio do «hard look», retira-os igualmente da exigência de densificação do preâmbulo explicativo da norma final que a lei de procedimento consagra em geral. A aplicação do princípio do «hard look» alterou substancialmente os termos reais do procedimento informal e demonstra o empenho dos juízes no reforço dos mecanismos da democracia directa, em prol da melhoria da qualidade das normas, do acréscimo da sua legitimação e da criação das condições óptimas para a respectiva aplicabilidade e aceitação, de algum modo reconciliando a burocracia com os cidadãos.

Não se pense contudo que o acréscimo de exigências procedimentais pelos tribunais não tem limites. É assim que se repudiou a obrigatoriedade de, no quadro do procedimento informal, atender à exposição oral dos interessados o que, verdadeiramente, diluiria fronteiras entre este procedimento e o formal. O «leading case» é a este propósito o Vermont Yankee de 1978. Os Tribunais não podem criar novas exigências procedimentais, com o que se substituiriam ao legislador; só podem interpretar restritivamente as que a lei consagra e formular princípios gerais a partir daí, como se viu, de aplicação uniforme, o que tem bastado para sedimentar o «hard look», entre outros. De um modo geral é-se sensível à consideração de que o que se ganharia em legitimação da decisão final pelo alargamento do consenso que lhe subjaz não compensaria a morosidade e custas para os particulares. Prevalece aqui um ponto de vista pragmático.

O princípio em causa tem-se revelado um poderoso meio de limitação da liberdade discricionária e interpretativa de que a lei dota as «agencies». A obrigação de decidir de acordo com o «input» fornecido, o constante do «record», diminui a legitimidade dos pontos de vista autónomos da Administração. A noção de interesse público aproxima-se assim de um somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar, em vez de ser vista como um critério unilateral da administração. Foi o desejo dos tri-

bunais de controlar as normas administrativas que levou a este resultado, tão de acordo aliás com as tradições jurídicas norte-americanas. A conformidade com o direito ou seja, a «rule of law» resulta aqui da obrigatoriedade do peso dos interesses privados, devidamente registados e organizados, na decisão administrativa final, reduzindo ao mínimo a sua autonomia. Poderá pois dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o «record») ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa. Assim se sedimenta a «rule of law».

O «hard look» distingue claramente o procedimento das modalidades de participação dos interessados na elaboração da decisão administrativa final e até de concertação, tão vulgares no direito europeu. De facto, o atendimento devido aos resultados do procedimento na decisão final, que é como quem diz, a consideração obrigatória dos interesses privados, coloca o procedimento num lugar à parte perante os referidos institutos, que apenas funcionam como meio de canalizar informação para a decisão administrativa, mas sempre sem carácter vinculativo, no caso da participação, sem modificar, portanto, o carácter unilateral da decisão final, a cargo da Administração. O mesmo se passa na concertação, não obstante a distinção entre esta figura e a participação; a autonomia decisória unilateral da Administração não está em causa.

II. 5 — A natureza do controlo judicial

O controlo judicial desenvolvido através do princípio do «hard look» tem natureza predominantemente formal e não substancial, ficando este último reservado, quase em exclusivo, para o controlo da actividade administrativa feito em nome da «common law», entendendo por tal o da extensão e intensidade da delegação de poderes a favor do Executivo e entidades dele dependentes e o respeito por certos princípios gerais.

O que está aqui em causa é a «fairness» da decisão administrativa, processualmente compreendida, não a sua compatibilidade com a vontade legislativa nem o respeito por certos princípios gerais muito embora nela esteja implícita a protecção dada a certos direitos fundamentais. O controlo feito em nome do princípio do «hard look» não tem em vista fiscalizar a rectidão material da decisão administrativa e daí que pare à porta de uma decisão «defensável» da Administração, muito embora se saiba que são

imprecisas as fronteiras entre ambos os tipos de controlo. O controlo é assim menos profundo, em regra geral, do que pode parecer, pois que os juízes são levados a aceitar factos, interesses e pontos de vista jurídicos da Administração e/ou por ela invocados, muito embora o juiz os possa reputar irrelevantes ou imprecisos, desde que a via procedimental a seguir tenha sido convenientemente observada. A prática é no sentido de tolerar amplamente as posições da Administração, desde que defensáveis e desde que fique provado que foram suficientes os dados por ela coligidos e que lhes foi dada a atenção devida. A transigência dos juízes é mais evidente na «adjudication» do que na «rulemaking», o que é natural pois que neste último caso sempre a Administração fica autovinculada ao material normativo que produziu, do que decorrem limites claros para a decisão individual e concreta. No primeiro caso, a Administração pode alterar a sua posição e decidir de modo diferente em casos futuros semelhantes, desde que a solução seja «defensável» isto é, desde que fique demonstrado que os interessados puderam ser e foram de facto consultados, tendo sido a consulta devidamente valorizada.

A limitação do controlo judicial é consequência natural do modelo de controlo da Administração consagrado; um modelo de controlo preventivo da decisão administrativa, incidindo predominantemente sobre o modo de decidir (a fairness) e, conseqüentemente, tolerante para com o resultado final ou seja, pouco exigente quanto à rectidão material da decisão administrativa final, essa sim objecto do controlo jurisdiccional nos moldes europeus.

Efectivamente, nos países europeus continentais, a tradição do controlo judicial da Administração, fá-lo incidir predominantemente sobre a rectidão material da decisão administrativa, em vez de sobre a «fairness» processual que lhe deu origem. Daí a secundarização das questões procedimentais. É assim que a Administração não tem a obrigação de seguir sempre uma via rígida para recolher os dados para uma decisão, sobretudo quando elabora normas regulamentares. As fontes materiais de que lança mão não têm de exhibir certificado de origem. Não significa isto, claro está, que o que está por trás das decisões administrativas não seja relevante do ponto de vista do posterior controlo judicial da sua rectidão material e jurídica; o cidadão deve ter acesso a uma informação completa sobre a decisão administrativa de modo a possibilitar-lhe a sua defesa contenciosa e aí estão o dever de fundamentação expressa dos actos administrativos e o princípio do arquivo aberto para o provar, mas sempre na perspectiva de um controlo judicial da

rectidão da decisão, que assume quase sempre o significado de uma conformidade (ou compatibilidade) com a lei (entendida esta, muito embora, em sentido amplo, e não apenas como diploma parlamentar). Em síntese; interessa muito mais ao juiz nos países europeus controlar a maneira como a Administração aplica o direito legislado do que o modo como a Administração chamou à colação os dados necessários à sua decisão, o que só faria sentido no quadro de um procedimento complexo apropriado à elaboração da decisão final, com particular relevância para os seus momentos contraditórios. Neste enquadramento, desde que a Administração tenha observado o adequado procedimento, no âmbito do qual os particulares tiveram bastas possibilidades de intervenção, o juiz aceitará a partir daí a decisão final da Administração não a contestando, a não ser que possam estar em causa princípios gerais ou a Constituição, o que só por excepção sucederá. O controlo incide sobretudo sobre a fase prévia à decisão final, não sobre o conteúdo desta. Não se julgue, no entanto, que o controlo judicial, no caso norte-americano, é indiferente a considerandos substanciais. O que sucede é que tais considerandos ficam como que incluídos na «fairness» processual seguida, estão implícitos. Quer isto dizer que o controlo em causa é mais amplo do que o que corresponde no direito europeu continental ao vício de forma, como quer que este seja entendido.

