

O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E AS LEIS DE VALOR REFORÇADO

LUÍSA NETO (*)

1. JUSTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA — O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E AS LEIS DE VALOR REFORÇADO

O Estado Constitucional em que se fundem exigências de Direito e Democracia — que sem sombra de dúvidas corresponde ao hodierno contexto político situacional, real ou ideal, na maioria dos Estados — assenta, decididamente, ao menos em termos de certidão de origem histórica, no esteio seguro que constitui a doutrina da divisão e/ou separação de poderes ⁽¹⁾.

Ora, neste âmbito, foi a *função legislativa* aquela que inquestionavelmente desde sempre — e mormente no seio do constitucionalismo moderno de matriz liberal e revolucionária — maior necessidade de definição suscitou e continua a suscitar. De facto, isto é assim não apenas no que respeita aos respectivos traços caracteriológicos identificativos, como no que tange à necessidade de confronto *vis a vis* com as restantes funções admitidas. Quase se confundindo, nalguma medida, com a doutrina da separação de poderes, o princípio da legalidade, afirmado inequivocamente no dealbar do Século XVIII, mas almejado desde a Antiguidade Clássica,

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

O presente texto foi apresentado em Novembro de 1999 à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e corresponde em parte ao trabalho de síntese elaborado no âmbito da disciplina de Direito Constitucional para efeitos de prestação de provas de aptidão pedagógica e capacidade científica. Foi defendido nos dias 14 e 15 de Fevereiro de 2000, perante júri presidido pelo Senhor Prof. Doutor Jorge Ribeiro de Faria.

⁽¹⁾ Acreditamos aqui no sentido mais estrito e profundo da última expressão.

tem merecido atenção da doutrina, nas suas formas e funções mais variadas. São estas as matérias que não obstante terem merecido já tratamento vasto serão também objecto de um novo olhar neste trabalho. Porque se não podem ter como pressupostas, e porque o prisma de análise permitirá o enfoque específico que aqui buscamos.

O conceito de lei — formal e material — associado a este princípio recorre inevitavelmente àquele outro de força de lei. *Ora, neste âmbito, surge como provável que a consideração das chamadas “leis de valor reforçado”* ⁽²⁾ *implique uma redefinição da caracterização da função legislativa e, portanto, do critério utilizado para a individualização das funções do Estado.*

É que estas leis de valor reforçado — que hoje encontram expressamente foros de cidade na Constituição da República Portuguesa de 1976, ainda com maior destaque desde a Revisão Constitucional de 1997 — acabam por desvirtuar ou condicionar de modo definitivo o princípio da oportunidade que, com maior ou menor nitidez se descortina em todas as classificações propostas doutrinalmente para as funções do Estado. Esta possibilidade manifesta-se igualmente no que respeita a uma eventual autovinculação pelo legislador ou de uma vinculação de segundo grau, apesar da vertente funcional e não hierárquica que se costuma assinalar às leis de valor reforçado. Mas a verdade é que importa tomar como certos aqueles pressupostos.

É este o percurso que pretendemos seguir, *descriptivamente* e no âmbito normativo da Constituição da República Portuguesa de 1976 ⁽³⁾, *sem* traarmos — desde já o avisamos — *mais do que o estritamente necessário*, por não ser esse o nosso desiderato:

- da *vaexata questio* do princípio da legalidade face à reserva de administração;
- das preocupantes tendências de deslegalização;
- do confronto com as formas de legislação regional, apanágio de Estado unitário parcialmente regional;
- de uma excessiva pormenorização das várias categorias de leis de valor reforçado.

⁽²⁾ Utilizaremos indistintamente — dizemo-lo já — as expressões leis de valor reforçado e leis reforçadas, por não encontrarmos razões de real destrinça. É aliás também esse o posicionamento geral da doutrina portuguesa.

⁽³⁾ Doravante CRP.

Ou seja, *interessam-nos aqui as leis de valor reforçado como sintoma e pressuposto da uma necessidade de alteração da teoria da constituição e das relações entre actos legislativos, e não enquanto sistema fechado de subcategorias* ⁽⁴⁾. A sequência será a dos termos em que apresentámos o *iter* lógico e cronológico da questão.

2. O DIREITO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

GOMES CANOTILHO ⁽⁵⁾ acentua a hodierna falta de consenso relativamente aos fins do Estado ⁽⁶⁾. Mas refere TROPER ⁽⁷⁾ que “como a democracia, o constitucionalismo e os direitos do homem, o *Estado de Direito é hoje em dia objecto de um consenso geral e repentino*” ⁽⁸⁾. Mas o mesmo autor acentua no entanto que se trata de um fenómeno recente, dado que por exemplo “na Alemanha, a doutrina do *Rechtsstaat* foi difundida e discutida no Século XIX, mas a situação em França era muito diferente” ⁽⁹⁾. E adianta que “esta noção era tão pouco conhecida que CARRÉ DE MALBERG começou a empregar o termo alemão antes de utilizar *État de Droit*, apesar de ser essa a tradução literal”, enquanto outros grandes autores de direito público não lhe consagram mais que poucas linhas — DUGUIT refere-se-lhe fugaz e criticamente e HAURIOU ou JOSEPH BARTHÉLEMY não lhe dão sequer espaço no índice” ⁽¹⁰⁾. Assim chegamos ao conceito que

⁽⁴⁾ Aliás entre nós sobejamente escalpelizado na incontornável obra de Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, Coimbra Editora, 1998, em termos com os quais não podemos no entanto concordar totalmente, como veremos adiante.

⁽⁵⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador*, Coimbra Editora, 1982, p. 7 e nota de rodapé n.º 1 da mesma página.

⁽⁶⁾ Veja-se R. DREIER, *Problem der verfassungsinterpretationsdokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, 1976, 18, 22, 40. Vejam-se ainda Monique CHALOT, *La persuasion politique*, Armand Colin, Paris, 1970, e Joshua COHEN, *Moral pluralism and political consensus*, in COPP, David, HAMPTON, Jean e ROEWER, John E., *The idea of democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 270 a 271, 1993.

⁽⁷⁾ Cfr Michel TROPER, *Le concept de l'État de Droit*, in *Droits*, Vol. 15, PUF, Paris, 1992, p. 51.

⁽⁸⁾ Veja-se a obra de Mario A. CATTANEO, *Persona e Stato di Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994.

⁽⁹⁾ De grande importância nesta sede as considerações expendidas por GNEIST, *Der Rechtsstaat*, 2.ª edição, 1879.

⁽¹⁰⁾ Quanto à distinção entre Estado de Direito e Estado legal veja-se TROPER, *ob. cit.*, pp. 52/53 e autores como Carré de MALBERG, *Contribution à la Theorie Générale de*

TROPER ⁽¹¹⁾ apresenta como o de *Estado de Direito inevitável*, baseando-se no facto de que “em todo o caso, mesmo na sua versão mínima, se o Estado de Direito é apresentado como desejável, é porque é considerado como uma garantia da liberdade e da democracia, ou seja, como um meio ou instrumento” ⁽¹²⁾. Tal reconduz-se ainda, como é acentuado por *Gustav Radbruch* ⁽¹³⁾, ao entendimento do Estado de Direito, ou seja, da “anterioridade do direito ou do Estado, a teoria que sustenta a identidade de ambos, a teoria da auto-limitação, do valor do Estado de Direito como categoria formal” ⁽¹⁴⁾.

De facto, as Constituições que adoptaram a conhecida fórmula da *Grundgesetz* que vincula os poderes executivo e judicial “à lei e ao Direito” assumem a não coincidência entre estas duas realidades. Este Estado de Direito — e Estado de Direito Democrático — implica, para GOMES CANO-

l'État, reimpressão, Paris, 1965, Marie-Joelle REDOR, *De l'État légal à l'État de Droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1789-1914)*, Paris, Économica, 1992, Jorge REIS NOVAIS, *Estado de Direito*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, e Jorge REIS NOVAIS, *Contributos para uma teoria do Estado de Direito*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1986, 29, XXIX, Suplemento, pp. 257 ss.

⁽¹¹⁾ TROPER, *ob. cit.*, pp. 58/59.

⁽¹²⁾ *Idem*, *ob. cit.*, pp. 61 e 63.

⁽¹³⁾ *Filosofia do Direito*, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, 6.^a edição, Colecção Studium, prefácio de L. Cabral de Moncada, p. 347.

⁽¹⁴⁾ Já Lawrence Friedman falava na filtragem pelo Direito da realidade social e onde Kelsen recorrera à *Grundnorm* apontaram Luhmann e Teubner a própria circularidade e autoreferencialidade do Direito. De facto, vejamos-se Niklas LUHMANN, *Politics as a social system* e *The political code in N. Luhmann, the differentiation of society*, Columbia University Press, N. Y., 1982, pp. 138-189; Legitimação pelo procedimento, Ed. Universidade de Brasília, 1980; *Political theory in the Welfare State*, W. De Gruyter, Berlim, New York, 1990, e Gustav TEUBNER, *O direito como sistema autopoiético*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, original de 1989, 1993.

Voltemos a Dennis LLOYD, *The idea of law, a repressive evil or social necessity?*, Penguin Books, 1991, 1.^a edição de 1964, pp. 177 e 178, que refere que Austin viu o problema da soberania não apenas em termos de identificar a autoridade legal suprema do Estado mas como modo de determinar a fonte última do poder. Tal implica a unidade e ilimitabilidade da soberania — o soberano deve ser uma unidade (apesar de poder ser constituído por um corpo ou por um indivíduo). Se a soberania estiver dividida não pode haver obediência devida, porque numa questão é devida a A e noutra a B. Não pode pois haver limitações à soberania, porque tais limitações só poderiam resultar de obediência a um poder externo ou autoimposto, caso em que estaríamos perante limitações morais e não legais, que em sede de direito positivo não teriam de ser observadas.

TILHO e VITAL MOREIRA ⁽¹⁵⁾, conhecidos pressupostos materiais e sub-princípios concretizadores.

“Fala-se em Estado Constitucional, o que expressivamente aponta para a Constituição como o alicerce e a cúpula da ordem jurídica. Com clareza também se denomina Estado de Direito (embora devamos evitar fáceis sentidos literais), pois que *todo o Estado, para lá da forma, se enche de uma valoração, fica todo sujeito ao Direito, aumenta-se o âmbito de acção do Direito: é este, por assim dizer, o Estado limitado por exce-lência*” ⁽¹⁶⁾.

A ideia de Estado de Direito impõe a juridificação do exercício do poder, cujas manifestações pressupõem por esse motivo um lastro normativo: “atinge-se deste modo não apenas o objectivo do império do direito (*Rechtsherrschaft*) como escudo da liberdade individual mas, simultaneamente, o carácter democrático do sistema de valores do estado de direito, conjugando-se a liberdade política com a emissão das normas de lei ordinária do mais elevado valor hierárquico” ⁽¹⁷⁾. Entre nós, RUI MACHETE adoptou a este propósito a terminologia proposta na Itália por LORENZA CARLASSARE, que consiste em estabelecer uma tricotomia entre não contrariedade (compatibilidade), legalidade formal e legalidade substancial.

Ora esta ideia de autolimitação patente no parágrafo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e que corresponde ao Estado de Direito admite variação mas pressupõe necessariamente:

- uma ideia de limitação do poder que signifique que cada órgão de poder exerce competências respeitando os procedimentos previstos;

⁽¹⁵⁾ *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pp. 82 a 85. GOMES CANOTILHO faz assentar o Estado de Direito nos princípios da juridicidade, constitucionalidade, protecção de Direitos Fundamentais e sistema de divisão de poderes.

⁽¹⁶⁾ São palavras de Jorge MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, reimpressão (1.ª edição de 1967), Coimbra Editora, 1996, p. 35.

⁽¹⁷⁾ Giacometti *apud* José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos contratos administrativos*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1987, p. 35 e p. 56, nota 92: “Como sublinham Vedel/Delvolvé — *Droit administratif*, p. 374 —, o termo *legalité* reporta-se hoje à lei no seu sentido mais amplo que é o de direito. A legalidade exprime a conformidade com o direito e é sinónimo de regularidade jurídica. Se a palavra *legalité* se não tivesse consolidado no uso comum com esta acepção mais vasta, seria mais apropriado usar em vez dela ‘juridicidade’ ou ‘submissão da Administração ao Direito’, aliás com o inconveniente de usar na primeira eventualidade um vocábulo bárbaro e na segunda uma expressão perifrástica”.

- uma ideia de que os actos do poder são hierarquizados ou hierarquizáveis, o que permite controlar cada acto por relação com os actos que lhe são superiores na hierarquia;
- uma ideia de que cada cidadão deve poder dirigir-se a um órgão ou entidade independente para fazer valer as suas pretensões, inclusivé contra o próprio Estado.

Neste quadro, a actividade estatal é “concebida como “essencialmente libertadora do indivíduo”. Aquela não se desenvolve à custa dos direitos deste, é ela que “os cria, os organiza, faz deles realidades”. Neste aspecto, utiliza-se o modelo holístico de análise sociológica ⁽¹⁸⁾.

E se CARRÉ DE MALBERG acentua as deficiências de um Estado meramente legal, DUGUIT e HAURIU falam na existência de um Direito anterior e exterior. Nesta perspectiva estará assim provado que não há tautologia na expressão Estado de Direito, ao invés do que defendia Kelsen, tentando suprimir o dualismo entre o fenómeno do poder e a sua limitação jurídica. Distinguindo-se ou não entre personalismos formais e transpersonalismos reais ⁽¹⁹⁾, ou relembrando como, para MUSSOLINI ou HOBBS, o Estado seria o absoluto para o qual o Homem naturalmente tende, é impossível ainda assim prescindir no nosso tempo da análise do problema do direito natural no pensamento contemporâneo ⁽²⁰⁾. Remontando cronologicamente, as raízes deste pensamento são evidenciadas por CABRAL DE MONCADA ⁽²¹⁾ que se socorre, com VERDROSS, do ideal platónico, vindo na “república ou *politeiam*, na parte das suas tendências autoritárias, não a mais lata expressão do pensar político grego, mas o início do declínio deste pensar, já na fase de decomposição da democracia helénica, e bem assim nas leis ou *nomoi*, apesar de tudo um platonismo e um helenismo

⁽¹⁸⁾ Enunciado por Émile Durkheim. Cfr., a propósito, António Teixeira FERNANDES, *Os fenómenos políticos, Sociologia do poder*, Biblioteca das Ciências do Homem, Edições Afrontamento, 1988, pp. 151 e 150: *Desta forma tenta harmonizar um certo individualismo com o holismo que adopta na análise sociológica, não fugindo ao conflito criado entre esta e a concepção que assume em sede filosófica. Tal conciliação é feita, como acima mostrámos, à custa da separação do Estado em relação à sociedade.*

⁽¹⁹⁾ Pedro SOARES MARTÍNEZ, *Filosofia do Direito*, Almedina, 1991, p. 25.

⁽²⁰⁾ *Estudos Filosófico e Históricos*, de Luís Cabral de MONCADA, Acta Universitatis Conimbrigensis, Vol. II, Carta Universitatis Conimbrigensis, p. 52: *O vivo e o morto em Suarez jurista*, 189.

⁽²¹⁾ P. 379 da obra citada e VERDROSS, em *Grundzüge der antiken Rechts und Staatsphilosophie*, Viena, 1946, publicado no *BFDUC*, Vol. XXXIII, 1948.

mais puros que os do primeiro destes dois diálogos”. Com tal ideia concordam os cultores das disciplinas históricas. De facto, PAULO MERÊA, escrevendo sobre SUAREZ ⁽²²⁾, esclarece que “com a decomposição da cristandade medieval coincide a largada do pensamento político moderno”.

Este pensamento alvorece já no século XIV com MARSÍLIO DE PÁDUA, mas a sua hora só chega com MAQUIAVEL, BODIN e VITÓRIA. O século dos Descobrimentos, da Renascença e da Reforma é um século decisivo para a evolução das concepções políticas; é, com efeito, a época em que se definem as três grandes ideias dominantes do mundo moderno: a ideia de Estado, a ideia de soberania e a ideia de comunidade internacional ⁽²³⁾.

Dentro da tradição aristotélica, o Estado é concebido por SUAREZ como a “sociedade perfeita” ⁽²⁴⁾. A nova forma de sociedade é tão adequada à condição do homem e tão necessária à sua perfeição que, ainda que os indivíduos tivessem permanecido no estado de inocência, não deixariam de se agrupar segundo este tipo social. E aqui aproveitemos a lição de GRÓCIO ⁽²⁵⁾: *Entre todos os que acreditam num ideal, quaisquer que sejam as suas aparentes divergências, não há qualquer diferença na maneira de falar*. Tal significava de facto, que não obstante a escassa originalidade das suas doutrinas fundamentais, era ele que representava o género mais adequado ao momento europeu, pela actualidade do tema versado, pela sua feição humanista e anti-escolástica, e pelo largo público a que se dirigia ⁽²⁶⁾. Mas interessa circunscrever então aqui a referência histórica ao Estado subsequente à afirmação das primeiras independências europeias, o Estado *Moderno* ou Estado burguês absolutista como lhe chama Habermas, ou Estado repressivo na expressão de WILKE.

Autores há, como HABERMAS, que autonomizam, após o Estado moderno, um Estado constitucional não liberal, como o germânico no Século XIX, que representaria a constitucionalização do Estado moderno, na sua feição extrema de Estado de polícia, no qual o direito em geral, e a lei em especial, seria positivada, como no seu contemporâneo Estado liberal, mas representando a pro-

⁽²²⁾ Paulo MERÊA, em *Suarez, Grócio, Hobbes*, Editor Arménio Amado, Coimbra, 1941, p. 7.

⁽²³⁾ Cfr. P. MESNARD, *L'essor de la philosophie politique au XVII^e siècle*, Paris, 1936.

⁽²⁴⁾ Paulo MERÊA, *ob. cit.*, p. 22, referindo-se no fundo aquilo a que São Tomás de Aquino chamava a *communitas perfecta*.

⁽²⁵⁾ Renan, *Abbesse de Jouarre*, acto I., *apud* Paulo MERÊA, *ob. cit.*, p. 41.

⁽²⁶⁾ Na expressão curiosa de MERÊA, “Aos Paulos e aos Ulpianos não vacila em ir buscar alguns dos conceitos fundamentais; deles herdou a forma mentis...”.

jecção do poder político relativamente concentrado. No entanto mais comum é a referência ao Estado Liberal como tipo anterior ao actual Estado Social (27).

Todos aqueles tipos de Estado — de polícia — foram antiliberais, na sua inspiração filosófica — embora um deles, o Social, tendencialmente personalista —, na sua amplificação dos fins e das funções do Estado, no seu sujar das mãos na sociedade, na economia, na cultura e também na declaração e tutela de novos direitos económicos, sociais e culturais.

E agora tomaremos então apenas em consideração o Estado Social ou o *welfare state* (28), na fase final do Estado Constitucional, representativo e de Direito, no qual a complexificação social, a nível estadual, é acompanhada da complexificação supra-estadual e infra-estadual, com o surgimento e desenvolvimento na sociedade de áreas ou domínios dotados de crescente autonomia. Do modelo ideal de sociedade democrática, centrípeta, herdámos concretizada uma sociedade centrífuga, e o progresso da democratização, como diagnostica BOBBIO, deverá referir-se não tanto à passagem da democracia representativa à democracia directa, como habitualmente se pensa, mas sobretudo à passagem da democracia política para a democracia social (29).

Precisamente, o processo de democratização não constitui um novo tipo de democracia, mas antes alarga a esfera das relações políticas, das relações em que o indivíduo é considerado no seu papel de cidadão, à esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado segundo a variedade do seu *status* e dos seus papéis específicos (30). Conte-se ainda com a aporia da constituição dirigente (31), a “reserva do possível”, na expressão de BOCKENFORDE, e os limites do necessariamente devido e do controlo juris-

(27) De acordo com Jorge MIRANDA, *Contributo...*, *ob. cit.*, p. 42: “o constitucionalismo liberal, todavia, não se estabelece em nome da garantia da constitucionalidade. É movido pela Constituição”. De acordo com este autor resulta claro que “não se temem, por conseguinte, actos legislativos que façam perigar o sentido da constituição”, já que todo o sistema legislativo teria função de estrita sequência e consolidação.

(28) Há precisamente quem distinga entre Estado social e Estado de bem estar. Para Habermas ou Ulrich Kreuss, o Estado social representaria uma primeira fase. Hoje em dia não são também negligenciáveis as tendências neoliberais.

(29) *Vide*, salientando também este ponto, J. A. SABATER, em *Ciudadanos e Instituciones en el constitucionalism*, Madrid, 1997. No fundo, eram já estas, a seu tempo, as preocupações de Tocqueville.

(30) Cfr., neste ponto, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Grupos de interesse, pluralismo e unidade política*, Coimbra, 1977.

(31) Leia-se, por todos, José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, 1982, e ainda I. EBSSEN, *Gesetzbindung und “Richtigkeit” der Entscheidung*, Berlim, 1974.

dicional, não esquecido por ALEXY, enquanto WEBER acaba por, nos últimos anos, preferir a democracia plebiscitária por oposição à *democracia acéfala*, distinguindo-as quanto ao carisma.

Porque o humano estar em relação pressupõe nas instituições da vida quotidiana uma realidade social historicamente “instituída” ⁽³²⁾, na transmissão das regras institucionais de uma geração a outra (supondo como hipótese que a primeira geração fora criadora originária de um mundo institucional), as condutas habituais e tipificadas convertem-se em instituições históricas. Ao adquirirem historicidade, tais instituições reforçam a sua objectividade.

E se a crise do Estado é inegável está ainda por demonstrar que não haja sobrevivência, no que esta resulta da alternância entre ordem e continuidade humana ⁽³³⁾. Se o conceito de social transcende o de político, o de político, por sua vez, transcende o de Estado. É este entendimento que muitas vezes tem faltado em termos de perspectiva, como por exemplo no seio das correntes positivistas. E aqui falamos de correntes positivistas no seu todo, indiferenciando os distintos entendimentos que dentro delas podemos encontrar ⁽³⁴⁾.

Para Kelsen, o artífice da teoria pura do Direito, *só o relativismo, negador da existência de verdades e valores absolutos, constitui suporte idóneo da democracia*, enquanto o absolutismo filosófico levará por sua vez inelutavelmente à autocracia. Assente a democracia neste conceito de liberdade, Kelsen entende substituir à tripartição política clássica a classificação dualista que distingue com base na natureza autonómica ou heteronómica da democracia e autocracia. Da consideração do nexo entre democracia e relativismo filosófico surge-nos a contraposição entre uma democracia descarnada e formal, relativista e céptica, e a democracia processual de acordo com a visão possentiana ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Veja-se J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, pp. 10 a 12 e 21 a 25.

⁽³³⁾ Pedro SOARES MARTÍNEZ, *Filosofia do Direito*, 1991, pp. 106 a 108.

Mesmo no plano das ciências físicas o determinismo foi forçado a ceder a sua posição a um princípio de incerteza — de Eisenberg. Segundo Lissarrague, lido por CABRAL DE MONCADA, *Estudos Filosóficos e Históricos*, Luís CABRAL DE MONCADA, *ob. cit.*, p. 387, *O poder político e a sociedade*, recensão do livro de Salvador Lissarrague, 1944, Madrid, publicada no *BFDUC*, Vol. XXI, 1945, em que se nota a inspiração das ideias originais de Hauriou —, há antes de mais que reivindicar uma nova ontologia do direito e do Estado, do social, como objecto da filosofia que deles se ocupa.

⁽³⁴⁾ Faça-se aqui o contraponto com a teoria clássica de Sieyès.

⁽³⁵⁾ BIGOTTE CHORÃO analisou, num texto publicado na revista *O Direito*, com o título de “Reabilitação do reino dos fins”, os contributos de Vittorio Possenti sobre a filosofia política e jurídica de Jacques Maritain — Ano 121, I (Jan/Março), 1989, p. 225.

DWORKIN ⁽³⁶⁾ sintetiza de forma admirável o *positivismo* em proposições centrais e organizativas:

- A lei de uma comunidade é baseada num conjunto de regras especiais usadas pela comunidade directa ou indirectamente com o objectivo de determinar que comportamento deverá ser punido ou coagido pelo poder público;
- O conjunto destas regras legais válidas é exaustiva do direito, pelo que se o caso de alguém não estiver claramente coberto por essa regra então não pode ser decidido pela aplicação da lei;
- Dizer que alguém tem uma obrigação legal é dizer que o seu caso cai dentro de uma regra legal válida que o obriga a fazer ou proíbe de fazer algo.

Assim aparece também claro na sua simplicidade o modelo de AUSTIN. Estabelece o primeiro ponto do positivismo, ou seja, que a lei é um conjunto de regras especialmente seleccionadas pelo soberano para governar a ordem pública, e oferece um simples texto factual como o único critério de identificar essas regras especiais. Só que num Estado moderno pluralista o controlo político é uma questão de compromisso e cooperação e aliança, sendo muitas vezes impossível dizer a quem cabe esse controlo dramático necessário para qualificar como o soberano de AUSTIN. Mas dizer que é o povo o ente soberano nada adianta e em si mesmo não fornece qualquer forma de controlo para determinar o que o povo ordenou ou para distinguir na sua forma legal os comandos sociais ou morais ⁽³⁷⁾.

H. L. A. HART ⁽³⁸⁾ tem, por duas razões, uma versão do positivismo mais complexa do que a de Austin. Por um lado, reconhece — ao invés de AUSTIN —, que as regras são de diferentes tipos lógicos (normas primárias e secundárias). Em segundo lugar, rejeita a teoria de AUSTIN de que uma norma é um tipo de comando, substituindo-a por uma análise mais genérica e elaborada sobre o que são as regras.

Se examinarmos o modo como as diferentes regras ganham existência, convida HART, e atendermos à distinção entre regras primárias e

⁽³⁶⁾ Leia-se em Ronald M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, pp. 38 a 45, *Is law a system of rules?* de R. M. DWORKIN.

⁽³⁷⁾ *Idem*, *ob. cit.*, p. 40.

⁽³⁸⁾ Herbert L. A. HART, *O conceito de direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.

secundárias vemos que há duas possíveis fontes da autoridade de uma regra:

— Uma norma pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque o grupo através das suas práticas aceita a regra como padrão da sua conduta;

— Uma regra pode também tornar-se obrigatória de uma maneira diferente, nomeadamente por ser aplicada em conformidade com uma regra secundária que estipula que as regras elaboradas de acordo com determinado *iter* devem ser obrigatórias.

Assim podemos recordar a distinção fundamentada de HART desta maneira: uma regra pode ser obrigatória *porque é aceite*, ou *porque é válida*. Deste modo, HART salva os fundamentos do positivismo dos erros de AUSTIN. HART concorda com AUSTIN em que as regras válidas de direito podem ser criadas através dos actos de oficiais e instituições públicas, mas a versão do positivismo de HART é mais complexa do que a de AUSTIN, e o seu teste para as regras válidas de direito é mais sofisticada. Num aspecto os sistemas são no entanto similares já que HART e AUSTIN reconhecem que as regras legais têm campos de abertura e assim introduzem a noção de *discrecionalidade* ⁽³⁹⁾.

Distinguindo entre regras, princípios e políticas, pode usar-se a expressão *princípio* genericamente, ou, mais precisamente, distinguir entre princípios e políticas. A *política* será aquele tipo de padrão que fixa um objectivo a ser alcançado, geralmente um melhoramento social, económico ou político da comunidade. O *princípio* será um padrão a ser observado, não porque avança ou segura uma situação social, cultural, política ou económica considerada desejável, mas por ser um requisito de justiça e equidade ou outra qualquer dimensão da moralidade.

A distinção entre princípios legais e regras legais é de ordem lógica ⁽⁴⁰⁾, já que diferem no carácter de direcção que imprimem. As regras ou são aplicáveis ou não o são. Se se verificam os factos que a regra prevê, então ou a regra é válida, caso em que a resposta fornecida deve ser aceite, ou não é, caso em que nada contribui para a decisão.

Esta pretensão apoia-se claramente no papel central da concepção dos

⁽³⁹⁾ Dworkin usa então a versão de H. L. A. HART quando encontra necessidade de um alvo específico para o seu ataque geral ao positivismo.

⁽⁴⁰⁾ Ver, por todos, Menezes CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, no campo privado, ou, no campo do direito público, José Joaquim Gomes CANOTILHO em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

direitos fundamentais. Enquanto princípio básico de distribuição em que se apoia o Estado de Direito liberal-burguês — no sentido de SCHMITT ⁽⁴¹⁾ —, os direitos fundamentais não devem em rigor ser considerados como um entre vários dos seus elementos, mas como verdadeiro fim da limitação jurídica do Estado ⁽⁴²⁾. Na base do relevo que os direitos fundamentais assumem na concepção liberal do Estado de Direito, está a ideia da sua natureza que é pré e supra estadual, cuja teorização global remonta a LOCKE e à sua teoria do contrato social.

Como aceita HEGEL ⁽⁴³⁾, os movimentos de aceitação e tolerância mostram-se necessariamente como pressupostos de organização do Estado — paralelamente à confiança —, como valores consensuais que fundam o mesmo Estado. *A realização de tal consenso não pressupõe a existência de prestações estaduais, mas apenas a garantia das condições que permitam o livre desenvolvimento das autonomias individuais.* Enquanto objectivo central de um projecto de racionalização dirigido contra o Estado absoluto, os direitos fundamentais assumem, naturalmente como para JELLINEK, o carácter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano, de direitos à liberdade, definindo o *status* negativo. *Assim se atinge uma correcta perspetivação material e formal do Estado de Direito.* Se a validade formal dos actos estaduais decorre da sua conformidade com a lei, de acordo com o princípio da legalidade, já a sua legitimidade — que verdadeiramente permite a sua qualificação como actos de um Estado de direito — é condicionada pela “*concordância material do seu conteúdo com uma tábua de valores que lhe é anterior e superior*” ⁽⁴⁴⁾.

Uma sociedade, para existir e subsistir, precisa de satisfazer os “imperativos funcionais do sistema social”, como diz PARSONS, apelando uma vez mais ao conceito de consenso de que já falámos antes ⁽⁴⁵⁾. *E a complexa*

⁽⁴¹⁾ Que, como é sabido, distingue entre os conceitos absoluto, realtivo, positivo e ideal de Constituição.

⁽⁴²⁾ Miguel Nuno Pedrosa MACHADO, *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português (Ensaio de Introdução geral)*, in separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 383, Lisboa, 1989, pp. 319 a 324.

⁽⁴³⁾ *O sistema da vida ética*, Edições 70, Lisboa, 1991, p. 58.

⁽⁴⁴⁾ Jorge MIRANDA em *Contributo...*, *ob. cit.*, pp. 32 e 33, depois de identificar a constituição como acto, acto constituinte, lei e norma, explica que a ideia material de constituição “é de uma garantia e, ainda mais, de uma direcção de garantia”.

⁽⁴⁵⁾ Vejam-se, nesta sede, Dennis LLOYD, *The idea of law, a repressive evil or social necessity?*, *ob. cit.*, e GRAVISON, *Issues in contemporary legal philosophy*, Clarendon Press.

telenomia constitucional não está alheia a tal imperiosa necessidade. GOMES CANOTILHO ⁽⁴⁶⁾ fala por exemplo na ideia da justiça contratual constitucional — *Verfassungsvertragsgerechtigkeit* — que equivale à auto-limitação do poder constituinte. A ideia é a do contrato constitucional como um processo de cidadãos contratantes, permanentemente renovado (manifestando-se v.g. na revisão da constituição). O contrato será uma ficção necessária para justificar os compromissos reais assumidos pelos actores constituintes, sem recorrer a valores ideologicamente encapuçados (H. GOERLICH) ou a entidades divinas (Deus) erguidas a instâncias normativas (H. HOFMANN).

GOMES CANOTILHO, por distinguir entre pré-compreensão e questões prévias ⁽⁴⁷⁾, acaba depois por fazer assentar a teoria da constituição na racionalização e controlo da pré-compreensão constitucional. *É que, de facto, existe uma correspondência tendencialmente muito forte entre uma Constituição e um Estado, independentemente da forma de que este se possa revestir.* Só excepcionalmente a Constituição e, por conseguinte, a problemática da constitucionalidade têm tido relevância em relação a outras realidades jurídico-políticas (como, por exemplo, as regiões dotadas de autonomia política no âmbito do estado regional). Com MARCELO REBELO DE SOUSA inclinamo-nos claramente para a inevitabilidade de que o fenómeno constitucional pressupõe um poder político próprio, mesmo que não soberano, o que o circunscreve ao fenómeno Estado ⁽⁴⁸⁾.

Uma consequência primária da inconstitucionalidade ⁽⁴⁹⁾ é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria ⁽⁵⁰⁾. Para que o princípio da constitucionalidade

⁽⁴⁶⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.^a edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pp. 118/119.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 7 ss. e p. 80.

⁽⁴⁸⁾ Leia-se Marcelo REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, pp. 11/12, nota 1. Sobre o conceito de poder político e de estado, ver bibliografia aí indicada. No mesmo sentido, leia-se Jorge MIRANDA quando enuncia as características do Estado e identifica os traços do poder político soberano na ordem interna.

⁽⁴⁹⁾ Marcelo REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico...*, *ob. cit.*, pp. 249 a 251, escreve sobre o regime jurídico da nulidade no direito português, com o que aponta como as cinco características essenciais — a inevitabilidade, a insanabilidade, a redutibilidade, a inaducabilidade e a absolutidade.

⁽⁵⁰⁾ “Ora, a inconstitucionalidade não se concebe a não ser num Estado constitucional”, reitera Jorge MIRANDA em *Contributo...*, *ob. cit.*, p. 35.

dade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da legalidade em sentido amplo vigore, é essencial que, em regra, uma conduta contrária à *Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam*. De certo modo, a garantia da Constituição começa por ser uma garantia estritamente jurídica, traduzida numa depreciação da capacidade de conformação jurídica por parte de condutas inconstitucionais ⁽⁵¹⁾.

Verifica-se como necessária a consagração de mecanismos destinados a assegurar a verificação da inconstitucionalidade, de modo a não restarem dúvidas acerca da desconformidade da conduta inconstitucional e a poderem ser activados alguns dos efeitos da desvalorização jurídica daquela conduta. Do que se trata, neste outro plano, é da criação e vigência de um sistema de fiscalização da constitucionalidade, que preveja a competência de um ou vários órgãos do poder político para apreciar e enunciarem uma eventual inconstitucionalidade e ainda que estabeleça a participação dos cidadãos, de outros órgãos do poder político ou de seus titulares no processo conducente àquela verificação.

Porque a constituição normativa como problema da doutrina de direito constitucional implica uma estrutura complexa de competências constitucionalmente plasmada, a teoria da constituição não se limita a uma tarefa de descoberta dos problemas político-constitucionais nem a uma função de elemento concretizador das normas da lei fundamental, implicando ainda imposições legiferantes. Ora, esta tarefa desenrola-se num momento em que assistimos a um processo crescente de politificação — entende P. DUCLOS ⁽⁵²⁾ —, traduzido na crescente institucionalização de sistemas de direcção e de controlo da legitimação da respectiva titularidade por parte dos detentores das funções de comando e constrangimento e da legitimidade da ordem comum a que se subordinam a actividade e o arbitrário individuais.

Este entendimento manifestar-se-ia por excelência no conceito da constituição como estatuto jurídico do político, com relevante significado para a captação do mundo circundante/estruturante do político. É que GOMES CANOTILHO fala do político e não do Estado por entender que este foi uma categoria nuclear da semântica política da modernidade, mas que

⁽⁵¹⁾ Leia-se Otto BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Atlântida Editora, Coimbra, 1977.

⁽⁵²⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, ob. cit., 1995, pp. 33 a 39.

hoje se perspectiva como “forma de racionalização e generalização na constituição enquanto regra do jogo e espaço de criatividade política, aliando-se a um espaço de indeterminação, que permite a inventividade, a criatividade das *personae* que actuam na cena jurídico política” e a que poderemos dar o nome de *autonomia privada* ⁽⁵³⁾. E isto independentemente da plurisignificatividade do conceito de constituição, do conceito histórico universal de constituição de LASSALE, ou da constituição como *lex fundamentalis*.

Mais do que perigosos entendimentos particulares ou particularistas do princípio da legalidade e da reserva de lei, a incidência do Estado Social ⁽⁵⁴⁾ não pode fazer implicar que este amplie de tal forma as actuações que pressuponham intervenções em direitos fundamentais, que se acabe por debilitar em grande parte a predisposição dos cidadãos a defender os seus direitos fundamentais.

Aqui convém relermos autores mais antigos, como HUMBOLDT ⁽⁵⁵⁾, defendendo que o Estado deve coibir-se de olhar pelo bem estar dos cidadãos e preocupar-se somente com a segurança e com os inimigos estrangeiros, não restringindo a sua liberdade com vista a qualquer outro fim. Há no entanto dúvidas legítimas quanto ao entendimento deste princípio político explicitamente rejeitado por escritores liberais como ADAM SMITH e JOHN STUART MILL ⁽⁵⁶⁾.

Estará aqui em causa uma ideia de *subsidiariedade* ⁽⁵⁷⁾, tão em voga

⁽⁵³⁾ Leia-se aqui também Francisco Saarsfield CABRAL, *Autonomia Privada e liberdade política*, Cadernos Risco, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1988.

⁽⁵⁴⁾ Confrontem-se aqui o interessantíssimo excurso de Antonio BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Democrazia e Diritto*, 2, 1976, XVI, e as considerações de Ireneu Cabral BARRETO, *Democracia e direitos do homem*, in *Revista do Ministério Público*, 1993, Abril/Junho, vol. 54, p. 77.

⁽⁵⁵⁾ Em *Limites de la acción del Estado* (1856), com edição espanhola de 1988.

⁽⁵⁶⁾ Leia-se Claudio CRESSATI, *La libertà e le sue garanzie. Il pensiero politico di John Stuart Mill*, Bolonha, Il mulino, 1988, e ainda Horacio Spector, *Acerca del presunto carácter esencialmente controvertido del concepto de derecho*, in *Proceedings of the second International Congress of the philosophy of Law*, I, La Plata, 1987, 349-59, e, do mesmo autor, *Autonomy and rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Clarendon Press Oxford, 1992, p. 4.