O controlo judicial «à americana» permite, na sua grande elasticidade, estabelecer uma relação particular entre os juízes e a Administração. É através dela que se apura qual das duas instâncias, a judicial e a executiva, tem a primazia na decisão. Se o juiz quiser privilegiar a Administração, confirma a versão dos factos e do direito que esta apresenta. Se não, impugna-a, o que fará de modo tanto mais claro quanto mais de perto parecem estar em causa princípios gerais da «common law» entre os quais a «fairness» ou constitucionais.

II. 6 — Consequências; o entendimento da legalidade numa democracia pluralista e descentralizada

A relação próxima com a lei parlamentar (ou com fonte equiparada) caracteriza o sentido da legalidade nos países do continente europeu. Isto obriga a uma vasta produção legislativa, à medida da dilatação das tarefas da Administração. Não basta porém, só aumentar o número das leis, é preciso aperfeiçoar o respectivo conteúdo e densificá-las abundantemente, de

modo a que a administração, ao actuar, possa contar com um programa legislativo preciso. Tudo isto é um corolário do particular alcance e sentido da legalidade nos países europeus. O problema põe-se também naqueles países, como a França, em que está mais desvalorizada a ligação da actividade administrativa à lei parlamentar. A desvalorização desta norma como fonte da actividade administrativa, não põe de lado a necessidade da conformidade (ou compatibilidade) da actividade administrativa com normas equiparáveis. É precisamente este conteúdo da legalidade que é desconhecido nos E.U.A.. A produção legislativa parlamentar é mais escassa e menos rica, com a consequência da ampla liberdade da Administração. A quem compete condicionar e limitar tal liberdade é, conseqüentemente, ao juiz, muito mais que ao legislador. O alcance da legalidade decorre assim das relações entre a Administração e o juiz, muito mais do que das relações entre a lei e a administração. O controlo parlamentar da Administração perde terreno a favor do seu controlo judicial.

Doutro ponto de vista a quem compete desenvolver a lei é a entidades descentralizadas, em maior ou menor medida, mas sempre dependentes do Executivo (Administration). É por isso que legalidade deve ser compreendida no quadro de uma democracia pluralista, em concreto de um pluralismo de grupos, em que a produção normativa vê a luz no seio de entidades descentralizadas, muito permeáveis aos interesses e opções dos grupos de pressão organizada, precisamente através de um procedimento administrativo apto a veicular os pontos de vista respectivos. A produção normativa recai sobre entidades alheias ao ideário da democracia representativa-parlamentar, de legitimação maioritária, alimentando-se, pelo contrário, da legitimação, que lhe advém de estarem muito próximas das pulsões da vida real, imersas no processo político quotidiano e por isso podendo reproduzir fielmente os conflitos (políticos) de interesses reais. Indispensável é, para tanto, que o programa normativo da lei parlamentar se fique por generalidades, de modo a não retirar liberdade de acção às «agencies» e a não impedir o livre acesso dos grupos e parceiros sociais mais capazes e dinâmicos. Estamos muito longe do sentido da legalidade dos países continentais europeus, em que a vinculação da Administração à lei é tanto quanto possível estreita, pouco ou nenhum espaço ficando para a influência no conteúdo da norma ou do acto de grupos de pressão, exteriores ao Estado. O conteúdo da legalidade é portanto alheio a influências exteriores ao próprio Estado, mais a mais conhecidos como são os limites da intervenção das entidades

representadas nos órgãos de participação e de concertação social, aí onde existem.

Poderá assim dizer-se que a legalidade não tem nos E.U.A., ao invés do que sucede no contexto europeu, os custos políticos do virar costas às pulsões reais dos interesses sócio-económicos prevaletentes nem os custos que aí se pagam pela não adequação das medidas legislativas aos reais interesses dos seus destinatários. É que enquanto que a informação necessária à bondade das normas procede, naquele contexto, do funcionamento parlamentar, com todas as limitações inerentes, nos E.U.A. procede directamente dos próprios representantes «espontâneos» e activos da Sociedade Civil, pese muito embora o risco de «oligopolização» dos interesses atendíveis. É por isso que a lei é o resultado de um «processo» à semelhança da lide judicial, político, porque directamente inserido nos conflitos de interesses. O legislador parlamentar não pode assim substituir-se ao papel dos grupos de interesses organizados, como veículos da informação necessária à decisão administrativa e daí que o modelo legislativo se afigure muito menos sensível do que o processual às flutuações e à conjuntura políticas. Daí os custos políticos que não evita. Assim se explica a compreensão funcional da lei, muito mais como um instrumento de defesa de interesses, do que como um precipitado normativo de alcance axiológico ou um sintoma da prevalência do Congresso como órgão de decisão.

Daqui decorre que a legalidade nos E.U.A. subtende uma ampla liberdade da Administração relativamente ao Congresso. O particular modo como é entendida assim o exige. Uma maior intervenção do legislador, quer em extensão quer em profundidade dificultaria o papel das «agencies» como entidades capazes de recolher a informação necessária ao realismo e operatividade da decisão e à capacidade de intervenção dos cidadãos. Daí as conhecidas críticas ao excesso de «regulamentação» do Congresso, vendo nela não um sintoma dos cuidados legislativos que merece o Estado-de-Direito, aspecto hipervalorizado nos países europeus, mas um ataque à possibilidade de as entidades dependentes do Executivo decidirem na base de informações úteis e com reais possibilidades de escolha. Numa palavra; a lei dificultaria deste ponto de vista funcional e pragmático as tarefas da Administração. As malhas que assim se tecem no modelo de Estado-de-Direito, visto na perspectiva europeia continental, têm, portanto, uma justificação.

III — A LEGALIDADE LEGISLATIVA

III. 1 — O modelo europeu continental da legalidade. Considerações prévias

O modelo referido faz da lei parlamentar o parâmetro da legalidade. É este o entendimento que convém ao princípio constitucional da democracia representativa, mais a mais no contexto de um modelo de Estado mais centralizado do que nos E.U.A. e de uma Sociedade Civil mais homogênea, menos diferenciada. Foi efectivamente a muito custo que ao longo do séc. XIX se retiraram certas matérias da competência exclusiva do Executivo monárquico, integrando-as paulatinamente na competência parlamentar a par do reconhecimento da sua dignidade jurídica e não apenas política. A relação de forças entre o Parlamento e o Executivo foi favorável ao primeiro. O modelo legislativo foi assim o resultado natural da luta vencida pelo Parlamento contra um Executivo beneficiando de competências pré-constitucionais; daí que a extensão da lei parlamentar fosse vista como o símbolo dessa vitória e sinal distintivo da democracia (representativa), alcance esse que, concomitantemente, não faria tanto sentido num país, como os E.U.A., em que se nunca transigiu com poderes de origem pré-constitucional e onde a lei, nunca foi vista como critério único da democracia política, em detrimento de um Executivo que se não deixava facilmente dominar.