⁽⁵⁷⁾ Este conceito está claramente expresso na encíclica *Rerum Novarum* de 1891, mas sobretudo na encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931. Nesta última, podemos nomeadamente ler: “*não podemos tirar aos indivíduos, para dar à comunidade, as atribuições que eles são capazes de exercer da sua própria iniciativa e pelos seus próprios meios. Isto seria cometer uma injustiça e pôr em perigo a ordem social*”.

quanto à repartição de competências e atribuições entre organizações supranacionais como a União Europeia e os Estados, mas que é geralmente aplicável ao caso vertente, como resulta claro por exemplo das palavras de MATTINA ⁽⁵⁸⁾: “Em primeiro lugar convém lembrar que apesar de a maioria dos sábios da comunidade não o reconhecerem a formação conceptual e histórico-filosófica do princípio da subsidiariedade são paralelas ao nascimento da ciência política (...). *A ideia sócio-filosófica inerente ao princípio da subsidiariedade está estreitamente ligada ao princípio geral do direito de soberania do indivíduo no interior da organização social*”. Ora daqui resulta igualmente que o Estado, qualquer que seja a sua forma e vocação última, jamais poderá ser considerado fim de si mesmo, um *selbstzweck*, como KANT dizia. E adianta GOMES CANOTILHO: “Aqui dir-se-á apenas que o formalismo do Estado de Direito, enquanto significa ‘indiferença de conteúdo’ e abandono dos princípios materiais de conformação política, se situa num momento posterior àquele que é verdadeiramente fundamental para qualquer constituição: o da ‘decisão’ sobre o ‘conteúdo e direcção’ da política.

Daí que a conjugação de uma racionalidade formal (na senda weberiana), e de uma ‘decisão política’ anterior à conformação jurídico-constitucional (na senda schmittiana) ⁽⁵⁹⁾ seja um ponto de partida inadmissível para uma constituição dirigente: uma mistura de “relativismo sem limites” (abertura formal) com um “absolutismo material” (decisão) subtraída à conformação normativo-constitucional” ⁽⁶⁰⁾.

Assim, a Constituição da República Portuguesa é estatuto organizatório, limite da actividade do Estado e defesa da liberdade dos cidadãos perante o Estado, apesar de partir de uma versão originária em que a constituição estava longe de ser neutra quanto aos conflitos económicos, sociais, políticos e ideológicos contemporâneos ⁽⁶¹⁾. A CRP como norma fundamental e lei constitucional, em que imperam a estrutura e função constitucional dos princípios fundamentais ⁽⁶²⁾, enquanto espelho das opções políticas fundamentais, conta com preceitos que definem e caracterizam jurídico-cons-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Enzo MATTINA, *Subsidiarité, démocratie et transparence*, in *Revue du Marché Unique Européen*, Vol. 4, 1992, pp. 203, Clement Juglar, pp. 204 e 206 e 213.

⁽⁵⁹⁾ Leia-se Carl SCHMITT, v. g. *La notion positive de constitution*, in *Droits*, Vol. 12, p. 149, PUF, 1990.

⁽⁶⁰⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 43.

⁽⁶¹⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, *ob. cit.*, p. 29.

⁽⁶²⁾ *Idem*, *ob. cit.*, pp. 69 a 73.

titucionalmente a colectividade política (ou *Republica*), com princípios fundamentais da ordem jurídico constitucional, como padrões de legitimação constitucional, numa dimensão dupla constitutiva e declarativa ⁽⁶³⁾.

Se a constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, o valor jurídico negativo não se reconduz à inconstitucionalidade mas à sua consequência; respeita à sanção que decorre da ordem jurídica para a norma inconstitucional. O valor jurídico negativo depende pois, em cada momento histórico, da gravidade do vício que afecta a norma ⁽⁶⁴⁾. Ora, a inobservância de determinados requisitos de conformidade com a constituição há-de desde logo de decorrer da “estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais” ⁽⁶⁵⁾. O termo *estrutura*, apesar do seu difundido emprego na linguagem científica, não dispõe de sentido unívoco. A *estrutura* é uma ordenação reveladora do modo de ser dos elementos que a integram.

A *validade*, ensina LEGAZ LACAMBRA ⁽⁶⁶⁾, pertence à essência do Direito, e a vigência é qualidade extraída da experiência, que não se confunde com a exigibilidade da norma. A *vigência* exprime a obediência dispensada à norma jurídica. HANS Kelsen, substituindo a vigência pela eficácia, torna talvez mais nítida a distinção entre as duas categorias.

⁽⁶³⁾ LLOYD, *The idea of law, ob. cit.*, pp. 208 a 213, encontra em Weber e Ehrlich tipos de sistemas legais com filosofias de base que são simultaneamente o produto e a causa da sociedade em que operam.

Ehrlich que foi quase um contemporâneo de Weber, fez do seu objectivo principal penetrar nas regras formas, tratadas como sinónimo do direito em si, e chegar às verdadeiras normas sociais que governam a sociedade em todos os seus aspectos e que ele aponta como o direito vivo.

Nesta linha vejam-se ainda Roscoe Pound e a sociologia americana e os desenvolvimentos posteriores do realismo legal nos EUA e dos realistas escandinavos.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Rui MEDEIROS, *Valores jurídico-negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, Ano 121.º, 1989, Julho/Setembro, III, pp. 485 a 495, sobre o regime da invalidade, ineficácia e a controvérsia na admissibilidade da figura da inexistência no âmbito dos direito civil e administrativo.

⁽⁶⁵⁾ Raul Machado HORTA, *Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*, in *O Direito*, Ano 124.º, 1992, I-II, Janeiro/Junho, pp. 62 e 87 a 89. A eficácia irradiante dos princípios, nomeadamente dos princípios fundamentais foi assinalada por Constantino MORTATI, em *Commentario della Costituzione* a cura di Giuseppe Branca — *Principi Fondamentali*, Zanichelli Editore, Bolonha, 1975, p. 2.

⁽⁶⁶⁾ *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 246. Leia-se ainda aqui M. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada de M. Jiménez Redondo), Valladolid, 1998.

O consenso que está na base da constitucionalização também há-de pois ser tido em conta na desconstitucionalização. A. ESMEIN, descrevendo o processo de desconstitucionalização, assinala que as Constituições frequentemente incorporam ao seu texto disposições formalmente constitucionais, sem disporem da natureza material de normas dessa natureza, ou seja, que não guardam nenhuma relação necessária com a forma de Estado e de Governo e que foram inseridas na Constituição para adquirir a eficácia e a permanência da norma constitucional ⁽⁶⁷⁾.

Considerando a natureza obrigatória da norma constitucional, o acatamento de regras constitucionais pela legislação ordinária demonstra, entretanto, que a Constituição dispõe de plasticidade. A plasticidade permitirá a permanente projecção da Constituição na realidade social e económica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez constitucional sempre acarreta. Uma constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política e a constituição normativa não conflitará com a constituição real e a coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo.

Neste domínio, como noutros, o problema especificamente constitucional ⁽⁶⁸⁾ é o da alternativa ou mudança de paradigma. Ao esquema de artifícios técnico-jurídicos do estado de Direito burguês (liberal), assente em pressupostos sócio-políticos específicos, não sucedeu uma construção racional do Estado democrático constitucional. Hoje, ou se procura um regresso ao Estado e sociedade tentando-se a sua compreensão através do *instrumentarium* liberal, ou se considera a constituição inserida na “utopia concreta”, descurando os problemas de “racionalização” e de “situação”, inerentes ao “projecto” de uma “constituição temporalmente adequada” ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ *Éléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, Vol. I, 2.^a ed., *Récueil* Sirey, 1921, p. 580.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 9, 11, 15, 23 e 25.

⁽⁶⁹⁾ A crise da regulação social, as mutações do Estado e a necessidade de construção de uma nova hipótese filosófica têm ocupado o Centro de Filosofia do Direito da Universidade Católica de Louvaina, provando o interesse e a actualidade dos temas que temos vindo a abordar.

Por seu turno, Alain Finkelkraut, na Gulbenkian, em 7 de Maio de 1997, integrado no seminário Europa Social que decorreu naquela Fundação de 5 a 7 de Maio, apontava o Estado Social como uma especificidade da Europa entre modelos liberais e marxistas e como

A controvertida conciliabilidade da “lógica da constituição” de um Estado de Direito com a “lógica da democracia” e a análise estrutural-material da “densidade” e “abertura” das normas constitucionais até à própria “compreensão” da constituição em si mesma implica uma “legitimação-legitimidade” de uma ordem constitucional no duplo sentido de justificação-explicação de uma ordem de domínio (estrutura de domínio) e de fundamentação última da ordem normativa, de “apoio” ou “fundamento específico”, fonte da sua dignidade e garante das suas apreensões (70)

A compreensão material da constituição passa pela “materialização” dos fins e tarefas constitucionais, pela legitimação e mediação legislativa, que não prescinde do entendimento da relação entre constituição e imagem do Homem, novamente no centro da agenda problemática hodierna (71).

Não obstante as inúmeras certidões de óbito que lhe foram sucessiva e prematuramente passadas, a explanada ideia de Estado de Direito

equilíbrio entre liberdade e protecção social. Os novos desafios, acentua o mesmo autor, da mundialização e da nova Revolução Industrial e da inerente manipulação de símbolos obrigam hoje a constatar tanto a fragilidade do Estado Social como a necessidade de o preservar. Esta preservação, assente não na igualdade mas na equidade, gera desigualdades e como tal uma desorganização da sociedade. Para ultrapassar tal situação exigem-se soluções e não expedientes, numa perspectiva de voluntarismo político e de cidadania que envolve facetas da vida social.

Já Boaventura de Sousa Santos entendia — no mesmo local e dia — que se fala numa crise do Estado Providência sem que ele nunca tenha existido. De facto, em Portugal, na visão daquele autor, antes de se falará de um neocontratualismo ou póscontratualismo que convive com o *status*. No mesmo sentido, veja-se a sua obra *Reinventar a Democracia*, Cadernos Democrático, Gradiva, 1998.

Aponta o autor não para a necessidade de se pensarem alternativas mas para um pensamento alternativo de alternativas, como por exemplo ver o Estado como novíssimo movimento social, como mero elo na organização, porque não tem monopólio da regulação ou, na sua significativa expressão: ver o Estado como parte do espaço público não estatal. Assim se renovaria a noção de contrato social enquanto simultânea regulação e emancipação social, que hoje empurra grandes massas de excluídos para um Estado natureza de ansiedade e stress e para um comércio público de interesses que nada tem que ver com a vida privada. A este propósito, é muito curiosa a obra de Modesto SAAVEDRA, *Sobre el uso alternativo del derecho*, 1978.

(70) Sobre estas questões, cfr. M. J. HABERMAS, *Legitimation crisis*, Beacon Press, Boston, 1975. Leia-se ainda *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, de Luzia Marques da Silva Cabral PINTO, Coimbra Editora, 1994, *BFDUC, Studia Iuridica*, 7.

(71) Veja-se Ronald DWORKIN, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, pp. 38 a 45, *Is law a system of rules?*

— enquanto distinta do Estado de legalidade germânico ou do conjunto de mecanismos de controlo político francês — revela uma presença viva. *Há que buscar o Direito através da lei*. Mas há mesmo que pensar o Direito antes da Lei ⁽⁷²⁾. E pensar o Direito implica a aptidão para compreender o que nele há de permanente e as razões do que é variável ⁽⁷³⁾.

A tecnicidade do direito positivo tem de ser concebida como fruto de determinada evolução a partir da unidade originária, evolução essa *que* MAX WEBER caracteriza como um processo de racionalização que é, ao mesmo tempo, um processo que leva à formalização do direito ⁽⁷⁴⁾. Tal evolução transforma assim o direito em segmento ou subsistema da cultura. Mas o que tal evolução não pode produzir é um corte radical entre direito e cultura, submetendo aquele ao vórtice da pura racionalidade técnica ⁽⁷⁵⁾. Mormente se afirme isto no campo do Direito Constitucional, inelutavelmente imbrincado numa ideia de Direito que firma a noção de constituição material. “*A Teoria do Estado e do Direito é, assim, sempre produtora e normativa, mas vinculada ao material cultural, o que não encontra eco num tratamento logicista do Direito*” ⁽⁷⁶⁾.

Diz-se que o trabalho do jurista é realizado em três planos distintos, ainda que intimamente interconexos: o da descrição ou da captação do

⁽⁷²⁾ LLYOD, *The idea of law*, *ob. cit.*, pp. 202 e 203, sobre a sociedade como uma entidade emergente, Hegel ligou a sua teoria ao historicismo que viu o desenvolvimento da história humana como seguindo um padrão predeterminado. Apesar de Hegel pretender que era um libertário, a sua liberdade, de acordo com padrões democráticos, era uma liberdade pouco convincente, sendo pouco mais do que a liberdade de obedecer ao Estado. Nenhuma moralidade, em especial nenhuma moralidade individual poderá ou poderia existir fora do quadro da moralidade colectiva que está intrínseca no Estado e na sua lei.

⁽⁷³⁾ Cristina LÍBANO MONTEIRO, *Democracia e Liberdade*, 21, Dezembro 1981, p. 9.

⁽⁷⁴⁾ Vejam-se por todos Karl ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, edição de 1964, prefácio de J. Baptista Machado, W. N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. G. R. Carrió, Bs., As., 1968, W. N. HOHFELD, *Some fundamental legal conceptions as applied to legal reasoning*, *Yale Law Journal*, n.º 16, 1913, Karl POPPER, *What can logic do for philosophy?*, Aristotelian Society, Supplementary, vol. XXII; 1948, 154, António CASTANHEIRA NEVES, *A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido)*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1993, número especial de *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró*, pp. 393 a 447.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, *ob. cit.*, pp. 333 e 359, e Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1992, p. 152.

“dado”, o da explicação e sistematização, e o da sua aplicação à realidade. Na obra *Épistémologie des Sciences de l’homme*, da Unesco, de 1970, ao tratar da situação das ciências do homem no sistema das ciências, JEAN PIAGET no que toca em especial às ciências jurídicas afirma que elas “ocupam uma posição bastante diferenciada” pelo facto de o direito constituir um sistema de normas e de uma norma não proceder da simples verificação de relações existentes ⁽⁷⁷⁾, mas de uma categoria à parte que é a do “dever ser”. Este “dever ser” legal expressa-se pois hoje num *exigente princípio da legalidade*.

3. A SEPARAÇÃO DE PODERES

As origens do princípio da separação de poderes podem remontar à Grécia do Século II a.C. e à ideia de Constituição mista de POLÍBIO, distribuindo os vários poderes estatais por diferentes faixas da sociedade por forma a lograr um equilíbrio ⁽⁷⁸⁾. A verdade, no entanto, é que o seu entendimento jurídico estrito melhor se buscará na revolução inglesa de 1689 ⁽⁷⁹⁾, e que sobejamente conhecida é a ideia de MONTESQUIEU ⁽⁸⁰⁾ de que “tudo estaria perdido para a liberdade política se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse esses três poderes, o de fazer as leis, o de executar as revoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares” ⁽⁸¹⁾. Como escrevia aquele autor: “*Il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”. Este entendimento — que não deixa de remontar a ARISTÓ-

⁽⁷⁷⁾ Vejam-se Bernard EDELMAN, *Le droit, les vraies sciences et les fausses sciences*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XXXVI, Sirey, Paris, 1991, e António Castanheira NEVES, *O papel do jurista no nosso tempo*, suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 44, 1968.

⁽⁷⁸⁾ Esta ideia de prossecução de equilíbrio é *leitmotiv* nas considerações da organização estadual, coincidindo mesmo com a justificação de Benjamin Constant para a teorização do seu poder moderador.

⁽⁷⁹⁾ Apesar dos prenúncios da *Magna Charta* de 1215 e na *Petition of Rights* de 1628.

⁽⁸⁰⁾ Cultor da hoje denominada sociologia política, Montesquieu defendia como formas de limitação do poder a subordinação do Governo à lei, a existência de várias instituições intermédias e a separação de poderes. Para uma interpretação actualista, Cfr. José MAGALHÃES, *Montesquieu em Berlim*, in *Revista de Ciências Sociais*, n.º 31, Março 1991.

⁽⁸¹⁾ Charles Secondat, Barão de MONTESQUIEU, em *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São Paulo, 1993, livro XI, cap. 6.

TELES ⁽⁸²⁾ —merecera já em 1690 considerações de LOCKE ⁽⁸³⁾, nos *Two Treatises of Civil Government*, elegia da *Glorious Revolution* de 1688, e foi desenvolvido no pensamento do ABADÉ DE SIEYÈS e de BENJAMIN CONSTANT.

A corporização em letra de lei encontramos-na no afamado artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prescreve que “qualquer sociedade onde a garantia dos direitos se não ache assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” ⁽⁸⁴⁾.

Os constitucionalistas degladiam-se desde então sobre as virtudes dos vários sistemas de governo mas não deixou de ser ponto assente *que a liberdade depende da organização constitucional dos poderes, apesar de ser cada vez mais contestado, por exemplo, que a qualidade democrática de um regime dependa de uma melhor redacção constitucional e de uma redefinição da organização e das relações entre poderes* ⁽⁸⁵⁾.

Parece assistir-se hoje a um declínio da Constituição-separação de poderes e à emergência da Constituição-garantia dos direitos dos governados, assumindo-se a ruptura entre governantes e governados ⁽⁸⁶⁾. Se a antiga representação da democracia se centrava na democracia pela lei, a nova parece centrar-se na democracia pela Constituição. MANUEL AFONSO VAZ parece partilhar desta opinião, sustentando a contraposição entre a herança do constitucionalismo revolucionário francês: “o jusnaturalismo de LOCKE e ROUSSEAU, de carácter racionalista, e o método empirista de MONTESQUIEU

⁽⁸²⁾ No âmbito aliás da sua distinção de formas de governo.

⁽⁸³⁾ Locke propugna a limitação do poder numa perspectiva de defesa do Homem e para restringir o poder do Estado divide o poder em legislativo, executivo e federativo.

⁽⁸⁴⁾ Cristina QUEIROZ, em *Constituição, constitucionalismo e democracia*, in *Perspectivas Constitucionais*, Coimbra Editora, 1996, pp. 457 a 481, acentua que a separação de poderes começa por ser exigida no seio da sociedade, e apenas depois no âmbito do Estado.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Dominique ROUSSEAU, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, 4.ª edição, Montchrestien, Paris, 1995, p. 398. Neste sentido, cfr. ainda Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, p. 205, dizendo que a doutrina de Montesquieu não inspirou verdadeiramente nenhuma das constituições modernas, e Michèle BARZACH, *Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie*, in *Pouvoirs*, n.º 56, 1991.

⁽⁸⁶⁾ Esta ideia, trabalhada aliás de forma regular pelo Conselho Constitucional francês, acaba por radicar na característica da *autonomia* da sociedade política estadual, identificada, v. g., por Jorge Miranda.

e BLACKSTONE” e o conceito de Estado-comunidade que ganha expressão constitucional na República de Weimar, e que tem correspondência nas concepções lógico-substantivas de VON STEIN e na teoria integracionista do Estado de RUDOLF SMEND ⁽⁸⁷⁾.

A afirmação da democracia formal e a perda da capacidade decisória do Estado, de que fala MANUEL AFONSO VAZ ⁽⁸⁸⁾, são forças contrapostas, de que resulta o fim da *Wertdemokratie*, ou seja, do formalismo e subsistência do *Rechtsstaat* ⁽⁸⁹⁾.

NUNO PIÇARRA salienta avisadamente que “a expressão *separação dos poderes* é, pelo menos, equívoca, uma vez que tem sido utilizada para designar a distribuição equilibradora do poder político por vários centros de autoridade estadual e extra-estadual, a especialização orgânico funcional e, mais restritamente, a incompatibilidade de cargos públicos, a independência ou imunidade de um órgão constitucional quanto aos seus titulares ou quanto aos seus actos, perante a acção ou a interferência de outro e um sistema de controles inter-orgânicos” ⁽⁹⁰⁾.

De qualquer modo, *tanto na sua vertente jurídica como na sua vertente política, a doutrina da separação dos poderes* — que hoje é princípio constitucional identificador do tipo histórico de Estado que surge de modo precoce com a Revolução Inglesa e de modo seguro com as experiências norte-americana ⁽⁹¹⁾ e francesa — *apontou desde sempre para a*

⁽⁸⁷⁾ Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., pp. 148 e 149. No mesmo sentido, cfr. Nuno PIÇARRA, *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, 1989, *A separação de poderes na Constituição de 76*, in *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, e *Separação de poderes*, in *Polis*, Enciclopédia da Sociedade e do Estado.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 156.

⁽⁸⁹⁾ Leia-se M. EDELMAN, *Politik als ritual. Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und Politischen Handelns*, Frankfurt am Main, Germany, 1976.

⁽⁹⁰⁾ Nuno PIÇARRA, *A separação de poderes na Constituição de 76*, in *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, ob. cit., pp. 145/146. José Joaquim GOMES CANOTILHO, em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 3.^a edição, 1999, pp. 514 a 517 distingue os planos funcional, institucional e sociocultural. Por outro lado, José Joaquim GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3.^a edição, 1993, p. 499, nota IX, salientam que a separação de poderes é de índole político-constitucional e não uma separação social de poderes ao jeito de correntes como as do neopluralismo político-estamental ou do neocorporativismo.

⁽⁹¹⁾ Cfr. MADISON, sobre *A separação dos poderes* I, in *The Federalist*, n.º 47, tradução, Brasília, 1984, p. 394.

compressão do poder político-estadual “em favor da liberdade individual moderna” ⁽⁹²⁾.

O princípio da separação e interdependência de poderes é pois um princípio estrutural-conformador do domínio político que se assume enquanto directiva fundamental, princípio histórico — na perspectiva de K. HESSE —, princípio orgânico-institucionalmente referenciado — na forma patente no n.º 1 do artigo 111.º da CRP —, e princípio funcionalmente de ordenação de competências ⁽⁹³⁾. De acordo ainda com a lição de GOMES CANOTILHO, o princípio pressupõe uma relativa adequação entre órgãos e funções, exigindo separação no plano pessoal e uma noção de “freio, balanço e controlo” ⁽⁹⁴⁾ na ordenação de órgãos e funções de que falava MONTESQUIEU.

Refira-se aqui a *tese do núcleo essencial de cada poder estadual*, propugnada por alguns autores, e que implicaria que “A interdependência orgânico-funcional derivada do sistema de freios e contrapesos não exclui que cada função seja predominantemente exercida por um certo tipo de poder (...) corporizado em determinados órgãos. Na prática, isto significa que cada função estadual tem um núcleo essencial que não pode ser invadido nem atribuído a outros poderes” ⁽⁹⁵⁾. Esta tese teria sobremaneira aplicação no campo da função administrativa, em relação à qual há quem recorra ao chamado método substractivo, que consiste em destacar as funções política, legislativa e jurisdicional de toda a área da actividade esta-

⁽⁹²⁾ Nuno PIÇARRA, *A separação de poderes na Constituição de 76*, ob. cit., p. 151. De facto, ora enquanto ideia de limitação do poder ora identificada como princípio da legalidade não há dúvidas quanto à centralidade desta doutrina para a compreensão hodierna do Estado Moderno, mormente na sua fase de Estado Constitucional, Representativo e de Direito. Cfr. ainda Elio GIZZI, *La libertà e la legge*, in *Quaderni Regionale*, ano VIII, n.º 3, 89, pp. 565 a 572.

⁽⁹³⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., pp. 514 a 517, e KARL LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, tradução espanhola da 2.ª edição em alemão (*Teoria de la Constitución*), Barcelona, 1983.

⁽⁹⁴⁾ Estão aqui em causa os “*checks and balances*” ou os “*freios e contrapesos*”, na conhecida tradução de Jorge Miranda.

⁽⁹⁵⁾ Bernardo Diniz AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 52.

Para José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., o núcleo essencial deve traduzir-se na impossibilidade de esvaziamento da função de um outro órgão. Também no mesmo sentido aponta o Parecer n.º 16/79, da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 8.º vol., Lisboa, 1979, pp. 205 e ss.

dual, sendo que o que restar corresponde ao conteúdo mínimo ou núcleo essencial da função administrativa ⁽⁹⁶⁾. Como argumentos contrários ao núcleo essencial em especial no que tange à função administrativa, é normalmente explicado que não só num Estado de Direito a função administrativa se deve subordinar à função legislativa, como que a diversidade interna da função administrativa não permite considerações homogêneas ⁽⁹⁷⁾.

De qualquer modo, acentue-se *que parece predominar um critério funcional ou orgânico na CRP de 1976* ⁽⁹⁸⁾, *com relevância para uma simultânea repartição vertical* que “visa a delimitação das competências e as relações de controlo segundo critérios fundamentais territoriais (competência do estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais)” e *uma repartição horizontal* que se refere “à diferenciação funcional (...), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania” ⁽⁹⁹⁾.

A caracterização das funções do Estado há-de ser constitucionalmente adequada e não meramente formal, como defendeu ZIMENER ⁽¹⁰⁰⁾, e a determinação do seu núcleo essencial implica avaliar a capacidade deste princípio para “fornecer critérios de solução de conflitos de competência entre esses órgãos e para fundamentar declarações de inconstitucionalidade pelo TC” ⁽¹⁰¹⁾.

A distinção entre funções na Constituição da República Portuguesa de 1976 encontram-na na doutrina portuguesa em JORGE MIRANDA ⁽¹⁰²⁾, que distingue entre a função como tarefa ou como actividade, e que, assen-

⁽⁹⁶⁾ Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, *ob. cit.*, p. 53.

⁽⁹⁷⁾ Veja-se Guido ZANOBINI, *L'attività Amministrativa e la legge*, in *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Milão, 1955.

⁽⁹⁸⁾ Como concordam José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3.^a edição, 1993, nota III ao artigo 114.º, p. 497.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, pp. 513 e 518.

⁽¹⁰⁰⁾ *Para uma teoria das funções estaduais constitucionalmente adequada*, 1979.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. Nuno PIÇARRA, *A separação de poderes na Constituição de 76*, in *Nos dez anos da Constituição*, *ob. cit.*, p. 164.

⁽¹⁰²⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra Editora, 1997, pp. 7 e 11 e 22 e ss. Para este autor a ideia de órgão aqui pressuposta está inelutavelmente ligada à de pessoa colectiva. Veja-se também Rui MACHETE, *Contencioso Administrativo*, in *Estudos de Direito Público e de Ciência Política*, Lisboa, 1991, p. 186. No mesmo sentido de articulação entre órgãos e funções veja-se Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, tradução espanhola da 2.^a edição em alemão (*Teoria de la Constitución*), *ob. cit.*, pp. 52 a 55.

tado no segundo termo desta classificação, distingue entre funções fundamentais e funções complementares. Apontaremos aqui, por neles nos revermos, os critérios de distinção que este autor apresenta para identificar a função legislativa, que no seu entender se engloba dentro de uma função política em sentido lato.

Assim, poderíamos encontrar:

- *Critérios materiais*, que correspondem à definição primária e global do interesse público, à interpretação dos fins do Estado, à escolha dos meios adequados para os atingir e à direcção do Estado;
- *Critérios formais*, que correspondem a uma situação de liberdade ou discricionariedade máxima, de *Wahlfeiheit*, o que não equivale a ausência de subordinação a regras jurídicas (às da Constituição, desde logo); liberdade de escolha, senão quanto ao conteúdo, pelo menos quanto ao tempo e às circunstâncias, ou não havendo esta (v. g. no caso de promulgação obrigatória), ausência de sanções jurídicas específicas;
- *Critérios orgânicos*, equivalendo ao seu desempenho por órgãos políticos ou governativos e colégios em conexão directa com o sistema de governo.

E MARCELO REBELO DE SOUSA aponta no mesmo sentido quando acentua que a função política se deve centrar na “definição e prossecução pelos órgãos do poder político dos interesses essenciais da colectividade, realizando, em cada momento, as opções para o efeito consideradas mais adequadas”, correspondendo a função legislativa à “prática de actos provenientes dos órgãos constitucionalmente competentes e que revestem a forma externa de lei” ⁽¹⁰³⁾. Mas em especial, quanto à função legislativa, defende este último autor que ela é definida constitucionalmente a partir do conceito de *lei em sentido formal* (...), “não estabelecendo a Constituição nem uma exigência de abstracção e de generalidade quanto ao conteúdo do acto legislativo, nem uma reserva de competência legislativa absoluta global da Assembleia da República” ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰³⁾ Marcelo REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, Livraria Cruz, Braga, 1979, p. 248.

⁽¹⁰⁴⁾ *Idem, ob. cit.*, pp. 255 e 256. Para este autor, e ao invés de Jorge Miranda, o texto constitucional não impede a elaboração de leis de conteúdo concreto e individual.

MANUEL AFONSO VAZ ⁽¹⁰⁵⁾, caracteriza a função legislativa, na nossa constituição, a partir da identificação do seu acto típico, a lei — “acto jurídico-político caracterizado pela forma que reveste, pela força jurídica de que dispõe e pelo procedimento que culmina, livre de conteúdo ou de conteúdo aberto”.

O essencial, para o que ora nos ocupa, é no entanto que função legislativa, englobada na função política é uma função primária, de definição de linhas de acção em oediência a um princípio de oportunidade autonomamente valorado ⁽¹⁰⁶⁾, ao invés da função administrativa, secundária e subordinada, “essencialmente volitiva, de natureza jurídica e material, tendo por objecto executar as leis e satisfazer necessidades colectivas, por prévia opção política consideradas de responsabilidade estadual” ⁽¹⁰⁷⁾. A lei formal implica um elemento normativo mas também um elemento de decisão política e o respeito pelas normas constitucionais enformadoras.

Esta distinção de vinculação, para MARCELO REBELO DE SOUSA ⁽¹⁰⁸⁾, “é tanto mais relevante quanto é certo que, no dia a dia, em virtude da concentração no Governo do exercício de funções políticas, legislativas e administrativas”, a confusão entre lei e regulamento se vai acentuando. De facto, “com o alargamento das tarefas do Estado no domínio da produção de bens e da prestação de serviços para a satisfação de necessidades colectivas, vão surgindo áreas da função administrativa em que a dependência desta em relação à legislação ordinária se atenua, passando a avultar a dependência directa relativamente à Constituição

lizado, à excepção do âmbito das leis restritivas de direitos fundamentais. Parece-nos que será mais acertado ou mais cauteloso prescindir, como veremos, da generalidade mas não da abstracção.

⁽¹⁰⁵⁾ Marcelo REBELO DE SOUSA, VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 167.

⁽¹⁰⁶⁾ No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84 — *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., Lisboa, 1984, pp. 7 e ss. — referente à exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, foi posta a questão de a decisão poder ter como bases apenas critérios políticos. No Acórdão é entendido que o Tribunal não pode corrigir actos do poder legislativo com base em critérios meramente políticos, já que reconhece uma liberdade ao legislador neste campo. Neste sentido, cfr. Otto BACHOF, *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. IV, 1980, e Pedro Coutinho MAGALHÃES e António ARAÚJO, *A justiça constitucional: política e direito*, in *Análise Social*, n.º 145, 1998, pp. 7 e ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Marcelo REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 252.

⁽¹⁰⁸⁾ *Idem*, ob. cit., p. 253.

ou a actos políticos sem forma legal que desenvolvem os princípios gerais ⁽¹⁰⁹⁾.

MARCELO REBELO DE SOUSA tem razão ao afirmar que a “relevância crescente das actividades não essencialmente jurídicas nos Estados contemporâneos tem alterado a tipologia clássica das funções do Estado” ⁽¹¹⁰⁾. *Do mesmo modo, cremos nós, é este o resultado da admissibilidade de novas figuras no âmbito do poder legislativo* ⁽¹¹¹⁾.

4. O PODER LEGISLATIVO

4.1. Lei e razão

O tema da superioridade do *governo das leis* percorre em continuidade toda a história do pensamento ocidental ⁽¹¹²⁾. NORBERTO BOBBIO ⁽¹¹³⁾, no entanto pondera a seguinte reformulação: “O bom governo é aquele em que os governantes são bons porque governam respeitando as leis ou aquele em que as leis são boas porque os governantes são sábios?”. Esta proposta não é aliás muito distante da proposição de ROUSSEAU que, no seu *Contrato Social* ⁽¹¹⁴⁾ proclama que “Se é certo que um grande príncipe é uma pessoa rara, quanto mais raro não será um grande legislador”, já que ao primeiro cabe seguir um modelo, enquanto o segundo deve propô-lo.

BARTOLOMÉ DE LAS CASAS esclarece também este entendimento: “... porque a lei ou governante não manda nos súbditos na sua qualidade de homem, mas como ministro da lei. E, assim, não é dominador, mas administrador do povo, por meio das leis (...) e é assim como os cidadãos continuam sendo livres, porque não obedecem a um homem, mas à lei” ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ *Idem, ob. cit.*, pp. 253/254.

⁽¹¹⁰⁾ *Idem, ob. cit.*, p. 254.

⁽¹¹¹⁾ Com o perigo de cairmos em excessivas actualizações, parece-nos ser este entendimento que não repugnaria a Humboldt.

⁽¹¹²⁾ Cícero acentuava a ideia de permanência, por exemplo, em *De Legibus*.

⁽¹¹³⁾ Cfr. Norberto BOBBIO, *O futuro da democracia*, Publicações D. Quixote, Viragem, Lisboa, 1988, p. 202. O mesmo autor — *ob. cit.*, p. 208 — apresenta a distinção entre governo *sub lege* e governo *per leges*, ou seja, mediante as leis, através da emanção, se não exclusiva, prevalecente, de normas gerais e abstractas, esclarecendo que as duas exigências não se sobrepõem.

⁽¹¹⁴⁾ Capítulo II. 7.

⁽¹¹⁵⁾ Capítulo II, IX, 2, da obra *De Regia potestate*, publicada em 1571, da qual há uma edição bilingue, Madrid, 1969.

Seja porque a “lei é expressão da vontade geral e todos os cidadãos têm direito de concorrer pessoalmente ou pelos seus representantes para a sua formação” — como afirma o artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ⁽¹¹⁶⁾ —, seja porque é sempre justa e visa sempre o bem comum ⁽¹¹⁷⁾, a verdade é que o mito do “grande legislador” inspira os governos revolucionários, certo é que a teoria e ciência da legislação ⁽¹¹⁸⁾ vêm substituir a razão sem dimensão crítica do Estado de Polícia por uma razão instrumental que consagra uma impessoalização do poder, sendo a lei a inteligência livre das paixões cegas de que falava Aristóteles.

“Lei é uma palavra que melhor se integra na linguagem das formas políticas, mas não desmerece ser considerada como grande categoria do ideário liberal (...), gerada na instância legislativa, com a plena intervenção da nova classe letrada e burguesa (...). O que mandava o Rei manda agora a Lei. A lei é muito mais maleável do que o costume e a religião, mas associa-se a estes na construção da nova sociedade liberal (...). Ficou no Rei a dignidade mas o império foi transferido para a lei” ⁽¹¹⁹⁾.

“Lei é a palavra que resume toda a superestrutura das formas liberais. É o nome da nova atmosfera política (...), que deve ser maleável” ⁽¹²⁰⁾, já que os filósofos do Século XVIII, entre outros Voltaire e Montesquieu, insistem que a Lei não se justifica em si mesma, que é relativa, que tem uma intenção e uma finalidade.

⁽¹¹⁶⁾ Dominique ROUSSEAU, *Droit du Contentieux...*, ob. cit., p. 403, refere-se ao representante parlamentar como a primeira figura da democracia moderna. Veja-se também Carré de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, reed. Économica, 1984, recordando a Decisão do Conselho Constitucional francês de 23-8-85, de acordo com a qual a lei votada só exprime a vontade geral quando “dentro da perspectiva da Constituição”.

⁽¹¹⁷⁾ É esta herança de J. J. Rousseau como fazem questão de acentuar J. C. BÉCAME e M. COUDERC, *La loi*, Dalloz, 1994.

⁽¹¹⁸⁾ Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 85, identifica estado de legislação com a fase da teoria da lei que vai do séc. XVI ao séc. XVIII, que “comporta concepções de lei que, irmanadas na recusa de uma ordem teológico-metafísica naturalmente transcendente, concebem, no entanto, os fundamentos da nova ordem jurídica de modo diverso”. Cfr. também G. FASSO, *Legge. Teoria Generale*, in *Enc. Diritto*, Vol. XXIII.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Telmo dos Santos VERDELHO, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, INIC, Coimbra, 1981, pp. 48/49 e 221, e ainda Henri BATTIFOL, *La loi et la liberté*, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 25, 1976, pp. 79 a 87.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. Telmo dos Santos VERDELHO, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, ob. cit., pp. 221/222.

Se HAURIUO fala numa ideia de constituição política e administrativa do moderno estado constitucional e de legalidade, salientando como notas do sistema a grande descentralização político-social sustentada numa política judicativa de normatividade consuetudinária, ROGÉRIO SOARES ⁽¹²¹⁾ adopta a designação de JELLINEK de “Estado de Justiça” — *Justizstaat* — para caracterizar tal sistema ⁽¹²²⁾.

O entendimento da lei expendido por TOMÁS DE AQUINO tem ainda correspondência na caracterização normativa actual, de acordo com um percurso de ordem lógica e cronológica que em termos modernos se há-de iniciar com o racionalismo contratualista de HOBBS. Para este autor, “as regras ditadas pela razão são, no entanto, insuficientes para garantir a paz e a segurança entre os homens”, pois “o conteúdo de tais regras é indefinido e de interpretação diversa, consoante as distintas concepções acerca da equidade e da justiça” ⁽¹²³⁾.

Já com JOHN LOCKE “começa verdadeiramente o entendimento moderno da lei, pois, se com Hobbes se acentuou o momento voluntarístico-técnico-racionalista moderno da criação política da lei, o carácter garantista da lei, próprio da normatividade jurídica moderna, provém de Locke” ⁽¹²⁴⁾. Porque, para LOCKE, o poder legislativo é o poder supremo do Estado, é imperioso que a execução das suas determinações não seja cometida aos mesmos órgãos, sendo assim uma ideia de “moderação e de senso prático” que impera no pensamento deste autor. De facto, e assim sendo, a própria prerrogativa da administração executiva “*is nothing but the power of doing public good without a rule*” ⁽¹²⁵⁾.