O problema era pois diferente; num caso aprofundar a democracia política através da relação, tendencialmente da eliminação, das arbitrariedades do Executivo, permeável ainda à «arcana praxis», no outro, publicizar a decisão administrativa, evitando a sua concentração nas mãos da burocracia administrativa e abrindo-a à Sociedade Civil através de um instrumento adequado, o procedimento normativo.

Daí a pouca importância do procedimento normativo no continente europeu (e mesmo no Reino Unido, onde são válidas as considerações anteriores). Não significa isto que tal procedimento não esteja consagrado aqui e além, mas quando o está, tem um alcance completamente diferente do seu congénere norte-americano. O procedimento administrativo refere-se, no contexto europeu, ao acto e ao contrato administrativos, não ao regulamento. A este, só excepcionalmente, como por exemplo no regime urbanístico e no da planificação. Prevê-se contudo em Espanha um procedimento especial, por oposição ao «comum», para a elaboração de regula-

mentos, no título VI da Lei de Procedimento Administrativo de 1958. O Código de Procedimento Administrativo português, consagra igualmente e com alcance geral nos seus artigos 114 e segs. a participação dos interessados no procedimento conducente à elaboração dos regulamentos, em termos, se bem que dependentes por vezes de condições ainda a definir por lei, bastante generosos. A participação é vista como um corolário de um princípio mais geral de participação, meio de acesso aos interesses privados relevantes e consagram-se os princípios da audiência, definindo-se em termos muito amplos a legitimidade para tal e o da apreciação pública do projecto regulamentar, já aliás consagrado em certos casos especiais. O pano de fundo da consagração do procedimento é o ruir das tradicionais barreiras entre o Estado e a Sociedade Civil, que se traduziam numa concepção do interesse público aposta aos interesses privados. Agora admite-se que os interesses privados de grupos relevam na identificação do interesse público. O procedimento, cuja peça fundamental é a audiência dos interessados, revela uma compreensão pluralística e não apenas estadual do bem comum.

Poderá daqui concluir-se por uma legitimação democrática superior das normas elaboradas nos E.U.A., relativamente às normas elaboradas nos países europeus onde o procedimento regulamentar não existe, tendo em vista as garantias procedimentais de comparticipação dos interessados na decisão final? Tal seria uma conclusão simplista. Há que não perder de vista que o princípio da audiência do interessado, sempre que a Administração e mesmo que fora do âmbito penal ou disciplinar, invoque facto ou circunstância que o possam lesar, é um princípio procedimental inerente ao Estado-de-Direito, como já reconheceu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Na sentença VITAMIN (1979) diz-se que (trad. nossa) «...a audiência constitui um princípio fundamental do direito comunitário e deverá estar prevista no procedimento administrativo». Note-se porém que o direito comunitário não apresenta uma codificação completa do procedimento, longe disso. Apenas nos oferece certas normas gerais deduzidas do princípio do Estado-de-Direito, desenvolvidas depois por normas secundárias, mas de aplicação restrita (a propósito da protecção à concorrência, por exemplo). O ideário da comunicação e da troca de informações está contudo bem presente no património administrativo europeu; longe vão os tempos em que o contacto entre a Administração e os cidadãos era esporádico e em que a decisão administrativa lhes surgia como facto consumado. Este modelo de actividade administrativa está em claro retrocesso relativamente a um modelo em que através da comunicação entre a Administração

e o cidadão, se vão limando as arestas do autoritarismo, transformando-se precisamente através dela o poder em norma jurídica dialógica, o que obriga a transportar para a decisão administrativa a visão própria dos cidadãos através dessa correia de transmissão que é o procedimento. Não poderia pois a descoberta dos interesses relevantes para a decisão administrativa fazer-se de uma maneira que virasse costas à participação dos respectivos portadores. A circunstância de o âmbito da participação ser mais restrito na generalidade dos países europeus do que nos E.U.A., não modifica substancialmente as coisas.

Outro factor muito importante a favor da procedimentalização da decisão administrativa, em termos que a abram à participação constitutiva dos interessados, consiste nos limites do controlo pelos Tribunais da actividade administrativa. Deste ponto de vista não há alternativa àquela procedimentalização como factor de legitimação da actividade administrativa. Apostar na legitimação decorrente de um controlo judicial profundo posterior à decisão administrativa puramente unilateral, fosse ela normativa ou individual e concreta, significa desconhecer a natureza e limites do controlo judicial da Administração; os tribunais exercem um simples controlo de legalidade e logo, por definição, limitado. Ora é manifesto que, à medida do crescimento e da especialização das tarefas administrativas, as questões de mérito e as de índole política vêm para o primeiro plano. A maneira de as tratar juridicamente não é através de uma dilatação da competência dos Tribunais, que correria o risco de os desfigurar, transformando-os em centros de decisão política, mas é sim através da procedimentalização adequada das decisões administrativas, facultando o livre acesso aos interesses causais. Não há portanto alternativa ao reforço dos mecanismos de participação.

Assim sendo, na comparação entre os sistemas norte-americano e europeu, devem levar-se em conta as recentes aquisições procedimentais europeias que se aproximam das norte-americanas. Nestas condições, a legitimidade da decisão administrativa não sai, no contexto europeu, desfigurada.

II. 2 — As variantes do modelo

Tomando como paradigma a lei, são contudo muitas as variantes dentro este modelo fundamental. Por lei pode entender-se a lei parlamentar ou um simples diploma a ela equiparável ou seja, um decreto governamental.

De modo semelhante há quem se baste com a vinculação da actividade administrativa por simples princípios gerais, constitucionalmente consagrados ou de criação jurisprudencial, isto já num contexto de franca predominância do Executivo como órgão de decisão. Fundamentalmente, o que avulta nestas diversas variantes do modelo europeu é a particular relação entre o Parlamento e o Executivo no tocante à criação normativa.