Por seu turno, a ROUSSEAU se deve a afirmação da *generalidade* como necessário elemento legal, pois é “enquanto prescrição geral que realiza o bem comum (...)” ⁽¹²⁶⁾. De facto, a lei — num misto de *volonté générale*

⁽¹²¹⁾ Em *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, MCMLV, p. 49.

⁽¹²²⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 82.

Kriele distingue entre Estado de legalidade formal, Estado de Direito material, Estado de Justiça, Estado Constitucional com divisão de poderes e Estado constitucional parlamentar.

⁽¹²³⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 87.

⁽¹²⁴⁾ *Idem*, ob. cit., p. 91.

⁽¹²⁵⁾ John LOCKE, *Two treatises of government*, com introdução e notas de Peter Laslett, reimpressão, Cambridge, 1992, § 166.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., pp. 97, 99 e 100, e Sérvulo CORREIA, *Legalidade..*, ob. cit., p. 24: “Além do objectivo de despersonalizar a motivação do exercício do poder e, concomitantemente, assegurar a igualdade de tratamento dos seus destinatários, o pensamento jusnaturalista viu ainda na generalidade da lei a fonte de

e do *législateur* — corresponde a *volição de uma entidade moral e colectiva, distinta quer da volonté particulière quer da volonté de tous* ⁽¹²⁷⁾. “A lei era geral num duplo sentido: geral, porque é a vontade comum do povo inteiro, e geral porque estatui não apenas para um caso ou homem mas para o corpo de cidadãos. A lei é, pois, geral quanto à sua origem e quanto ao seu objecto: é o produto da vontade geral e estatui abstractamente para os assuntos da comunidade” ⁽¹²⁸⁾.

Esta lei aqui considerada há-de converter-se e consubstanciar-se em princípio da legalidade da administração, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação de poderes, e que de acordo com GOMES GANOTILHO ⁽¹²⁹⁾ foi erigido muitas vezes em “cerne essencial” do Estado de Direito.

Este princípio de atinência à lei postulava, por sua vez, dois princípios fundamentais: o *princípio da supremacia ou prevalência da lei* (*Vorrang des Gesetzes*) e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*), já que “num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (...) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da verberação democrática do Estado (daí a reserva de lei)” ⁽¹³⁰⁾.

“Quer o sentido moderno-iluminista da lei — que encontrava o fundamento da sua validade normativo-jurídica na própria racionalidade que postulava — quer no sentido da *Wertdemokratie* oitocentista alemã — que via na lei o valor comum da sociedade — pretendiam garantir, através da lei, os valores da liberdade, da igualdade e da objectividade-segurança” ⁽¹³¹⁾. Mas como salienta ainda MANUEL AFONSO VAZ, a imanente racionalidade da lei “não pode, todavia, desconhecer o carácter político-instrumental que hoje lhe é imanente, nem pode recusar-se a tratá-lo juridicamente. (...) Mas, em

uma tripla virtualidade no plano do aperfeiçoamento das relações sociais: através daquele instrumento de técnica jurídica, acautelar-se-ia simultaneamente a certeza e previsibilidade, a racionalidade e a justiça das limitações indispensáveis na esfera da liberdade e da propriedade de cada um”.

⁽¹²⁷⁾ Neste sentido, remonte-se a Beccaria e a Burke, cujas *Reflections on the Revolution in France*, em 1790, mereceram resposta pronta de Thomas Paine.

⁽¹²⁸⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 662.

⁽¹²⁹⁾ *Idem*, ob. cit., p. 251.

⁽¹³⁰⁾ *Idem*, ob. cit., p. 251, a nosso ver, numa perspectiva demasiado redutora.

⁽¹³¹⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 161.

que sentido é pensável hoje uma fundamentação racional do direito e da lei? Que competências cabe atribuir à filosofia ética no preenchimento da lei, quando, *prima facie*, ela nos surge como um instrumento do poder político?” (132).

Processa-se quase como que uma inversão do *iter* lógico a ter em conta, tal como salienta NUNO PIÇARRA. *De facto, hoje parece ser o especial procedimento e a força de que se reveste o acto legislativo que explicam e reclamam uma específica atenção ao seu conteúdo, quando no passado aqueles eram consequência de um conteúdo geral e abstracto.* “Ora, um conteúdo adequado ou ajustado à forma de lei ou de decreto-lei, há-de ter, em princípio, relevância política para os destinatários e para a sociedade, há-de estar impregnado por critérios primordialmente políticos, pela ‘ponderação prospectiva do interesse geral’ pela ‘visão ampla da comunidade política’” (133).

De qualquer modo, a teoria liberal do primado da lei postula pois a ideia de supremacia da função legislativa (134). *É que se entende* (135) *que a representação é condição de justiça das leis.* Ou seja, a primazia do poder legislativo assenta na sua derivação de uma vontade colectiva — mesmo que não entendida em termos roussenianos — que não abusará do seu poder. Não estamos aqui muito distanciados de uma ideia de legitimação através do processo, como a defendida por LUHMANN (136). Mas essa não é, no entanto, “uma posição sustentável para quem procure os fundamentos de validade das soluções ou decisões jurídicas, e não apenas o saber como e quem pode decidir” (137).

A legitimidade, definida à semelhança de HABERMAS, como a dignidade de reconhecimento de uma ordem constitucional, compreende dois aspectos fulcrais de qualquer ordenação da *res publica*: (1) o processo; (2) o bem comum (o justo comum). Mas a procedimentalização como

(132) Cfr. Nuno PIÇARRA, *A separação de poderes na Constituição de 76*, in *Nos dez anos da Constituição*, *ob. cit.*, p. 163.

(133) *Idem*, *ob. cit.*, pp. 168/169.

(134) *Idem*, *ob. cit.*, p. 152.

(135) Como veremos *supra* em 5.2.

(136) Veja-se Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, Ed. Universidade de Brasília, 1980, e Antonio LA SPINA, *La decisione legislativa*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 60, que faz uma equiparação aos efeitos das doutrinas da *public choice*.

(137) Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, p. 165. De facto, parece-nos que há aqui lugar a uma perspectiva necessariamente substancializada.

tendência *absoluta* de análise do Direito há-de deixar pelo menos incólume o Direito Constitucional.

“Se se pode afirmar, *cum grano salis*, serem as constituições democráticas, uma ‘encarnação’ de ‘experiências históricas racionais’, já se torna difícil identificar esses ‘momentos’ e ‘dimensões’ de racionalidade.

(...) Se por ‘racionalidade constitucional’ se entender apenas um esquema organizatório de competências, formas e processos, é evidente que, de forma automática, se põe em causa a racionalidade dos documentos constitucionais programaticamente orientados” (138).

De facto, a decisão racional não tem obviamente lugar num vazio institucional. A teoria da decisão racional que, por antítese ao decisionismo, influenciou a doutrina da legislação — com um vigoroso desenvolvimento nos países de língua alemã — tem ilustres precedentes na teoria do pensamento filosófico. De facto, encontramos-los:

- no racionalismo do Século XVII de PASCAL e KIERKEGAARD;
- no relevo dado à probabilidade por LOCKE e LEIBNIZ;
- na aplicação do raciocínio indutivo revelada pelo teorema de BAYES;
- na implicação da utilidade marginal no paradoxo de Pietroburgo de DANIEL BERNOULLI;
- nalguns paradoxos de decisão colectiva de CONDORCET (139).

Esta teoria da decisão racional torna-se uma disciplina autónoma, graças ao trabalho de RAMSEY, VON NEUMANN e MORGENSTERN, e à teoria dos jogos desenvolvida por SAVAGE e DE FINETTI, em termos que também fazem lembrar as teorias rawlsianas quanto às preferências dos sujeitos (140).

(138) GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 42.

(139) Veja-se a síntese feita por LA SPINA, *La decisione...*, *ob. cit.*, pp. 85 a 87. Ainda com relevância nesta matéria, vejam-se as considerações expendidas por Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina, 1992, J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, Oxford, 1962, 1978, e Jacques LENOBLE e André BERTEN, *Dire la norme: droit, politique et enonciement*, E. Story/Scientia, 1990.

(140) As *políticas* no sentido etimológico do termo não prescindem de *critérios de optimização social* (do qual faz parte, sem no entanto o esgotar, o *bem-estar colectivo*).

A revolução marginalista, iniciada por volta de 1870, foi o ponto de partida para uma corrente do pensamento económico, apelidada de Economia de Bem-Estar (“*Welfare*

LA SPINA ⁽¹⁴¹⁾ vem explicar que podemos falar em decisão, e em decisão legislativa como equivalendo a:

- uma *deliberação formal e colectiva*, resultado de votação, precedida de outros momentos procedimentais — *decisão-procedimento*;
- não a uma actividade mas ao *resultado dessa actividade*, ou seja, o texto normativo na forma linguística, na distribuição das matérias, na técnica jurídica adoptada — *decisão-produto*;
- às *decisões dos participantes no procedimento legislativo*, também legislativas, dado que concorrem para a produção do documento final — *decisão-acção*;
- ao *conteúdo da decisão-produto* que constitui guia para a acção dos destinatários, adoptada pelo detentor do poder coercitivo, na base

Economics”), cujo fito era precisamente desenvolver estes *critérios de optimização do bem-estar social*.

Desta corrente foram pioneiros Pareto (Escola de Lausanne) e Pigou (Escola de Cambridge).

Pigou partiu do conceito de “*utilidade*”. Para ele, *a optimização do bem estar social só seria possível com duas condições*:

- O bem-estar social só seria maximizado quando o rendimento nacional fosse elevado.
- O bem-estar social só seria maximizado quando desse rendimento nacional se maximizasse também a parcela que reverte para os mais desfavorecidos.

O *bem-estar social de cada indivíduo* existiria, para Pigou, quando a *utilidade marginal* e a *desutilidade marginal* estivessem niveladas.

Mas Pigou parte do princípio de que tanto a *utilidade* como a *desutilidade marginal* seriam mensuráveis cardinalmente, em termos matemáticos, o que, na realidade, é impossível. *Esta impossibilidade ditou a falência da teoria de Pigou*.

Foi sobre os escombros da teoria de Pigou que, por volta dos anos 30, se recuperaram as ideias de Pareto, adicionando-lhes algo de novo. Daqui nasceu uma nova economia de bem-estar, cujas bases eram as seguintes:

- Cada indivíduo é o melhor juiz do seu bem-estar.
- A optimização do bem-estar social ocorre quando não é possível introduzir melhorias no bem-estar individual.

A estas melhorias no bem-estar individual chamamos “*melhorias paretianas*”. Ora, diz esta nova corrente que quando a introdução de uma melhoria paretiana viesse sacrificar uma parcela do bem-estar social, teríamos atingido a optimização desse bem-estar social; ou seja, teríamos atingido uma *situação óptima*.

⁽¹⁴¹⁾ LA SPINA, *La decisione...*, ob. cit., pp. 236/240.

de argumentos construídos pelo menos numa linha teórica de modo racional, defensável e corrigível — *decisão-ratio* ou *policy*.

OLIVER WENDELL HOMES JR via “*the law as prediction of what courts will do, in the nature of law*” (142). Mas para nós o Direito não é predição, e antes corresponde a uma ordem de convivência humana orientada pela ideia de uma ordem justa, ideia essa a que, pelo seu próprio sentido tal ordem vai referida, não é *ordo ordinatus* mas *ordo ordinans*, com referência a regras de reconhecimento que remetem para uma racionalidade deliberativa.

É que “a normatividade não se firma na regra, na lei, mas na decisão ou no conjunto de decisões dos que aplicam (dizem) o direito). Aqui, como em todo o sistema axiológico, direito e lei não se confundem” (143). *O limite da validade da autonomia constitucional do jurídico não tem apenas relevo no normativo enriquecimento e na reconstrução do sistema jurídico, dando ainda lugar a uma autónoma “consciência jurídica geral” — conjunto dos valores, princípios e critérios que se assumem como os enformadores fundamentais e fundamentantes da validade jurídica. A fundamentação ético-social deste há-de necessariamente implicar a busca do justo equilíbrio entre as dimensões formal/fundamental — centralizadora dos preceitos normativos e da sua ciência* (144).

A legitimidade de intervenção do Estado é então medida como um espaço de consciência — um *non possumus* — feito de princípios mas evoluindo por casuísmo valorativo. ANDRES OLLERO fala a propósito de um *Kann-Vorschriften*, mas sabe-se que nunca é total a discricionariedade de efeitos jurídicos concedida por preceito possibilitante (145).

(142) Cfr. *Readings in legal philosophy*, ed. M. P. Golding, Nova Iorque, 1966, pp. 176 e 177, na sequência de *The Common Law*, de 1881, e *Para uma nova justiça penal*, in *Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto, Ordem dos Advogados*, Março de 1996.

Cfr. ainda Fernão de C. FERNANDES THOMAZ, *Da irresponsabilidade à responsabilização dos juízes*, in ROA, Comunicação apresentada no I Colóquio Luso-Espanhol promovido pelo Conselho Superior da Magistratura de Portugal e pelo Consejo General del Poder Judicial de Espanha, sob o título “Governo ou autogoverno do poder judicial e democracia”, Lisboa, Fevereiro de 1994.

(143) Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, p. 83.

(144) A. CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Estudo do Direito, II Parte, O pensamento jurídico, Metodologia*, Coimbra, 1977, pp. 43 e 68.

(145) Vejam-se M. Severo GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, e Elio GIZZI, *La libertà e la legge*, in *Quaderni Regionale*, ano VIII, n.º 3, 89, pp. 565 a 572.

Se o sistema legislativo é uma rede de regras, de tempos a tempos objecto de deliberação por representantes eleitos ⁽¹⁴⁶⁾, e se a lei se relaciona com a razão e a racionalidade, a doutrina da separação dos poderes entendida em termos estritos no Século XIX obrigava a que fosse única a forma de lei e necessariamente atribuída ao Parlamento, já no Século XX esta perspectiva é substituída por uma necessária consideração do voluntarismo e necessidade de intervenção do Estado. Afastada naturalmente a ideia de lei da de mera norma enquanto expressão de regularidade estatística, podemos entender a norma como sinónimo de direito ou ordenamento, como sinónimo de lei como fonte de direito intencional ⁽¹⁴⁷⁾, distinguindo-se do costume e da jurisprudência, de normas dos órgãos centrais, distinguindo-se das normas corporativas, com eficácia externa, e operando a criação formal de direito no âmbito da função legislativa ⁽¹⁴⁸⁾.

4.2. Lei e princípio democrático

GOMES CANOTILHO parece suspeitar de *Burdeau*, supondo que ele pretenda, através da “ideia de direito, animadora da instituição estadual”, afastar do texto constitucional uma mera fundamentação positivista não legitimante ⁽¹⁴⁹⁾. Não nos parece proceder essa suspeita. Como já referimos em 4.1., parece-nos impossível abraçar sem mais uma ideia de constituição meramente processual ⁽¹⁵⁰⁾. O próprio GOMES CANOTILHO o reconhece, quando concede que “não se pode exigir a um documento constitucional que faça prova de ‘ascetismo substantivo’ (de resto, aparente) e abandone à ‘política’ a ‘livre conformação de soluções materiais’” ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Utilizando aqui noções de *input* e *out put*, leia-se LA SPINA, *La decisione...*, *ob. cit.*, p. 83.

⁽¹⁴⁷⁾ Veja-se António CASTANHEIRA NEVES, *As fontes de direito e o problema da positividade jurídica*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. II, 1975, pp. 115 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ É este também o sentido enunciado por E. CORTESE, *La norma giuridica, spunti teorici nel diritto commune classico*, Milão, 1962, e Norberto BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 123.

⁽¹⁵⁰⁾ *Idem*, *ob. cit.*, p. 124, aludindo à *procedural constitution*, defendida por uma significativa corrente da juspublicística continental europeia e que é ainda hoje o arquétipo dominante na literatura americana, *maxime* por POSSONY.

⁽¹⁵¹⁾ GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 125, assim se afastando de perspectivas como as de Weber ou de Schmitt.

Alguns autores têm chamado a atenção para uma *suposta contradição entre a teoria liberal do primado da lei e a teoria democrática* — entendida em termos radicais — *da supremacia do Parlamento*, já que a primeira olha essencialmente ao conteúdo e à forma do acto enquanto que a segunda se preocupa essencialmente com as questões atinentes ao autor do acto ⁽¹⁵²⁾. Como JOÃO CARDOSO ROSAS salienta ⁽¹⁵³⁾, a neutralidade deste Estado Liberal não significa inacção ou indiferença, mas antes que deve o Estado agir e fazer a diferença através da sua intervenção, sendo provavelmente que a sua neutralidade última só será alcançada por adjudicação de legislação e políticas várias. Este Estado Liberal implicava uma marcada separação entre o Estado e a sociedade ⁽¹⁵⁴⁾, com uma redução da actividade do Estado ao mínimo exigido para a garantia da paz social ⁽¹⁵⁵⁾.

A transformação progressiva de toda a actividade do Estado em actuação fundada, organizada e limitada juridicamente, acompanhada por uma concepção das relações estado-cidadãos como relações jurídicas, impulsionou no entanto o percurso de substantivação para um estado de direito material, mais exigente que o mero estado constitucional parlamentar com divisão de poderes. Já este Estado de Direito material implica uma adesão subjectiva e subentendida a valores democráticos, impondo a “reconstrução das relações entre estado e sociedade” ⁽¹⁵⁶⁾.

Explica MANUEL AFONSO VAZ: “Ao princípio democrático não interessou tanto determinar a matéria de lei, mas preocupou-se com a qualificação do órgão que era chamado a emitir actos com força de lei — reserva do Parlamento; aos princípios do Estado de Direito e de separação de poderes interessou a qualidade do acto, a matéria de lei, para através dele limitar qualquer forma de arbítrio. Se o princípio democrático se bastava

⁽¹⁵²⁾ Cfr. Nuno PIÇARRA, *A separação de poderes na Constituição de 76*, in *Nos dez anos da Constituição*, ob. cit., p. 153, e Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., pp. 40 e 41.

⁽¹⁵³⁾ Leia-se João Cardoso ROSAS, em *Liberdade, virtude e interesse próprio*, Coordenação de João Carlos Espada, Comissão Nacional para os Descobrimentos Portugueses, Curso da Arrábida, *Deverá o estado liberal ser neutro?*, pp. 65 e 74.

⁽¹⁵⁴⁾ Uma vez mais se vislumbra aqui a característica da Autonomia, que identifica qualquer verdadeira organização estadual.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Jorge REIS NOVAIS, *Estado de Direito*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, ob. cit., p. 250.

⁽¹⁵⁶⁾ *Idem*, ob. cit., p. 252.

com a autoria democrática do acto, os princípios do estado de Direito e de Separação de Poderes laboravam com os conceitos de limitação do poder, matéria e “ratio” da lei, legitimidade” ⁽¹⁵⁷⁾, prosseguindo ainda com a distinção, nesta sequência entre a lei enquanto acto da autoridade legislativa, e a lei enquanto “um conteúdo, uma ratio jurídica que postula uma autoridade” ⁽¹⁵⁸⁾.