Pode assim distinguir-se a noção de legalidade própria de um regime parlamentarista da noção própria de um regime não parlamentarista ou de Executivo autónomo. Prescinde-se de modelos da legalidade historicamente ultrapassados, como é o caso do modelo vigente no período da monarquia constitucional. No primeiro caso, o Executivo não tem poderes normativos próprios, apenas os que a seu favor são delegados pelo Parlamento, verdadeiro monopolizador da função normativa. Por sua vez, os poderes normativos delegados no Executivo podem apresentar força de lei ou meramente regulamentar, sendo o predomínio parlamentar neste segundo caso absoluto. É, entre outros, o caso alemão. Põe-se do mesmo modo a questão de saber quais as condições da delegação de poderes normativos em benefício do Executivo. Em tese geral, o regime parlamentarista subentende particulares exigências de densificação (legislativa) das autorizações, de modo a evitar «cheques em branco» passados ao Executivo e que este preencheria a seu bel-prazer, assim desfigurando a própria ideia de um núcleo de matérias exclusivas do Parlamento, bem como a sua dependência do órgão parlamentar. A circunstância de se entender que certas matérias são exclusivas da lei, impede que o Executivo possa sobre elas dispôr a não ser nas condições de uma cuidadosa delegação de poderes parlamentares. Se os regulamentos têm conteúdo jurídico por incidirem sobre tais matérias, carecem, por isso, de expressa e adequadamente densificada autorização parlamentar. Regulamentos sem previsão legislativa parlamentar, só fora da reserva de lei ou seja, fora das matérias próprias do Parlamento, seja qual fôr a extensão que lhes é atribuída.

A noção de legalidade própria dos regimes não parlamentaristas, como é o caso francês actual, apresenta coordenadas completamente diferentes. Nestes regimes, o Executivo goza de autonomia normativa relativamente ao Parlamento, por um lado, e a distinção entre norma parlamentar (ou fonte equiparada) e norma governamental não se baseia, por outro lado, em critérios materiais. O critério de distinção é puramente positivo, o que não faz sentir a necessidade de reivindicar para a órbita parlamentar uma norma que contenha disposições «jurídicas», vistas à moda alemã e portanto reque-

rendo tratamento parlamentar ao menos sob a forma de uma lei de autorização. A ausência de um critério material de distinção entre lei e regulamento, timbre do positivismo, facilita o encabeçamento pelo Executivo de amplos poderes normativos, pois que evitou a questão de saber se o respectivo conteúdo, por ser materialmente legislativo, não deveria impôr a atribuição respectiva ao órgão parlamentar. A norma governamental não é uma consequência do respectivo conteúdo, mas de uma certa e determinada repartição constitucional de competências.

A noção francesa actual da legalidade é, portanto, de simples direito positivo. Só assim se entende que possa dela continuar a falar-se num contexto em que a Constituição (da V República) atribui a título reservado ao Governo o tratamento normativo por regulamento de todas as matérias exteriores à reserva (constitucional) de lei, esta, aliás, de âmbito escasso. Significa isto que o Executivo tem poderes normativos independentes e reservados, com chancela constitucional. Foi este o termo de uma evolução, de quase duzentos anos, dos poderes do Executivo, que partiu de uma posição totalmente secundária e peã deste órgão, logo a seguir à Revolução, e que se manteve, pelo menos formalmente, até à Constituição bonapartista do ano VIII (art. 44.º). Não deixa de ser curioso constatar que o regime francês, partindo de uma posição absolutamente secundária do Executivo, veio a dar num Executivo fortíssimo, independente e até com poderes reservados, o que só prova que o «droit administratif» não cabia na pureza inicial dos ideais revolucionários sendo uma criação posterior. O direito administrativo é uma consequência directa da ideologia jacobina da igualdade e do fomento, retomada pela Administração napoleónica, só compaginável com um Executivo agigantado e até certo ponto independente, levando a cabo actividades que escapavam em grande parte ao direito (e à lei). O bem-estar substituiu a regra jurídica geral e pessoal e o respeito pela liberdade como critério da actividade do Estado. Seguiu-se-lhe, inevitavelmente, uma Administração poderosíssima, concentrada e autónoma, como nem no Anciën Régime se tinha visto, conforme agudamente diagnosticou TOCQUEVILLE. Longe ficava a caracterização liberal das funções do Estado própria dos primórdios revolucionários, baseada num Executivo modesto, quase desnecessário, face ao império do direito privado baseado na auto-regulação dos interesses dos cidadãos. A ideologia jacobina do igualitarismo mudou por completo a natureza da função executiva. Fez dela não uma função de execução mas um somatório de variadas actividades prosseguidas por uma Administração quase auto-suficiente e que já nem sequer

conhecia os limites que para ela derivavam do poder judicial no Ancien Régime. Na Alemanha o percurso foi inverso; partiu-se de um Executivo dotado de poderes implícitos, extra-constitucionais, para, pouco a pouco, o reduzir, ao menos no plano normativo, a um órgão executivo, secundário.

As duas variantes referidas não esgotam o modelo, mas são as mais sintomáticas. Entre ambas oscilam outras, a que se farão referências.

II. 2.1 — Características particulares do modelo francês da legalidade.

Poderia pensar-se que o actual modelo francês da legalidade, enjeitando radicalmente as suas origens parlamentaristas, acabou por desfigurar a própria essência da legalidade, que é a vinculação do Executivo à norma jurídica, ao Direito, em suma. Mas não é assim. O que se passou foi que se tornou imperioso recorrer a elementos estranhos à tradição parlamentarista e legalista para poder continuar a falar numa autêntica vinculação jurídica da Administração. O caso era tanto mais grave quanto se está num país em que não há fiscalização contenciosa da constitucionalidade das normas e portanto também das normas reservadas ao Executivo.

Efectivamente, a reserva normativa do Executivo, impossibilita o Parlamento de tratar certas matérias, obtidas por exclusão de partes a partir da pequena reserva parlamentar. A consequência é a de que as normas reservadas do Executivo são normas primárias, ao mesmo nível da lei parlamentar, muito embora sem força de lei, conclusão que o critério (positivista e orgânico) de lei do direito francês nunca pôde negar. Seja como fôr, tais normas do Executivo estão ao nível da lei parlamentar, enquanto normas primárias. Não havendo fiscalização judicial da constitucionalidade de normas, tudo levava a que o Executivo pudesse fazer normas primárias incontroláveis, ao arrepio das mais elementares exigências da legalidade. Que fazer então? Aceitar a total liberdade do Executivo? A resposta veio dos Tribunais. Foram eles que invocaram a propósito os princípios gerais de direito para lograr um controlo adequado das normas do Executivo, à falta de outro.

Não se pretende ventilar aqui a questão do grau hierárquico dos princípios gerais de direito como fonte de direito administrativo francês, em concreto tomando posição sobre o seu carácter constitucional ou legislativo. Líquido é que tais princípios são, pelo menos, superiores aos actos normativos do Executivo, assim potenciando o respectivo controlo judicial. Como

se vê, é do papel dos Tribunais que se esperam as honras a render ao princípio da legalidade, o que não deixa de parecer paradoxal num país em que o distanciamento dos Tribunais relativamente ao texto da lei tão criticado foi.

Note-se contudo que não havia alternativa, a querer-se permanecer fiel ao referido princípio. A solução é tanto mais indispensável quanto se tenha em vista que as leis de autorização através das quais o Parlamento possibilita ao Governo pronunciar-se sobre as matérias reservadas à lei (não há reserva absoluta) não ficam sujeitas a exigências de densidade, o que faz delas verdadeiras normas iniciais, fora de qualquer controlo real, a não ser o dos tribunais, mais uma vez em nome dos princípios gerais.