O legislador democrático — porque directamente legitimado — não conhece, na perspectiva radical, “limites exteriores de forma ou de conteúdo. A característica da generalidade da lei não é aqui, pois, uma exigência limitativa ao poder de legislar, ao contrário do conceito de lei do Estado de Direito e de Separação de Poderes” ⁽¹⁵⁹⁾. *Significa isto que a lei democrática é menos vinculada do que o era a lei liberal, estritamente resultante do Estado de Direito e de separação de poderes: “A lei no Estado de Direito é, com efeito, garantia contra todo o absolutismo, daí que não possa ter por essência a vontade ou o poder por mais democráticos que estes se afirmem”* ⁽¹⁶⁰⁾.

Se até aqui se falava em Estado Liberal, com a Constituição de Weimar, converte-se o princípio democrático em fundamento único e total do Estado, sendo necessário acrescer àquele “Estado de Direito” o atributo “democrático”. Com isso, porém, “dessubstancializava-se o “Estado de Direito” pela formalização global do *Rechtsstaat*” ⁽¹⁶¹⁾. Esta conclusão parece contraditória com a consideração quase indissociável do Estado de Direito Democrático, como “quadro impregnado de uma intenção material

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 35.

⁽¹⁵⁸⁾ *Idem*, ob. cit., p. 36.

Vejam-se ainda Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, prefácio de Pierre Raynaud, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Générale de Droit et Jurisprudenece, Paris, 1971, Sebastian SOLER, *Estuturas objetivas y figuras jurídicas*, em *Derecho Comparado*, Bs., As., 1977, n.º 1, p. 88, e Michel VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, em *Archives de Philosophie du Droit*, 1957, p. 87.

⁽¹⁵⁹⁾ Leia-se Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., pp. 43 e 247, onde explica que essa generalidade constituía uma limitação do Estado Democrático pelo direito. Também o mesmo autor e obra, p. 249, ensinando que a organização democrática, o princípio da separação de poderes “(...) são meios instrumentais de realização do Direito, ou mesmo garantias de ‘actualização’ e de ‘controlo’ do Direito, mas não são os elementos últimos de ‘correção’ do Direito”.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 44.

⁽¹⁶¹⁾ *Idem*, ob. cit., p. 251, e Atilano DOMÍNGUEZ, *Libertad y democracia de Spinoza*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 11, Set./Out. 79, pp. 131 a 156.

própria, mas prospectivamente aberta a uma pluralidade de concretizações políticas” (162).

Mas a verdade é que direito e lei são aqui entendidos como autode-terminações da vontade popular que é soberana e que se autoregula (163). Só que conforme refere Werner Kägis, neste “absoluto democrático”, “a maioria democrática decide absolutamente. Ora, neste sentido, o Estado democrático é perigosamente sinónimo de estado de direito democrático.

Mas aqui se diga que o próprio conceito de democracia está inelutavelmente ligado ao da separação de poderes (164), tal como se depreende aliás da expressão “Estado de Direito Democrático”, hoje utilizada no artigo 2.º da nossa Constituição, e feita repousar sobre o princípio da separação e interdependência de poderes. No articulado da CRP de 1976, e antes da revisão de 1982, não havia sequer referência ao Estado de Direito, que hoje aparece enquanto Estado de Direito Democrático nos artigos 2.º e 9.º da lei fundamental (165).

De acordo com esta ambiência democrático-liberal e dado o seu carácter de órgão eminentemente representativo do povo, teriam de ser assegurados ao Parlamento a suprema direcção política do Estado, o papel de “quadro de conjugação das posições conflituantes em termos que não comprometam o mínimo indispensável de coesão social e, ainda, a reserva absoluta do estabelecimento integral do painel normativo das liberdades e dos direitos fundamentais” (166).

Mas como bem salienta PAULO OTERO (167), em atenção ao primado

(162) Cfr. Jorge REIS NOVAIS, *Estado de Direito, Dicionário Jurídico da Administração Pública*, ob. cit., p. 256.

(163) Em termos similares, mas fazendo equivaler lei e direito em termos que nos parecem de todo o modo inaceitáveis, cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 245.

(164) Barbosa de MELO, *Democracia e Utopia*, Porto, 1980, pp. 41 e ss.

(165) Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 252, explica a razão porque entende preferível a expressão “Estado Democrático de Direito, porque o ponto de partida é a democracia, depois limitada pelo direito”.

Em sentido semelhante, de que “na nossa estrutura constitucional, os dois — estado de direito e princípio democrático — são indissociáveis, mas cada um possui o seu próprio centro de gravidade”, leia-se Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 196, e ainda Jorge MIRANDA, *Contributo...*, ob. cit., pp. 93 e 95 e ss.

(166) Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 36.

(167) *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, Lex, Lisboa, 1997, p. 75. Veja-se também a tendência de Gomes Canotilho para caracterizar o sistema português como um sistema misto parlamentar presidencial, e a caracterização do sistema por André Gonçalves

parlamentar nos modelos constitucionais de direito comparado provenientes de Estados democráticos, seria anómalo que a Constituição de 1976 não reservasse também ao Governo uma reserva de competência. Para além de competência legislativa genérica em matéria concorrencial e em matéria de reserva relativa mediante autorização legislativa da Assembleia da República, podemos falar em reserva legislativa do Governo como exclusiva hoje nos termos do n.º 2 do artigo 198.º, no respeitante à matéria da sua organização e funcionamento, mas temo-la igualmente prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 198.º, para o desenvolvimento de leis de bases sobre certas matérias, limitando-se a intervenção legislativa do Parlamento em tais casos à mera fixação de bases gerais dos regimes jurídicos.

E é assim que podemos ter, como já vimos, reservas do Governo — exclusiva e de regulação de bases ⁽¹⁶⁸⁾. Esta última possibilidade ganhou aliás relevo no domínio da Lei Fundamental de Bona ⁽¹⁶⁹⁾ e da Constituição francesa, modelo do sistema de governo semipresidencial consagrado — na opinião quase unânime da doutrina — na nossa Constituição.

E saliente-se aliás que tendo em conta este sistema de governo, não encontramos aqui qualquer entorse ao princípio democrático. De facto, num sistema semipresidencial, nos seus traços actuais, não só o Executivo é também ele decorrência de manifestação mediata da vontade popular, como encontra na Assembleia da República forma de responsabilização ⁽¹⁷⁰⁾. De facto, mais do que fazer corresponder primado de lei par-

PEREIRA, em *O Semipresidencialismo em Portugal*, Ática, 1984 e, por todos, Maurice DUVERGER, *Échec au Roi*, traduzido para português — *Cheque Mate*, Lisboa, 1987. O desenvolvimento do sistema é analisado por BLANCO DE MORAIS em *Le Metamorfosi di Semipresidenzialismo Portoghese*, in *Semipresidenzialismi*, Dir. L. Pegorano e Angelo Rinella, Padova, 1997.

⁽¹⁶⁸⁾ Respectivamente, n.º 2 do artigo 198.º e alínea c) do n.º 1 do artigo 198.º da CRP. Veja-se OTERO, em *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, *ob. cit.*, p. 13, sobre as competências relativas ao aumento de despesas e diminuição de receitas.

⁽¹⁶⁹⁾ OTERO, em *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, *ob. cit.*, p. 75 explica que aí o grau de intervenção legislativa da federação pode decorrer da própria natureza federal do Estado. O artigo 75.º da *Grundgesetz* prescreve que a Federação tem o direito de determinar normas gerais (*Rahmenvorschriften*) sobre determinadas matérias. Tal dispositivo tem sido entendido como significando limites intrínsecos ao legislador federal que o impedem de estabelecer normas de desenvolvimento de tais princípios, normas que pertenceriam à competência regulamentar dos *Länder*.

⁽¹⁷⁰⁾ Neste sentido, cfr. também OTERO, em *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, *ob. cit.*, p. 83, sobre a “evolução do significado político das eleições parlamentares, traduzindo a subversão do modelo normativo resultante da constituição, transformadas em verdadeira escolha do Primeiro-Ministro”.

lamentar e princípio democrático, parece mais consentâneo com o enquadramento jurídico da função legislativa nos finais do século XX, que se admitam primados concorrentes ⁽¹⁷¹⁾ e que se assente no exercício do poder legislativo num *contexto de debate contraditório e de publicidade crítica*, enquanto pressupostos inerentes ao “conceito democrático de lei”, como acertadamente faz o Acórdão do TC n.º 39/84, de 11 de Abril.

4.3. Reserva de lei

ROGÉRIO SOARES ⁽¹⁷²⁾ vê o poder legislativo em geral e o princípio da legalidade em especial como apresentando duas faces: como as de Jano: uma, a sua própria, olhando para o futuro, prevendo; outra, a do juiz, *viva vox legislatoris*, olhando para trás, avaliando os actos cumpridos.

Quaisquer que sejam as posições teóricas sobre o conceito de lei ⁽¹⁷³⁾, *é preciso reter que os autores acordam em reconhecer que a reserva de lei permite atribuir ao legislador a definição de regras que têm um efeito sobre a situação jurídica dos indivíduos, a fim de que estes disponham de um poder de controle sobre a edição das normas que lhes dizem respeito* ⁽¹⁷⁴⁾. No dizer de TREMEAU ⁽¹⁷⁵⁾, “Esta instituição aparece mais como uma garantia do carácter democrático das limitações trazidas à esfera individual. Permite satisfazer as aspirações da burguesia, implicando que certos objectos particularmente importante sejam subtraídos à regulação inicial do Executivo”.

ROGÉRIO SOARES fala aqui da importância da “teoria da essencialidade”, segundo a qual é preciso “reservar para as formas de criação nor-

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. OTERO, em *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, *ob. cit.*, p. 80, e SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 195: “A reserva de lei (...) possuiu desde o início um inequívoco sentido político-institucional, que só se foi embaciando à medida que as assembleias perderam legitimidade democrática, ou que os governos adquiriram poderes legislativos ou extensos poderes de normação regulamentar originária”.

⁽¹⁷²⁾ Rogério Erhardt SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, separata do vol. LVII, 1981, pp. 169 ss., aqui nas pp. 188 e 189.

⁽¹⁷³⁾ A analisar em 6.1.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito, *RLJ*, ano 130.º, pp. 290 a 300.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. Jérôme TREMEAU, *La réserve de loi — compétence législative et constitution*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 26, e Maria Lúcia AMARAL, *Reserva de lei*, in *Polis*, V, pp. 428 ss.

mativa que no sistema jurídico-constitucional se presumem portadoras de maiores garantias (que podem ser simplesmente técnicas) os ataques que mais sensibilizam uma determinada comunidade” (176). *Por outro lado, o Estado hodierno procedeu a um alargamento do sistema de fontes, parecendo claro que o que antes era referente do princípio de legalidade deve encontrar hoje base mais alargada de apoio. De facto, são hoje diferentes os pressupostos e parâmetros de controlo, como é distinta a noção de bloco de legalidade* (177).

Também assim a expressão “reserva de lei” poderia implicar:

- *reserva de parlamento*, melhor designada por reserva de competência (178);
- *reserva de função legislativa*, hoje definida formalmente;
- *reserva de direito*, vazia de significado por separar por si só o mundo do jurídico da esfera do não jurídico (179).

Trazendo aqui de novo à colação as distinções entre os princípios de reserva de lei e de preferência, podemos desde logo deixar claro que enquanto o primeiro procede a uma delimitação de matérias sujeitas ao domínio de regulação legal (180), o segundo opera uma afirmação de valor hierárquico face a normas de âmbito não legislativo. A sobreposição dos dois institutos entrecruza-se em torno do conceito de lei. *Ou pode entender-se, pensando-se de outro modo, que estes dois conceitos relacionados com a lei não podem ter verificação simultânea, e que da combinação*

(176) Rogério Erhardt SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, ob. cit., p. 181, Maria João ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado*, Coleção Teses, Almedina, 1996, p. 186, e Marcello CAETANO, *O respeito da legalidade e a justiça das leis*, in *O Direito*, 1949.

(177) Cfr. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 14, e Rogério Erhardt SOARES, *Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo*, in *A feitura das leis*, II, INA, Lisboa, 1986, pp. 429 ss.

(178) A expressão *Parlamentsvorbehalt* é normalmente utilizada para significar reserva absoluta de competência legislativa do parlamento.

(179) Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 671, sobre princípio da reserva de lei, reserva de lei e estrutura constitucional.

(180) E que tradicionalmente corresponderiam às matérias clássicas atinentes à liberdade e propriedade dos indivíduos, grosso modo.

entre a preferência e a reserva de lei pode assim resultar uma vantagem para a última. A reserva de lei constituiria um travão à aplicabilidade da preferência, já que é apenas nos espaços reservados que a lei beneficia da sua superioridade hierárquica ⁽¹⁸¹⁾.

Para alguns autores, elencados por TREMEAU ⁽¹⁸²⁾, o efeito da reserva será unicamente o de conferir aos representantes uma capacidade de escolha que verse em primeiro lugar sobre a determinação de autoridade que procederá à regulação da matéria reservada. *Ora, se virmos a questão sob esta perspectiva, a reserva de lei não constitui uma limitação para o legislador, mas antes lhe garante um controle da regulação das matérias relacionadas, privando ao mesmo tempo o executivo da decisão primeira ou primária sobre estas* ⁽¹⁸³⁾.

No dizer de ROGÉRIO SOARES, a “reserva do Parlamento” é a maneira superlativa da reserva da lei, mas a reserva da lei não se reduz, todavia, à determinação da reserva do Parlamento, antes se traduzindo numa estrutura constitucional que expressamente reparte a função legislativa por vários órgãos. Como refere aliás GOMES CANOTILHO ⁽¹⁸⁴⁾, “a reserva de parlamento é não apenas uma reserva democrática ou reserva de plenário, mas uma reserva simultaneamente material e formal. Reserva formal porque a Assembleia da República não regula os assuntos incluídos na reserva de parlamento por outra forma que não seja a forma lei (e não, por exemplo, moção, resolução). Por outro lado, a reserva de parlamento refere-se a matérias, é uma reserva material” ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Jérôme TREMEAU, *La réserve de loi — compétence législative et constitution*, ob. cit., pp. 30 e 21.

⁽¹⁸²⁾ *Idem*, ob. cit., p. 33.

⁽¹⁸³⁾ *Idem*, ob. cit., p. 58 sobre a transformação da reserva de lei na perspectiva da integração europeia. Entre nós sabe-se quais foram as influências neste domínio das Revisões Constitucionais de 1992 e 1997.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 673.

⁽¹⁸⁵⁾ “Semelhante tratamento sistemático pode dar lugar a diferentes leituras: a da existência paralela de um regime de reserva geral e de regimes de reserva especial qualitativamente distintos, a de um único regime geral de reserva do qual tais casos não passem de afloramentos ou, ainda, a da inexistência de um regime geral. O entendimento que referimos em segundo lugar tem prevalecido na Alemanha a nível das correntes jurisprudenciais e da doutrina dominante, mas os outros dois têm também encontrado quem os defenda”, esclarece Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 37, autor que explica também que se assistiu a uma evolução no que tange ao entendimento relativizado do princípio da legali-

É claro também SÉRVULO CORREIA quando esclarece que a reserva de lei se relaciona com um entendimento do legislador constituinte quanto ao papel do Parlamento na condução da vida pública, articulando-se aqui “quer a distribuição entre reserva absoluta e relativa das matérias submetidas à reserva de lei daquele órgão, quer, quanto à reserva relativa, o grau de exigência de densidade dos preceitos da lei formal que contenham autorizações” ⁽¹⁸⁶⁾.

No mesmo sentido aponta JORGE MIRANDA que, afastando competência legislativa concorrencial, distingue competência legislativa reservada ⁽¹⁸⁷⁾ e competências legislativas específicas ⁽¹⁸⁸⁾. O mesmo autor, tendo por base o critério da maior ou menor exigência constitucional e determinação legal de uma dada matéria, distingue entre:

- reserva material (integral ou básica) de lei formal;
- reserva (puramente) formal de lei formal.

O n.º 2 do artigo 112.º da CRP arvora em princípio geral a equiparação das leis e dos decretos-leis, afastando assim, por princípio, a vigência da nossa Constituição do princípio da primazia parlamentar. Estabelece, porém, de seguida, três excepções: o valor reforçado das leis orgânicas; a

dade. “Seria permitida a inclusão de quaisquer matérias em regulamento desde que habilitados pela lei, o que se vem a revelar inoportável com o desenvolvimento subsequente do princípio e que aliás a nosso ver contraditaria um princípio de segurança básica garantística do Estado de Direito” — *idem, ob. cit.*, pp. 52/53. SÉRVULO CORREIA acentua aqui um “reforço do papel de direcção política do Parlamento”, mas acentua que a tendência “não poderá deixar de ser olhada ao mesmo tempo como uma medida de carácter defensivo face ao impetuoso alargamento da prática da concessão de autorizações, habilitações ou delegações legislativas aos governos sobre matérias da reserva de competência das assembleias legislativas

⁽¹⁸⁶⁾ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 51.

⁽¹⁸⁷⁾ Vejam-se os actuais artigos 164.º e 165.º da CRP, relativos às reservas absoluta e relativa.

⁽¹⁸⁸⁾ Previstas nos artigos 161.º e 167.º da CRP. Leia-se Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 224, 226, 230 e 232, e aqui em especial 226: “As funções legislativas específicas constituem, por natureza, de per si, um espaço de reserva absoluta do Parlamento. A sua autonomização no âmbito da competência do Parlamento mostra que a este, e a mais nenhum outro órgão, cabe praticar os actos legislativos respectivos — porque, tenha-se sempre presente, a competência vem da norma constitucional. E há toda uma carga histórica que não pode ser obliterada.”

subordinação às respectivas leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa; a subordinação às respectivas leis dos decretos-leis que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos. “Ora, nenhuma das hipóteses estabelece algo de verdadeiramente novo, ou seja, algo que não decorresse já de outros preceitos constitucionais” ⁽¹⁸⁹⁾.

Mas resulta claro que “a inclusão de qualquer matéria na reserva de competência da Assembleia da República, absoluta ou relativa, é *in totum*. Tudo quando lhe pertença tem de ser objecto de lei da Assembleia da República (ou de lei e decreto-lei autorizado, tratando-se de reserva relativa)” ⁽¹⁹⁰⁾.

E se as matérias da competência concorrencial ou comum entre Governo e Parlamento constituem a regra geral, e as matérias da competência reservada ao Parlamento traduzem a excepção, a verdade é que desde 1945 ⁽¹⁹¹⁾ encontramos em Portugal a consagração constitucional de que o Parlamento deixa de ser o único órgão legislativo normal ou exclusivo — o que tem a ver com as características do sistema de governo de 1933.

Daqui decorre, no entender sistemático de PAULO OTERO, que:

- “há uma evidente identificabilidade entre a legitimidade política da lei e do decreto-lei, assistindo-se à ruptura dos quadros tradicionais subjacentes ao relacionamento entre a legitimidade e a legalidade”;
- “a concepção liberal da divinização da lei do parlamento, expressão do primado político e normativo deste órgão, está hoje relativizada pela “canonização” do decreto-lei como fonte normal de Direito, enquanto expressão de um concorrente primado normativo (de facto) e político do Governo”;
- “o clássico princípio da preferência da lei (parlamentar) tem de conviver (...) com o princípio geral da equiparação do valor hierárquico-normativo entre lei e decreto-lei” ⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., pp. 444/445.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, ob. cit., p. 232, e José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 663, que esclarecem também que em causa está *qualquer* intervenção legislativa na matéria.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. Paulo OTERO, *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, ob. cit., p. 15.

⁽¹⁹²⁾ *Idem*, ob. cit., p. 18.