O modelo francês da legalidade não passa, portanto, sem o papel dos Tribunais. Foi uma entorse nos princípios tradicionais mas não havia outra solução. Através deles reconduziu-se a legalidade a um dos seus elementos essenciais; o controlo dos actos normativos do Executivo.

III. 3 — O modelo português; suas particularidades

O modelo português actual da legalidade apresenta características especiais, mesmo únicas, que já vinham de trás. É fundamentalmente um modelo legalista, mas com duas coordenadas particulares; uma, a presença do decreto-lei fora da reserva de lei parlamentar ou seja, a competência legislativa normal do Governo, em concorrência com a da A.R., manifestando-se em normas com valor e força de lei, figura que já vinha do anterior regime, muito embora num contexto em que a reserva parlamentar era escassa e não era, nem em parte, absoluta ou seja, indelegável a favor do Governo, e isto para não falar na desvalorização do alcance regulativo da lei parlamentar, nem dos seus mecanismos de controlo, e outra a competência legislativa reservada do Governo, embora só em matérias relativas à sua própria organização e funcionamento. As restantes características do modelo português não são dele exclusivas; assim os requisitos da delegação de poderes legislativos a favor do Governo, a ratificação parlamentar de decretos-leis, a proibição de regulamentos autorizados e delegados, entre outras. Interessa analisar o alcance das características particulares do modelo.

A competência legislativa concorrente permite solucionar um problema real, o da falta de legislação parlamentar sobre dado assunto, exte-

rior à reserva de lei, o que pode resultar também da ausência de uma lei parlamentar de autorização a favor do Governo, mormente em situações de desconfiança política da A.R. relativamente àquele órgão. Nestes casos, a competência concorrente permite colmatar as lacunas (mesmo que voluntárias) do legislador parlamentar. Poderá objectar-se que semelhante vantagem do modelo da competência normal do Governo não exige a força de lei da norma governamental, bastando a força do regulamento, neste caso independente. A objecção, colhendo muito embora no plano dos princípios, não é definitiva, porque um regulamento não é substituto, à face da ordem jurídica portuguesa, de um decreto-lei, tendo em vista o regime, muito mais exigente, desta última norma (ratificação parlamentar, fiscalização preventiva da respectiva constitucionalidade, etc. ...). Degradar a manifestação dos poderes autónomos do Executivo do nível legislativo para o regulamentar não traria nada de bom da perspectiva democrática nem da garantística. De outro ponto de vista, é a competência legislativa concorrente do Governo que permite justificar adequadamente a ausência de regulamentos independentes, no sentido de apenas vinculados à Constituição e a certos princípios gerais, pois que nada permitiria fundamentar uma dupla competência normativa autónoma do Governo, legislativa e regulamentar.

A competência legislativa reservada do Governo em matérias da sua própria organização e funcionamento é uma solução original no contexto europeu. Trata-se de uma manifestação da ideia de independência funcional do Governo, de alcance porém muito significativo no enquadramento de um Estado-de-Direito democrático, tratando-se, em rigor, não de uma excepção aos traços gerais do modelo de legalidade consagrado, mas de uma consequência da repartição dos poderes de direcção política entre a A.R. e o Governo.

Cumprе chamar a atenção para o alcance real de uma construção que se tem vulgarizado, que pretende substituir o princípio da legalidade pelo da juridicidade como critério da vinculação da actividade administrativa. O alcance desta construção é o da desvalorização da lei formal (ou diploma equiparado) como fonte da legalidade, assim dando azo à justificação de figuras como a do regulamento independente (no sentido próprio em que dele se falava): Não faltariam títulos alternativos para uma vinculação adequada, o que permitiria acalmar as dúvidas dos mais cépticos. É o caso dos princípios gerais de direito administrativo, com consagração positiva ou sem ela. Nada a temer, portanto, das normas independentes do Governo, para que apontaria a al. g) do art. 202.º da Constituição e para além disso

funcionalmente justificáveis. Ressuscitava-se ainda a propósito a velha tese francesa da justificação do carácter (ainda) executivo dos regulamentos elaborados naquelas condições, pela execução das leis em geral ou pela dinamização da ordem jurídica, em vez de pela execução de uma lei em particular, o que permitiria continuar a ver a administração como um poder (ainda) secundário relativamente à lei. Estas construções desculpariam certas entorses à legalidade no quadro de um executivo democratizado pelo modo da sua escolha e vinculado a uma Ideia-de-Direito.

Embora defensáveis, tais construções alteram o modelo constitucional da legalidade legislativa. A defesa deste modelo, baseado no papel insubstituível da lei parlamentar e na clara secundarização do Executivo como órgão normativo, deve fazer-se com base em certos tópicos argumentativos, na falta de disposições normativas mais explícitas. Dos princípios constitucionais do Estado-de-Direito e da democracia representativa podem retirar-se algumas conclusões, se vistos complementarmente.

As determinações destes princípios são múltiplas, como se sabe, e nem todas relevam para este problema. Efectivamente, tais princípios são compatíveis com diversos arranjos constitucionais no tocante à repartição de poderes entre Legislativo e Executivo, pelo que não seria por aí que ficava prejudicado o poder regulamentar autónomo deste último, desde que devidamente enquadrado por ampla protecção do cidadão contra o Executivo. Sucede porém que a conjugação dos dois princípios nos obriga a resguardar para o legislador, parlamentar ou equiparado, um núcleo de matérias, essencial do ponto de vista do alcance da decisão normativa. A essencialidade obriga-nos, na extensão do conceito, a transcender a reserva parlamentar da lei e a abarcar outras matérias, desde logo as relacionadas (não necessariamente todas) com a intervenção económica e social do Estado, na sua maior parte estranhas à reserva, registando-se contudo as excepções constantes das als. *f*), *g*), *h*), *j*), *m*), *n*) e *x*) do n.º 1 do art. 168.º da Constituição, sem esquecer outros casos de significativas reservas especiais lá consagradas, como por exemplo, do art. 83.º, dos n.ºs 1 e 2 do art. 85.º, n.º 2 do art. 86.º, n.º 2 do art. 87.º, etc. ... Daqui uma conclusão flui já; a intervenção parlamentar vai para além da reserva parlamentar da lei, tal como está constitucionalmente balizada, o que já diminui o espaço para o poder normativo autónomo do Governo, não relevando aqui se legislativo ou regulamentar, mais do que uma visão menos crítica poderia levar a sustentar. No mesmo sentido vai uma interpretação tanto quanto possível generosa da competência parlamentar tal qual ela está delineada pela reserva de

lei arts. 164.º, 167.º e 168.º. O critério da essencialidade apresenta a vantagem da sucessiva adaptabilidade da reserva parlamentar (ou de diploma equiparável) às conjunturas históricas e políticas, sabido como é que, sobretudo estas últimas, evoluem muito rapidamente nos nossos dias. Temas que até há pouco eram desconhecidos, passaram para a primeira página da actualidade, como por exemplo a questão dos critérios de atribuição dos subsídios comunitários à agricultura e a outros sectores económicos. As prestações estaduais concretizadoras das ajudas comunitárias têm dignidade legislativa, tendo em vista o respectivo significado político e a sua indesmentível importância económica e social como factor de recuperação. O mesmo se diga dos subsídios destinados à formação profissional. A lei deve aí intervir tão longe quanto possível.