Podemos aqui encontrar bases, com JOSÉ CASALTA NABAIS ⁽¹⁹³⁾, para uma crítica à terminologia de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ⁽¹⁹⁴⁾, que falam de reserva legal material e reserva de lei material para designar respectivamente a reserva material integral e a reserva material básica.

CASALTA NABAIS impressivamente sugere o seguinte enquadramento:

Quem reserva	A quem reserva	O que reserva
— A constituição (reserva de constituição) — A lei (formal) (reserva legal) — A norma jurídica (reserva normativa)	— À Constituição (reserva de constituição) — À lei (formal) (reserva de lei formal) — À norma jurídica (reserva de lei formal) — À norma jurídica (reserva de norma jurídica)	— Reserva material integral ou básica — Reserva formal

Entendida nestes termos, podemos encontrar uma dimensão positiva e negativa de reserva de lei. Por um lado, e quanto à primeira, a reserva prescreve uma imposição de legislação e uma proibição de delegação — aliás patente no n.º 2 do artigo 112.º da CRP. Já no que tange à segunda, ganha relevância a “proibição de intervenção de fonte de direito não legal, em termos primários e não meramente executivos” ⁽¹⁹⁵⁾.

Não falamos aqui, como é hoje ponto assente na doutrina, do problema de autorizações legislativas, que não são delegações legislativas no sentido verdadeiro do termo, antes constituindo desvios ao monopólio legislativo parlamentar, em virtude de se valorar positivamente a intervenção de um órgão mais idóneo. Não falamos de transferência, de mandato, de substituição ou de autorização-poder, antes se verificando aqui uma relação legislativa de contornos fiduciários que implica apertados requisitos substantivos, formal, subjectivos, temporais, e mesmo

⁽¹⁹³⁾ José CASALTA NABAIS, *Contratos fiscais — reflexões acerca da sua admissibilidade*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Scientia Iuridica*, 5, Coimbra Editora, 1994, pp. 248/249, nota 781.

⁽¹⁹⁴⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., anotação XXV ao artigo 115.º

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 674.

especialidades no caso das autorizações incluídas na lei do orçamento ⁽¹⁹⁶⁾.

Explicação convincente neste campo é a de MANUEL AFONSO VAZ ⁽¹⁹⁷⁾, para quem a *autorização legislativa é mesmo, na lição clássica germânica da lei, “uma das técnicas de salvaguarda da reserva da lei*. Como o conceito de lei material delimitava, na teoria oitocentista alemã, o âmbito do Direito frente ao Não — Direito — ou seja, a esfera jurídica individual do cidadão frente ao Estado; o que estava fora do Estado (actos jurídicos) e o que estava dentro do Estado (actos não jurídicos) —, a normação do Direito é qualificada de lei em sentido material (regra de direito), independentemente da forma (Verwaltungsverordnungen, Verwaltungsgesetze) (...)”.

Se a reserva constitucional mantém ainda o seu desiderato de abrir espaço a uma irredutível margem de livre decisão para o legislador, é certo que no tempo em que vivemos, o sentido funcional (*Funktionssin*) da reserva de lei não se esgota no plano da protecção da esfera individual do cidadão em face do poder do Estado ⁽¹⁹⁸⁾.

“Quando aplicada especificamente ao âmbito da função legislativa, a questão da repartição dos poderes de direcção política entre parlamento e governo suscita em primeiro lugar o problema da natureza limitada ou ilimitada quanto à matéria da competência normativa do primeiro daqueles órgãos. Nos sistemas constitucionais firmados sobre o princípio da soberania do parlamento, não se apõem limites à sua competência legislativa e não se questiona a legitimidade das “leis-medida” (*Massnahme-gesetze*)” ⁽¹⁹⁹⁾. De igual modo, as leis de valor reforçado específico aparecem como “fórmula de autorizar o Governo a invadir um poder, o poder de legislar, que, por princípio, era reservado ao Parlamento. Nesta tradição, as leis de bases surgem, pois, como uma fórmula de comunicabilidade legislativa ao Governo em matérias de reserva do Parlamento. Nesta tradição, as leis de bases surgem, pois, como uma fórmula de comunicabilidade legislativa ao Governo em matérias de reserva do Parlamento.

⁽¹⁹⁶⁾ Leia-se José Manuel CARDOSO DA COSTA, *Sobre as autorizações legislativas da lei do Orçamento*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira Ribeiro*, Vol. II, 1979.

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, p. 433.

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 38 a 40, e relembre-se aqui o artigo 92.º da Constituição de 1933.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 45, Ernst FORSTHOFF, *Le legge-Provvedimento*, in *Stato di Diritto in Transformazione*, Milão, 1973, e David DUARTE, *Lei medida e democracia social*, in *SI*, n.ºs 238/240, 1992.

Cabe perguntar qual o sentido que as leis de bases adoptam na CRP. Aquele primeiro sentido que vê nas leis de bases um limite à actuação do Parlamento (heterolimitação constitucional), através da consagração constitucional de reserva de desenvolvimento ao Governo, é de afastar terminantemente” (200). Mas a análise das relações entre actos legislativos pressupõe distinguir entre leis da Assembleia da República (lei em sentido nominal) e assim admitir as leis reforçadas — a tratar em 6. e 7. —, sejam estas abrangidas por uma justificação substancial, paramétrica ou formal/procedimental.

4.4. Princípio da legalidade

Não deixa aqui de ser curioso relemburar que MONTESQUIEU coloca lado a lado como formas de limitação do poder estatal o princípio da separação de poderes e a subordinação do Governo à lei, ou seja, o princípio da legalidade.

Também o célebre episódio do conflito orçamental prussiano, em 1862, é característica do antagonismo entre a legitimidade democrática e a legitimidade monárquica, mas marca o nascimento da reserva de lei sob a monarquia constitucional (201).

Já em especial, no constitucionalismo português, SÉRVULO CORREIA (202) salienta que “as ideologias dominantes são quase todas de proveniência estrangeira (...) De 1822 a 1911, as Constituições portuguesas patenteiam uma concepção de legalidade enraizada nos princípios da separação de poderes, da soberania popular e do estado de Direito”. A verdade é que durante a vigência da Constituição de 1933 se alterou o conceito do princípio da legalidade a dois títulos:

- porque se perdeu quase completamente “a função de asseguramento da primazia e indispensabilidade da normação de uma assembleia legislativa” (203);

(200) Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, ob. cit., p. 441.

(201) Veja-se Jérôme TREMEAU, *La réserve de loi — compétence législative et constitution*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 24, retomando as ideias de V. Stockman e de C. Starck, *El concepto de ley en la constitution alemana*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1979, pp. 122 e ss.

(202) Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., pp. 179 a 183. Para desenvolvimento, consultar ainda Paulo Ferreira da CUNHA, *História Constitucional do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1995.

(203) Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 185.

- mas também porque se alterou o sentido até então prevalecente de distribuição de competências legislativas pelos órgãos legiferantes.

Para MARCELLO CAETANO ⁽²⁰⁴⁾, “a importância da submissão da Administração à lei não reside já na subordinação de um poder, que por natureza seria executivo, a outro poder, esse soberano e legislativo. O valor da legalidade passou a estar na generalidade dos comandos que os órgãos administrativos têm de aplicar por igual aos casos idênticos submetidos à sua decisão ou operação”.

Na Constituição de 1976, o princípio da legalidade administrativa, normalmente referido a propósito da delimitação da actividade administrativa, encontra três bases funcionais: a garantística, a de “indirizzo” — isto é, de instrumento da orientação política da acção estadual pelo parlamento e por outros órgãos político-representativos —, e a de factor de justiça e racionalidade da conduta administrativa.

Noutra perspectiva, podemos identificar como impulso para a garantia da prossecução do interesse público as seguintes funções do princípio da legalidade ⁽²⁰⁵⁾:

- a de garantir o primado do poder legislativo sobre o poder administrativo;
- a de garantir as posições jurídico-subjectivas dos administrados;
- uma função garantística em sentido estrito ⁽²⁰⁶⁾.

Ora estas funções não se excluem, antes se complementando, já que SÉRVULO CORREIA ensina que decorre “da formulação constitucional dos princípios do Estado de Direito, da soberania popular e da separação de poderes *o modo como se hão-de resolver entre nós alguns problemas clássicos da legalidade, na vertente da precedência de lei ou compatibilidade (...) e na vertente da reserva de lei ou conformidade*” ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁴⁾ Manual de Direito Administrativo, 10.^a edição, Coimbra Editora, 1973, pp. 29 e 30.

⁽²⁰⁵⁾ Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, ob. cit., pp. 78/79.

⁽²⁰⁶⁾ Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, ob. cit., pp. 80/81 aponta também uma tripla função garantística.

⁽²⁰⁷⁾ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 190: “De facto, a ideia de Estado de Direito — de origem germânica, mas em tudo semelhante à que na França novecentista se formou sob a designação de Estado Constitucional — incorporou historicamente a concepção, de raiz naturalista, da delimitação da esfera dos cidadãos perante o Estado”.

O princípio da legalidade envolve necessaria e estritamente primado ou precedência de lei e, de modo mais distante, reserva de lei. Significa isto que este princípio da legalidade “delimita negativamente a vinculação da administração à legalidade vigente” (208). Não podemos no entanto confundir o princípio com o problema das realidades que lhe servem de aferição e que compõem o denominado bloco de legalidade (209).

Num sistema parlamentar puro — ou quase —, em que se salvaguarde “a favor deste órgão um “indirizzo” político abrangente da actividade estadual no seu conjunto, poder-se-ia desde logo apontar essa característica estrutural como razão para que toda a produção de efeitos jurídicos no desempenho da função administrativa devesse ser articulável com a lei formal”. E isso independentemente do carácter ablativo ou ampliativo dos actos, ou da natureza agressiva ou prestadora da Administração (210). *Ora, se a lei se corresponde com uma preocupação liberal de certeza e previsibilidade dos comandos gerais e abstractos*, e se prefere assim como critério para a separação de poderes o governo *sub lege* e *per leges*, assente na “feitura de normas sem destinação individualizada” (211), o “seu momento culminante reside na contraposição entre legislativo e executivo, o que, nos primeiros decénios da sua aplicação efectiva, significou na maioria dos casos confronto entre princípio democrático e princípio monárquico” (212).

“Nas monarquias constitucionais, o equilíbrio entre os dois princípios revelou-se sempre instável e, quando conseguido, assentou no reconheci-

(208) Cfr. Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, *ob. cit.*, pp. 66/67, e Pietro BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Rome, 1890.

(209) Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, *ob. cit.*, p. 74.

(210) SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 290 e ainda p. 193: “Da qualificação constitucional do Estado de Direito como democrático, uma primeira inferência se pode pois extrair no que toca ao âmbito da reserva de lei: a de que esta se não pode definir em termos de contraposição entre administração ablativa e administração de prestação, entre Eingriffsverwaltung e Leistungsverwaltung”.

Também Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, *ob. cit.*, p. 71, assinala a propósito que “a doutrina portuguesa tem adoptado a tese maximalista — aquela que preconiza a extensão do princípio da reserva de lei também à administração prestadora — negando liminarmente as ideias minimalistas — redução do princípio da legalidade à administração agressiva — que têm despontado nalguns autores estrangeiros”. Sobre o mesmo ponto, cfr. Maria João ESTORNINHO, *Fuga...*, *ob. cit.*, pp. 178, 182 e 183.

(211) Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 25.

(212) Está aqui em causa o carácter democrático do sistema de valores do Estado de Direito.

mento da primazia do legislativo, acompanhada de uma separação rigorosa do exercício das outras funções soberanas” (213). A discricionariedade da actividade administrativa, de acordo com o princípio da legalidade (214), deve assim sempre ser *indirizzata* para conseguir os fins mais completa ou incompletamente indicados na norma e nos princípios jurídicos que regulam a aplicação da lei da parte da administração pública, no exercício das próprias funções (215).

Acentua JORGE MIRANDA (216) que no confronto da administração, a reserva de lei implica:

- Proibição de regulamentos autónomos (217);
- Proibição de deslegalização (218);
- Proibição ou limitação rigorosa do exercício de poder discricionário.

Ora apresentem-se aqui como critérios de aferição aqueles que têm sido utilizados v. g. pelo Tribunal Constitucional italiano:

- a) a necessária congruência da norma com a sua premissa;
- b) a relação da discriminação com uma preexistente disposição normativa considerada legítima e válida;

(213) Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 32, que também adianta, a p. 29: “A transformação da separação orgânica de poderes em distinção material e formal das actividades estaduais: a tónica transferiu-se de uma compartimentação entre órgãos para uma compartimentação entre funções”.

(214) Ver, por todos, Giuseppina MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. I, 1995, p. 167, e Elio Gizzi, *La libertà e la legge*, in *Quaderni Regionali*, ano VIII, n.º 3, 89, pp. 565 a 572.

Entre nós, veja-se Nuno José de Albuquerque SOUSA, *Liberdade e o direito*, BFDUC, número especial, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, Coimbra, 84, pp. 239 a 286.

(215) MIGNEMI, *idem*, *ob. cit.*, p. 170: “O excesso de poder legislativo, que Mortati definiu como a *operato del legislatore rivolto ad eludere l'applicazione dei principi costituzionali sotto l'apparenza di rispettarli*”. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 993, é usualmente configurado como *fraudem constitutionis*”.

Idem, pp. 172/173, sobre os limites ao poder do legislador ordinário num sistema de Constituição rígida impostos pelo Tribunal constitucional italiano.

(216) Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 217.

(217) Leia-se J. M. COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*, Coimbra, 1987.

(218) Veja-se García ENTERRIA, *La interdicción de legislación delegada, potestada reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970.

- c) a relação da operação do legislador com critérios questionáveis mas defensáveis;
- d) a ponderação pelo Tribunal de factos já valorados legislativamente pelo Tribunal, atribuindo a essas considerações um significado diverso ⁽²¹⁹⁾.

No fundo, *em causa está a relação da autonomia pública com a reserva de administração* ⁽²²⁰⁾, através da valoração de juízos de prognose, das diferenças entre a valoração de conceitos verdadeiramente indeterminados ⁽²²¹⁾ e a discricionariedade implicando ponderação de interesses, e da autovinculação como limite geral da margem de livre decisão administrativa ⁽²²²⁾. “A resolução do problema da reserva de administração perante o legislador precede lógica e materialmente a questão da reserva de administração perante a função judicial, na medida em que a delimitação da sujeição da Administração Pública a jurisdição administrativa depende em larga medida da vinculação dos próprios órgãos administrativos à lei, e esta vinculação ao “bloco de legalidade” só é cabalmente compreendida depois de interiorizados os limites que impendem sobre o legislador nas suas relações com a actividade administrativa” ⁽²²³⁾.

⁽²¹⁹⁾ MIGNEMI, *ob. cit.*, pp. 175/176.

⁽²²⁰⁾ Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, *ob. cit.*, pp. 25 a 37.

⁽²²¹⁾ Cfr., por todos, *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, de António Francisco de Sousa, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, em especial pp. 39 a 43 sobre a doutrina da univocidade e da multivalência do *Tatbestand*, pp. 51 a 55 sobre a auréola do conceito como zona de apreciação da Administração, p. 135 sobre o dever de justa ponderação dos interesses, p. 147 sobre a discricionariedade de planificação, e em especial p. 233 quanto aos critérios para o controlo jurisdicional dos conceitos legais indeterminados no campo dos direitos fundamentais em geral.

Vejam-se ainda CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUES, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1984, Chaïm PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, Ed. Chaïm Perelman e Raymond Vander Elst, Travaux du Centre National De Recherches de Logique, Bruxelles, 1984, e Manuel Martin GONZALEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, in *RAP*, vol. 54 (1967), Madrid, pp. 197 ss.

⁽²²²⁾ A propósito dos conceitos indeterminados, Dworkin em *Reply to Seven critics*, de 1977, regressa à questão da natureza do direito que referimos já: “What is the least change one has to allow in the correct, sound political morality in order to generate a possibly less than perfect moral theory which explains much of the legal history of that country on the assumption that it is the product of one political morality?”.

⁽²²³⁾ Cfr. Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial*, *ob. cit.*, p. 36.

(224) É que, como nota BACHOF, não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, mas apenas uma maior ou menor determinação ou indeterminação e pode até suceder que um conceito que fora indeterminado se haja convertido em determinado através de uma longa evolução jurisprudencial que tenha carregado um número significativo de subsunções (225).

Os conceitos indeterminados encontram na lei (226) não um mero limite externo, mas a própria vontade imanente de toda a administração ou a substância da vontade administrativa. E assim se opera uma transmutação da natureza do controle, já que “nos primórdios do estado liberal de direito o princípio da precedência de lei é o reflexo do primado parlamentar mas em boa verdade potencia apenas uma escassa subordinação da Administração ao direito” (227).

(224) Cfr. José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, ob. cit., p. 121.

(225) *Fides, Direito e humanidades*, II, Rés Editora, Direcção da Colecção de Paulo Ferreira da Cunha, Supervisão do II Vol.: Rui Pedroto, Instituto jurídico Interuniversitário, Porto, Portugal, Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Introdução Geral, Jus et humanitas*, p. 130: “o raciocínio de subsunção é lógico. A técnica legislativa deve sê-lo. A lógica do direito é importante não só pelos seus resultados, mas também pelo treino e pelo método que propicia — ao ponto de estudantes de outras áreas nos haverem confessado que o direito, para eles, foi como uma ginástica mental e uma disciplina do pensar.

Recordamos aqui, entre inúmeros, o testemunho de Hervé Bazin, que em *La mort du petit cheval*, faz o seu herói dizer que seguiu o curso de direito para ordenar as ideias e uma vida algo desregrada. O direito é ordem, é lógica. Já Kant, por quem Königsberg acertava o relógio, assinalava a amizade entre a razão e o direito. Hoje, os estudos da lógica jurídica aprofundam-se, por exemplo com Kalinowsky”. E ainda p. 133: “o preenchimento da margem de livre decisão contida numa norma atributiva de competência discricionária implica a aplicabilidade da norma às situações concretas em questão. Deste modo, em cada decisão formulada segundo o critério da relação entre meio e fim (*Zweck-Mittel-Entscheidung*) e em cada decisão de mera prognose encontra-se uma parte de interpretação da norma”.

Vejam-se ainda, sobre estas questões Fernando José BRONZE, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXIX, 1993, pp. 182 ss., Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, Edição original de 1969, tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso, António Castanheira NEVES, *DIGESTA, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, 1995, p. 369, e António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica, Problemas fundamentais*, in *Studia Iuridica*, 1, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 1993, p. 17.

(226) André GONÇALVES PEREIRA, *Erro e ilegalidade no Acto administrativo*, pp. 20 a 31.

(227) Cfr. Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, ob. cit., p. 68.

5. A CONSTITUIÇÃO COMO VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR

Num Estado que se pautar por uma ínsita ideia de equilíbrio democrático institucional a amplitude da valoração e concretização legislativa é um dado adquirido: “a constituição, como qualquer direito histórico, necessita da “actualização” do seu âmbito normativo” e essa tarefa de actualização pertence, em primeira linha, ao legislador, democraticamente legitimado” (228). Neste ponto, a proposta antecipada por GOMES CANOTILHO é a seguinte: “o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental” (229).