Nestas condições, a juridicidade deve ser vista como complemento e não como alternativa à legalidade. É nesta perspectiva que ela se revelará útil, sem pôr em causa o alcance do princípio da democracia representativa de base parlamentar. A juridicidade pode servir para justificar uma visão mais exigente da vinculação da Administração ao Direito, precisamente nos casos em que a vinculação à lei, embora sempre presente, seja escassa ou pouco conclusiva. A remissão, nestas condições, para o controlo da actividade administrativa em nome de certos princípios gerais (imparcialidade, igualdade, proporcionalidade, etc. ...), que corporizam a juridicidade, permite lograr um controlo aprofundado da actividade administrativa para além das possibilidades, por vezes poucas, da lei positiva, assim se recuperando todo o sentido axiológico da vinculação da Administração pelos aludidos princípios, sem, ao mesmo tempo, questionar o papel da lei. Significa isto que a administração deve respeitar todas as normas que integram a ordem jurídica, desde logo os referidos princípios gerais, para além da lei (ou diploma equiparável) o que reforça muito o alcance axiológico da respectiva vinculação, bastando tal vinculação (pelos princípios) aí onde da lei não resultar uma vinculação inequívoca, mas isso não significa que a vinculação pelos princípios se constitua como título autónomo da legalidade, dispensando de uma vez por todas a «interpositio legislatoris» e assim justificando acrescidos poderes normativos autónomos da administração. A vinculação pelos princípios gerais só é integrável nos quadros do Estado democrático se fôr vista como uma forma superlativa da legalidade, não como uma alternativa à lei, um «plus», não um «aliud».

O alcance dos princípios gerais como fonte de direito, agora de outra perspectiva, é completamente diferente num regime de competências nor-

mativas autónomas e até reservadas como é o caso francês, do Executivo, e num regime de competências parlamentares alargadas ao essencial dos assuntos como é o caso alemão e o português, se vistas as coisas da perspectiva exposta. Só no primeiro caso é que o recurso aos princípios gerais tem um particular alcance limitativo do Executivo. No segundo caso, tal recurso só reforça a vinculação do Executivo, emprestando-lhe especial conotação axiológica, mas verdadeiramente sem substituir o lugar central da lei parlamentar (ou de diploma equiparado) como instrumento de regulação, sobretudo sem o pôr em causa. O caso português está em rigor próximo do alemão para estes efeitos. A circunstância de a autonomia do Executivo ter forma e força de lei não modifica as coisas. A lei continua, entre nós, a ocupar o lugar central como fonte da actividade administrativa e mesmo para além do (muito) que já resulta da extensão da sua reserva constitucional. É portanto menor o alcance (vinculativo) dos princípios gerais enquanto meio de limitar a autonomia administrativa, se comparado o caso português com o francês. É assim que se compreende que tal alcance não é no nosso caso alternativa mas, a bem dizer, só complementar da lei, sem com isto beliscar nem por pouco o significado axiológico daqueles princípios nem, conseqüentemente, a sua serventia para um melhor e mais profundo controlo da actividade administrativa, muito para além das possibilidades do texto legal, amiúde, escassas, politicamente comprometidas (até no mau sentido do termo) e circunstanciais, além de nem sempre, como se sabe, exemplares do ponto de vista da técnica de regulação jurídica e isto para não falarmos nos limites com que a própria linguagem jurídica depara ao abarcar matérias económicas e técnicas em geral.

III. 3.1 — Desenvolvimento

A questão da extensão da noção da essencialidade está longe de resolvida. É que a tese da essencialidade, se nos obriga a não interpretar em termos taxativos a reserva parlamentar de lei ou melhor, a não a ver somente na perspectiva (enunciativa) das já referidas passagens constitucionais, possibilita, contudo, um raciocínio «a contrario sensu» do seguinte teor; afinal tudo aquilo que não fôr essencial é da competência do Executivo, assim se justificando, afinal, amplos poderes normativos seus, autónomos, legislativos ou regulamentares. Ao fim e ao cabo a tese da essencialidade também serviria ao Executivo.

Deve distinguir-se o plano em que se quer raciocinar. No plano legislativo a tese da essencialidade pode corroborar a competência (legislativa) concorrente, quiçá também ela reservada, do Governo fora da reserva de lei parlamentar, e mesmo que seja interpretada com os cuidados já referidos, em sentido amplo e não taxativo. No plano regulamentar, porém, a tese da essencialidade não exige conclusão semelhante, antes pelo contrário. As vantagens que para o Executivo decorrem do ideário da essencialidade reportam-se, entre nós, ao nível legislativo da competência deste órgão do Estado. Estamos perante um problema de repartição constitucional de competências, não de legalidade, esta reportada ao nível (administrativo) das competências regulamentares do Governo. O problema só se complica nos regimes em que não há competências legislativas do Governo, como é o caso alemão. Aí é que a essencialidade pode acabar por beneficiar, pelo processo descrito, a competência regulamentar autónoma do Executivo. Pelo contrário, entre nós, a tese da essencialidade não seria de grande apreço para justificar, «a contrario sensu» as competências regulamentares autónomas do Executivo.

III. 4 — A reserva regulamentar da Administração

Consagrará o direito português um núcleo de matérias inacessíveis no legislador ordinário, exclusivas da Administração? A figura da reserva da Administração é própria da posição do Executivo no período da monarquia constitucional, pois sendo aí o Direito identificado pelo conteúdo de certas normas necessariamente que dele ficavam de fora as normas que não apresentavam conteúdo jurídico, desde logo as que definiam o regime das «relações especiais de poder» e, de um modo geral todas as que não contendiam com a indicação dos particulares, exteriores à Administração. Era nesse sentido que se podia falar em reserva, consequência, portanto, da divisória entre norma jurídica e domínio da política. Ultrapassados os pressupostos da legalidade da fase da monarquia constitucional e imersos na realidade de um estado democrático, evidente é que não se pode falar de reserva com aquele sentido. A questão não é agora de saber se há matérias dentro das quais fica vedada a intervenção ao legislador parlamentar ou a fonte equiparada, mas, mais modestamente, a de saber se, não bastando a lei para a dinamização total e optimização da ordem jurídica, não ficará algo reservada à actividade administrativa.

Ao colocar o problema desta maneira, única hoje possível, desloca-se o problema da reserva para uma perspectiva funcional. Perguntar pela reserva é querer saber se o legislador deve ceder o passo à Administração no preenchimento e pormenorização dos regimes jurídicos, provocando a sua intervenção, desde logo por via regulamentar. Reconhece-se-lhe como que uma prerrogativa de decisão. Ora, sendo as coisas assim e só assim, poderá continuar a falar-se numa reserva de Administração aferida contudo numa perspectiva meramente funcional e não dogmática, resultado de uma, a todos os títulos aconselhável, autocontenção do legislador e que corporiza, além do mais, a atribuição da «boa execução das leis» que nos termos da al. *b*) do art. 202.º da Constituição e da Administração. Deste modo se faz jus a uma visão plural e funcionalmente articulada dos poderes estaduais. Ir mais além e pretender atribuir a título exclusivo um núcleo devidamente identificado de matérias à administração, tipificando-as, não tem qualquer fundamento, tendo em vista a globalidade das competências legislativas, por um lado e pelo outro a dificuldade insuperável de identificação das matérias típicas da Administração, dada a sua heterogeneidade actual.

Pode portanto falar-se de uma reserva de Administração no sentido de uma reserva de execução em sentido amplo, abrangendo a complementação no quadro da lei, não no sentido de uma reserva livre da lei ou seja, uma proibição de predeterminação legislativa. Isto é válido, por exemplo, para o caso da al. *d*) do art. 202.º da Constituição que nos diz que «compete ao Governo, no exercício de funções administrativas, dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre a administração autónoma». Pretender ver aqui uma reserva de Administração mais não era do que cair no velho dogma das «relações especiais de poder». Algo de semelhante se poderia dizer, nas mesmas condições, à face de uma interpretação análoga, da al. *g*) do mesmo artigo.

Já no tocante à «reserva» de execução do orçamento são necessárias considerações à parte, pois a al. *b*) do art. 202.º da Constituição parece, a uma primeira leitura, impedir que a A.R. pratique actos de execução orçamental sob forma legislativa. O mesmo quanto à execução dos planos (al. *a*) do art. 202.º), mas ainda assim não há motivo para reserva absoluta. Tudo depende de a A.R. querer ou não introduzir no orçamento por ela aprovado medidas de execução, o que varia ao sabor da conjuntura política. Seja como fôr, há aí limites constitucionais à intervenção legislativa em matéria orçamental e do planeamento económico. Há boas razões para crer que não

são absolutos, mas que, pelo menos, deles decorre que a execução do orçamento deve revestir a forma do decreto regulamentar, por se tratar do exercício de uma função materialmente administrativa e não a forma do decreto-lei. Já quanto à execução dos planos poderá (e deverá) esta assumir a forma do decreto-lei de desenvolvimento (pois que a lei do plano, contrariamente à do orçamento, é uma lei de bases), sem prejuízo de se continuar, de um ponto de vista material e funcional, no âmbito da actividade administrativa.

No âmbito da autonomia regional e local há várias reservas de Administração, corporizando assim a noção de autonomia, característica das entidades colectivas em causa. Sucede porém que tais reservas não são absolutas. Senão veja-se; a Assembleia Legislativa Regional, não o Governo Regional, que não regulamenta leis gerais da República, tem competência para «Regulamentar as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar», nos termos da al. d) do n.º 1 do art. 229.º da Constituição. Estamos à primeira vista perante uma reserva de poder regulamentar regional por força da própria Constituição, mas a realidade é que ela só existe enquanto a lei geral da República o quiser, bastando para tanto que atribua a regulamentação desta lei geral ao Governo da República. A reserva é portanto meramente relativa, no sentido de que, embora constitucionalmente prevista, depende da vontade do legislador ordinário.

No tocante às Autarquias Locais, o problema é diverso. Também aqui o poder regulamentar corporiza a autonomia, mas sem ser necessário admitir a figura da reserva (absoluta) de norma autárquica. Não há portanto matérias imunes à lei ordinária e mesmo que relativas a interesses próprios das Autarquias. O que deve é o legislador ordinário autoconter-se na densidade normativa com que trata tais matérias, de modo a não prejudicar o ideário constitucional do poder local que é como quem diz, de modo a não desfigurar o núcleo essencial das atribuições e competências autárquicas. Até esse nível de intangibilidade tudo depende da opção do legislador; é uma simples questão de política legislativa. A falar-se de reserva só pois em sentido relativo e não absoluto.

Percebe-se muito bem que a Constituição desejaria que o legislador ordinário respeitasse uma reserva de poder regulamentar regional e local, o que só abona a favor de uma visão niveladora e não centralizada da divisão dos poderes à escala horizontal, mas não vai ao ponto de impedir que o

legislador chame a si a pormenorização dos regimes ou que faça afí intervir o Governo central em vez da Assembleia Legislativa Regional.

Problema diferente é o da reserva da Administração na prática de actos individuais e concretos. Tal reserva, entenda-se, não significa uma reserva de matérias ou seja, que só a administração tenha acesso a certos assuntos, mas tão só uma reserva de disposição individual e concreta. Não poderia, portanto, o legislador praticar sob forma legislativa certos actos de conteúdo individual e concreto, cedendo assim o passo à Administração. O que se pretende é não prejudicar certos poderes de direcção política do Governo; é o caso dos actos corporizando poderes de direcção sobre a administração directa do Estado, de superintendência sobre a Administração indirecta e de tutela sobre as Autarquias Locais (al. *d*) do art. 202.º da Constituição). O mesmo se diga dos poderes dos Governos regionais relativamente às entidades que controlam. Claro está que tais assuntos não são impermeáveis à lei; nada obsta a que o legislador disponha sobre os poderes de direcção, superintendência e tutela da Administração central e regional. O que lhe fica vedado é dispôr concreta e individualmente sobre tais temas, revogando certos actos, exercendo certos poderes de inspecção, etc. ... Dá-se aqui preferência à Administração, sob pena de a esvaziar de um conjunto importantíssimo de atribuições constitucionais. Há boas razões para crer que esta «reserva de caso concreto» da Administração é mesmo absoluta. Coisa semelhante é válida para os actos «... exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas», nos termos da al. *e*) do art. 202.º da Constituição. Que se não trata de uma reserva de Administração no sentido de vedação da intervenção do legislador está explícito no próprio texto citado; do que se trata é de uma reserva (absoluta) de caso concreto, abrangendo todos os actos relativos à contratação e carreira dos funcionários e agentes.

III. 5 — A legalidade dos actos administrativos

A vinculação total dos actos individuais e concretos praticados pela Administração a um bloco normativo que vai desde a lei ao regulamento é defendida mesmo pelos A.A. que sustentam a figura do regulamento independente no sentido de directamente dependente da Constituição. A explicação para este maior rigor quanto à legalidade dos actos é simples, pois que eles corporizam afinal os comportamentos administrativos que directa

e inequivocamente tocam na esfera jurídica dos particulares, isto sem prejuízo da admissibilidade da figura dos regulamentos directamente aplicáveis.

Por esta razão as exigências da legalidade não são simétricas para os regulamentos e para os actos administrativos. Neste último caso devem ser mais estritas. Repare-se em que, ao fazer regulamentos, mesmo que (relativamente) independentes à face da lei, já a Administração está a autovincular-se a um quadro normativo, o que lhe impossibilita desde logo a derrogabilidade singular daqueles regulamentos, ingrediente da legalidade ou seu substituto, coisa que não sucede ao praticar meros actos administrativos independentes, com consequências directas para os particulares. É por isso que não se pode prescindir de uma ligação do acto administrativo à norma, relação de conformidade ou de compatibilidade, consoante os casos, e sem prejuízo, claro está, das liberdades discricionárias ou interpretativas-integrativas da Administração dadas pela lei: A figura dos actos administrativos independentes, actos de polícia, foi característica da primeira face da monarquia constitucional limitada, na Alemanha, invocando-se para fundamento respectivo o costume, mas desapareceu ainda muito antes da constituição de Weimar. Não faria o menor sentido hoje.

Pode portanto concluir-se que quanto mais próximo do particular estiver o comportamento da Administração, e nada de mais chegado do que o acto administrativo propriamente dito, maiores as exigências de vinculação normativa. Pelas razões já anteriormente expostas para o caso dos regulamentos, agora mais evidentes ainda, seria aqui particularmente de evitar a substituição da ideia de legalidade pela de mera juridicidade, justificando do mesmo passo actos administrativos independentes. Esta última só como complemento da legalidade, nunca como seu substituto.

III. 6 — Considerações finais

As posições assumidas a propósito da legalidade, levam a um seu entendimento em sentido estrito, que parece ser o único adequado ao contexto (constitucional) dos princípios do Estado de Direito e da democracia. Claro está que tal extensão da legalidade não significa que a intensidade da predeterminação legislativa tenha de ser a mesma em todas as circunstâncias. A solução preferível é aqui a de uma intensidade diferenciada, consoante as matérias, da previsão legislativa, indo desde um núcleo mais exigente, relacionado com o regime dos direitos fundamentais de tipo clássico,

até zonas em que a previsão legislativa se poderia reduzir a um mínimo, correspondente a uma muito maior liberdade de decisão da Administração, nomeadamente no tocante à conformação económica e social dos poderes públicos. A legalidade, se vista no plano vertical, não comporta soluções simétricas às exigíveis se vista num plano horizontal.

Ora esta extensão da legalidade, pode levar a uma super produção legislativa que tudo desaconselha. O gigantismo legislativo tem maiores inconvenientes que vantagens. Descaracteriza a componente política do trabalho parlamentar pois que afecta até o conteúdo da relação de representação política, transformando o legislador num técnico legislativo a braços com a problemática da regulação de todo um conjunto de questões em que o cidadão comum eleitor já se não reconhece. Ao mesmo tempo compromete todo o esforço de nova construção dogmática, que tão indispensável se afigura, pois que o conteúdo das normas ressentem-se de uma linguagem tecnocrática, circunstancial e conceitualmente pouco cuidada, como tanto se tem visto, capaz de ir transformando o Direito numa mera técnica de gestão das relações sociais e económicas, numa espécie de engenharia, o que nada de bom augura aos esforços dogmáticos. É que a legislação actual deixou de se orientar por princípios racionais. O que a preocupa é muito mais o efémero, a resposta às circunstâncias, em vez da expressão da razão. A breve trecho em vez da dogmática jurídica poderíamos ter sociologia jurídica. O risco é reduzir a dogmática clássica de que todos somos tributários, baldados os esforços da sua substituição, a um corpo classificatório de noções que já pouco têm a ver com a realidade, risco este que é cada vez maior. O gigantismo legislativo, finalmente, obscurece a posição constitucional da Administração como órgão dotado de reais poderes de intervenção e direcção, relegando-a para uma posição peã de mera execução.

A solução não passa, pelas razões já expostas, por uma desvalorização do princípio da legalidade. O caminho a seguir é o da melhoria da técnica legislativa. Só assim se pode encarar a hipótese da «desregulamentação» e conciliar o necessário entendimento da legalidade com um adequado trabalho do legislador, capaz de, por um lado, não prejudicar o esforço dogmático e de por outro impedir o monismo legislativo nas tarefas estatais que é como quem diz, patrocinando uma administração activa e interveniente, capaz de digerir a vistosa fatia que lhe cabe na partilha do poder entre os órgãos estaduais.

A melhoria da técnica legislativa é portanto indispensável para não desfigurar a legalidade e o pluralismo dos poderes estaduais. O processo legis-

lativo parlamentar por si só não basta para legitimar a norma legislativa. É ainda preciso que o conteúdo da lei absorva princípios fundamentais de validade material, como por exemplo o da proporcionalidade entre os fins prosseguidos e os meios utilizados, que conviria alargar para além do regime das restrições aos direitos fundamentais, e se adapte à «natureza das coisas», de acordo com os sectores em que incide, em termos de se não satisfazer de um discurso normativo bastando-se a si próprio que não tem hipóteses de boa aplicação e de boa receptividade social. Justiça e realismo, eis dois elementos essenciais a uma boa técnica legislativa. A legislação deve obedecer ainda a uma estratégia de conjunto, mesmo que desfasada no tempo, de modo a impedir abrogações parciais, resultado inevitável da legislação avulsa, e excessivos problemas de interpretação. Do mesmo modo devem tomar-se particulares cuidados na própria formulação dos comandos legislativos; clareza das expressões na hipótese legislativa e linguagem simples e adequada, evitando tanto quanto possível a indeterminação própria da técnica do «standard» e isto tanto mais nitidamente quanto maiores forem os efeitos potenciais das normas e mais profundamente gerarem modificações sócio-económicas. É fundamental que a norma jurídica legislativa se apresente com um mínimo de certeza e clareza de modo a não deixar dúvidas aos seus destinatários e a suscitar uma sua aplicação tranquila por parte dos juízes e da Administração. Neste aspecto há muito a aprender com o exemplo dos juízes norte-americanos que, desde há muito, declaram inválida uma lei por imprecisão do respectivo conteúdo (“*void for vagueness*”). Um processo de reduzir a incerteza é o da enumeração legislativa de exemplos que permitam uma aplicação por analogia a situações semelhantes. Claro está que não se pode evitar o recurso a conceitos indeterminados nem mesmo a certas prognoses. É o preço que o legislador paga pela sua ousadia, mas é necessário, para não perder de vista que a certeza é um valor caro ao Estado-de-Direito, não os utilizar, no mínimo, isoladamente ou seja, limitá-los tanto quanto possível por conceitos jurídicos precisos e objectivos, claramente visíveis no texto e que enquadrem devidamente as irremediáveis imprecisões.

Assim se logra uma legalidade conforme à Constituição e que, ao mesmo tempo, não paga os custos próprios do excesso legislativo. A necessária revalorização do paradigma legalista (e da legalidade), só tem a ganhar com o activismo judicial e a (relativa) autonomia decisória da Administração. O contrário ou seja, a inflação legislativa, corrompe a própria lei, desfigura a Administração e os juízes e, pior do que isso, dissolve a dogmática jurídica na vulgata política e sociológica.