O princípio da constitucionalidade — plasmado entre nós no n.º 3 do artigo 3.º da CRP —, é “garantia terminante e necessária, para uma autorizada garantia das normas” (230), e é certo que a autoridade do legislador não pode ser entendida enquanto um processo fechado, antes requer uma convergência substancial de práticas e de opiniões, não meramente a desejabilidade de alguma solução mas a desejabilidade de uma solução particular.

As teorias legalistas que tentam justificar a autoridade dos legisladores por referência à autoridade primeira de um contrato de sujeição ou acto de consentimento, têm muitas vezes sido reforçadas por uma linha de pensamento que utiliza uma premissa correcta: a de que *todos os membros da comunidade têm direito a igual tratamento e respeito* (231).

A abertura e densidade das normas constitucionais, a indeterminabilidade horizontal e a indeterminabilidade vertical, a abertura horizontal e vertical (232) — sujeitando-se às aporias de vinculatividade da constituição

(228) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 62.

(229) *Idem*, *ob. cit.*, p. 63.

(230) Jorge MIRANDA, *Contributo...*, *ob. cit.*, p. 43.

(231) É este sem dúvida o ponto de partida de Rousseau — que não necessariamente o de chegada, como se sabe, dada a aplicação permitida das suas teorias.

(232) GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 294, sobre os destinatários das imposições constitucionais.

Idem, *ob. cit.*, pp. 370/371: “As directivas, normas ou programas constitucionais que reconhecem, directa ou indirectamente, direitos a prestações, não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável. Só quando o legislador concretiza essas directiva, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjec-

ao nível deôntico do discurso constitucional ⁽²³³⁾ —, claramente demonstram que a racionalidade do Estado democrático-constitucional não significa “emancipação progressiva do direito constitucional em relação às “instâncias extrajurídicas”, de forma a constituir um “universo fechado” ⁽²³⁴⁾. Não há aqui que fazer uma distinção entre constituições reais e escritas ⁽²³⁵⁾, mas também não concordamos com uma visão decisionista ou ordinalista pura, do tipo que apresenta CARL SCHMITT.

Para NIKLAS LUHMANN a Constituição é o “elemento regulativo” do sistema político da sociedade ⁽²³⁶⁾. De que modo se torna operante esta regulação? Ora, se como refere KARL LOEWENSTEIN ⁽²³⁷⁾, em sentido ontológico, o *telos* de qualquer Constituição é a criação de instituições para limitar e controlar o poder, para JEREMIAS BENTHAM, *Traité des Preuves Judiciaires* ⁽²³⁸⁾: “O objecto das leis, quando elas são o que devem ser,

tivos. Logo, os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária”. E ainda, idem, p. 375, sobre o quadro da vinculação constitucional heteronomamente determinante dos direitos fundamentais.

Sobre o mesmo tema, veja-se ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3.^a edição, Tübingen, 1974, p. 75: “as directivas constitucionais obrigam o juiz a criar direito material a partir dos princípios constitucionais”.

⁽²³³⁾ GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, pp. 404 ss., sobre a interpretação conforme à constituição: confirmação metódica da legalização da lei fundamental e p. 413 sobre a teoria da aproximação e autovinculação do legislador. Veja-se ainda o esquema de vinculação constitucional heteronomamente determinante dos direitos fundamentais em GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 375.

⁽²³⁴⁾ Ainda GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 44/45, e Gil DELANNOI, *La prudence en politique, concept et vertu*, in *Revue Française de Science Politique*, vol. 37, n.º 5, 1987, pp. 597 a 615.

⁽²³⁵⁾ Para Lassalle — como para Sismondi, por exemplo — a Constituição evidencia essencialmente relações de poder e não problemas de Direito.

⁽²³⁶⁾ Para K. Hesse, a constituição é ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 192 e 197, faz a análise do âmbito normativo constitucional e da metódica de concretização a partir das normas, a concretização da constituição dirigente e consideração dos resultados.

Cfr. ainda N. Kuhmann, *Positives Recht und Ideologie*, in *Soziologische Aufklärung*, I, pp. 191 ss. Aplica-se aqui a noção de sistema de Canaris, articulando-se com a pragmática de ponderação dos resultados, nomeadamente a consideração dos fins legislativos, refere GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 200.

⁽²³⁷⁾ Veja-se Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, tradução espanhola da 2.^a edição em alemão (*Teoria de la Constitución*), Barcelona, 1983, e relembre-se que é este o autor da conhecida classificação das constituições em normativas, nominais e semânticas.

⁽²³⁸⁾ Trad. francesa, Paris, 1830, pp. 1 e 2. Cfr. ainda Jeremias BENTHAM, *Principles of morals and legislation*, 1789, ed. Harrison, Oxford, 1948.

consiste em produzirem, no mais elevado grau possível, a felicidade do maior número (...). Mas, ou sejam boas ou más, as leis não operam senão criando direitos e obrigações: os direitos, que encerram tudo quanto há de bom e agradável, tudo o que significa gozo e segurança; as obrigações, que envolvem tudo quanto é penoso e oneroso, tudo o que é constrangimento e privação, mas cujo mal se apresenta amplamente compensado pelo bem que deles resulta. *Eis, pelo menos, o que acontece com as boas leis; as más são aquelas que criam obrigações supérfluas, ou mais onerosas do que úteis*".

Uma condição da lei é que seja tolerável e razoável — como acentuam os juristas modernos, em especial o belga PERELMAN —, não bastando que seja bom o seu objecto. E isto porque a filosofia do direito faz parte da filosofia prática ou ética (*lato sensu*), que estuda os princípios reguladores do operar ⁽²³⁹⁾.

LARENZ afirma que “o Direito é uma ordem de convivência humana orientada pela ideia de uma ordem ‘justa’, ideia essa a que, pelo seu próprio sentido, tal ordem vai referida” ⁽²⁴⁰⁾. E logo adiante faz notar que “seria erróneo excluir do conceito de direito a referência à justiça (moral), como uma referência intrínseca, postulada pelo próprio sentido do direito”. Também as noções de *norma* e *ordem*, são fenómenos ligados por vínculos de causalidade, sintetiza SOARES MARTÍNEZ ⁽²⁴¹⁾. Das normas decorrem comandos concretos e individuais ⁽²⁴²⁾, o que implica portanto a prioridade lógica da norma em relação ao comando, mesmo não admitindo uma unidade ontológica da ordem normativa cultural — amar a Deus, viver honestamente — do individualismo ontológico ou gnoseológico de BOBBIO. Teremos aqui que apelar à já referida ideia de sistema para perceber as relações entre Constituição e lei ⁽²⁴³⁾. KANT viria vincar o *sentido ético da generalidade* da lei, acentuado por Rousseau, como factor de

⁽²³⁹⁾ E como exigia já Francisco de VITÓRIA, *Relectio de Indis*, edição bilingue, Madrid, 1967, em *Textos de Filosofia do Direito*, Pedro Soares MARTÍNEZ, Almedina, Coimbra, 1993, p. 75.

Cfr. ainda Giorgio del VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, 5.^a edição, Arménio Amado Editor, Sucessores, Coimbra, Colecção Studium, pp. 314/315, e D. D. RAPHAEL, *Problems of political philosophy*, ed. revista, Londres, MacMillan, 1977.

⁽²⁴⁰⁾ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, p. 32.

⁽²⁴¹⁾ Pedro SOARES MARTÍNEZ, *Filosofia do Direito*, 1991, p. 221.

⁽²⁴²⁾ *Idem*, *ob. cit.*, pp. 227 a 230.

⁽²⁴³⁾ José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, *ob. cit.*, p. 25.

co-responsabilização de todos ⁽²⁴⁴⁾, ideia será ainda recolhida pela filosofia idealista alemã: para HEGEL, a ética social (*Sittlichkeit*) reside na ideia da liberdade como generalidade que se auto-regula (*die Idee der Freiheit als der sich selbst bestoimmenden Allgemeinheit*) e para o seu discípulo VON STEIN — um dos mais representativos intérpretes da primeira fase da doutrina juspublicista da monarquia constitucional alemã — a lei é não apenas a vontade estadual livre (*Freie Staatswille*), mas a vontade ética do Estado (*etische Staatswille*) ⁽²⁴⁵⁾.

De acordo com R. M. DWORKIN, os positivistas legais subscrevem o modelo das regras porque uma teoria política sobre a função do direito fornece um conjunto de padrões públicos e frágeis para a determinação moral da conduta privada e oficial ⁽²⁴⁶⁾. *Muitas vezes, no entanto, as referências à lógica do direito têm um objectivo diferente e mais ambicioso. O que faz de um conjunto legal um sistema em vez de um mero amontoado ou colecção de regras legais?* ⁽²⁴⁷⁾. O direito fornece razões operativas para o seu próprio desenvolvimento. Fá-lo primariamente conferindo poderes judiciais dirigidos, que são fundamento para os tribunais desenvolverem o direito em determinados sentidos e não noutros.

O paradigma extremo é o da lei como coerência, ou seja, a consideração de que a lei de determinado Estado consiste no conjunto mais coerente de princípios normativos que, tendo sido aceites como válidos por pessoas perfeitamente racionais e bem informadas, teriam levado a que, se houvesse oportunidade para tal, estas promulgassem toda a legislação e tomassem as decisões que de facto foram tomadas e cumpridas nesses Estados. Ora, a função de conformação que aqui se reconhece à lei fundamental permite identificar *quatro dimensões do direito constitucional*.

“Antes do mais, a *dimensão normativa*, já que um momento essencial do direito constitucional é o da afirmação de uma certa

⁽²⁴⁴⁾ Para Montesquieu, a liberdade consiste em “faire tout ce que les lois permettent” e para Rousseau a generalidade da norma assegura-lhe uma rectitude “naturelle”.

⁽²⁴⁵⁾ Vogel, *Ein jeder über alle und alle über jeden ebendasselbe beschliessen*, apud Voegel, *Gesetzgeber und verwaltung*, pp. 140 a 142.

⁽²⁴⁶⁾ *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1977, pp. 235 e 347, sobre o papel dos valores nas teorias do direito. E falamos aqui dos valores em sentido moral e não meramente fenomenológico.

⁽²⁴⁷⁾ Ronald M. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, pp. 38 a 45, *Is law a system of rules?* de R. M. DWORKIN.

ordenação da realidade social, traduzida em princípios e disposições constitucionais, que conjugam o traço abstracto correspondente a dados do real com um certo enunciado linguístico.

Depois, a *dimensão volitiva* também, aliás intimamente ligada à dimensão normativa, já que a imperatividade da norma criada e vigente se encontra vinculada a uma vontade, mais concretamente à vontade do poder político do Estado.

A *dimensão axiológica ou legitimadora* representa uma terceira dimensão do direito constitucional e respeita ao seu conteúdo valorativo bem como ao fundamento legitimador do poder político do Estado. (...) Finalmente, uma quarta mas não menos relevante *dimensão é a estrutural*, traduzida na influência determinante das estruturas sociais, económicas, políticas e culturais na génese e na vigência do Direito Constitucional, influenciando a própria criação, o momento e o conteúdo dos princípios e das disposições constitucionais” (248).

Nesta decorrência, o primeiro interesse do Estado que a legislação realiza é o da esquematização típica da vida segundo critérios de justiça distributiva, ou, como diz CARNELUTTI, o interesse na justa composição dos conflitos: “(...) enquanto legislar é satisfazer esse interesse abstractamente, julgar é satisfazê-lo em concreto” (249).

Como sustenta GOMES CANOTILHO, “a discussão problemática travada em torno dos conceitos de “discrecionabilidade legislativa” e de “liberdade de conformação do legislador” pressupõe uma análise prévia da posição jurídico-constitucional do legislador. Constatada que foi a substancial mutação da lei no estado constitucional democrático, impunha-se também precisar a colocação do legislador e respectivos actos legislativos no quadro vinculante de uma lei fundamental. As relações materiais constituição-lei podem conceber-se, considerando o legislador: (1) como mero executor

(248) Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, pp. 32 a 34, e Claude LECLERQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4.^a edição, Librairies Techniques, Paris, Janeiro de 1984.

(249) Cfr. L. NUNES DE ALMEIDA, *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas*, Lisboa, 1987, e J. M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional nos quadros das funções do Estado, vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas*, Relatório Geral, policopiado, Lisboa, 1987.

da lei constitucional; (2) como aplicador da constituição; (3) como conformador dos preceitos constitucionais. A relação material entre a constituição e a lei diverge de acordo com o “tipo de pensamento” utilizado para caracterizar a posição do legislador” (250), concluindo que “não obstante a técnica de legiferação constitucional não ser a de definição sistemática de conceitos, a autonomia normativa da constituição tem de garantir-se, por vezes, mediante a densificação dos conceitos (1) em relação aos quais há controvérsias; (2) decidam controvérsias anteriores; (3) sejam elementos inovadores, constitutivos da ordem constitucional” (251). Não deixa de ser certo que a legislação possa ser “execução da constituição, pertencendo aos tribunais ou a uma jurisdição constitucional fiscalizar a conformidade formal e material dos actos legislativos (princípio da constitucionalidade das leis)” (252).

“Para o ‘pensamento da conformação’, as categorias conceituais da ‘discricionariedade legislativa’ e da ‘aplicação’ concretizadora seriam adequadas para captar, no essencial, a dimensão criadora e conformadora da actividade legiferante. No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de ‘cláusulas gerais’, o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de ‘ponderação’, de ‘valoração’ e de ‘escolha’ implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de ‘execução’ ou ‘aplicação’ de leis constitucionais. A política, nesta perspectiva, deveria ser uma ‘política constitucional’, mas não se reconduziria à ‘realização’ de normas constitucionais. Seria, sim, uma conformação livre dos fins político-sociais enunciados na constituição” (253).

(250) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 216.

(251) *Idem*, *ob. cit.*, p. 485, tese 8.5.

(252) *Idem*, *ob. cit.*, p. 219, e p. 129: “Sem se pôr em causa a mpcoreensão normativa do autor — Modugno, o valor paramétrico assinalado à constituição é inteiramente concebido como implicando a ideia de legislação como ‘desenvolvimento’ normativo-material da lei constitucional. Ora, como se vai tentar demonstrar, o problema nuclear da constituição dirigente é precisamente o de saber se as leis se devem considerar como ‘execução’ das normas programático-impositivas ou se se deve reconhecer ao legislador um âmbito de conformação, dificilmente compatível com a ideia ‘gradualista’ de desenvolvimento normativo da constituição”.

É este raciocínio paralelo com o de Amato quanto à relação entre lei e regulamento.

(253) *Idem*, *ob. cit.*, p. 219.

A determinação do eventual “espaço livre” ou “discricionário” deixado à lei decorre de um princípio de constitucionalidade material. De facto, “A Constituição é o fundamento da actividade legislativa, mas revela-se ineliminável uma margem maior ou menor de liberdade de conformação do legislador. A este cabe escolher o tempo e as circunstâncias da sua intervenção e determinar ou densificar o seu conteúdo, desde que respeitados os fins, os valores e os critérios constitucionais. *E a estrutura dos princípios e das normas programáticas permite mesmo alternativas variáveis de concretização*” (254).

É neste âmbito que deve ser encarada a questão da inconstitucionalidade dos actos do poder político do Estado, em concatenação, como vimos e agora desenvolveremos, com o princípio da constitucionalidade e, relativamente a este, atendendo a um relevo crescente da Constituição material. Esta Constituição material implica um correcto entendimento da noção de discricionariedade legislativa concretizante (255).

De todos os comportamentos inconstitucionais estuda MARCELO REBELO DE SOUSA as acções ou condutas comissivas do poder político do Estado, deixando à margem da sua pesquisa tanto as omissões do poder político do Estado como as acções e omissões de entidades privadas (256). Não são, todavia, idênticos os motivos que conduziram o autor à exclusão destas duas matérias. No tocante às omissões do poder político do Estado, ou à inconstitucionalidade por omissão, a razão decisiva para afastar a sua inclusão neste trabalho é a de que em tais situações não há qualquer valoração própria possível para um acto que não existiu. Já totalmente diversa é a questão no que concerne os comportamentos inconstitucionais de entidades privadas.

(254) Cfr. Jorge MIRANDA, *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, p. 885, e Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 294.

(255) KEITH HAWKINS (ed.), *The uses of discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1994, *The use of legal discretion: perspectives from Law and social science*, *ob. cit.*, e Carl E. SCHNEIDER, *Discretion and rules: a lawyer's view*.

HAWKINS, a pp. 1 a 11, distingue a *rule-failure discretion* — antecipação de casos que se vê que vão ser complexos —, da *rule-building discretion* — os que tomam as decisões têm autoridade discricionária baseados na convicção de que farão melhores leis com experiência —, e da *rule compromise-discretion* — quando o poder legislativo não consegue acordar em regras apropriadas e consequentemente passa a responsabilidade para decisores individuais.

Cfr. ainda, na compilação de HAWKINS, *Discretion in a behavioral perspective: the case of a public house eviction board*, Richard Lempert, pp. 185 a 230.

(256) Marcelo REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico...*, *ob. cit.*, pp. 29 e 31.

Essa questão caberia numa indagação genérica sobre o valor do acto inconstitucional, ao menos na parte em que tais entidades tivessem efectivamente violado a Constituição por comissão ⁽²⁵⁷⁾.

Existe pois uma aqui verdadeira reserva de Constituição, que deve ser pensada numa dimensão prática e não apenas teórica, como parte de uma forma modal de “distribuição formal da regulação jurídica pelas várias formas de fixação do direito” ⁽²⁵⁸⁾, e como *conferente de uma força deôntica específica*: “Na reserva de Constituição, esta chama a si certa matéria, conferindo-lhe um tratamento a nível de normas que apenas podem ser alteradas através dos procedimentos de revisão e cuja garantia se insere de pleno na garantia da constitucionalidade” ⁽²⁵⁹⁾. É que se o desenvolvimento do conceito de sistema ⁽²⁶⁰⁾ se fez a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica/sistema como ordem axio-

⁽²⁵⁷⁾ Vide Jorge MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, reimpressão, *ob. cit.*, p. 13, e Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 181 e 193, quanto ao direito processual constitucional e direito constitucional concretizado. Cfr. ainda Fausto de QUADROS, *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais*, in *Nos 10 anos da Constituição*, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, 1986, pp. 57 e ss., e cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 336 a 341, sobre omissão inconstitucional, omissão legislativa violadora dos direitos fundamentais e o direito à emanção de normas ou direito subjectivo à actividade normativa, nos termos tripartidos explicados pelo autor.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 183 e 187. Esta perspectiva é aliás essencial para explicar de que modo se pode proceder a uma profícua compaginação das funções — veja-se Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 294, e Jorge MIRANDA, *Perspectivas constitucionais*, vol. II, p. 885.

⁽²⁵⁹⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 196.

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. Claus Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, Prefácio de Menezes Cordeiro, p. 66; e ainda CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3726, p. 262, que vê o problema sobretudo pela mediação do sistema e em ordem ao sistema — interpretação doutrinal. O mesmo autor, n.º 3731, p. 43, escreve sobre a índole problemática da interpretação jurídica, questionando-se sobre se se trata de problema hermenêutico ou problema normativo, acto de conhecimento ou acto de vontade, problema jurídico positivo ou problemático-metodológico, problema jurídico metodológico ou problema metódico-dogmático.

Leiam-se ainda as obras de Miguel REALE, *Fundamentos do direito: contributos para o estudo da formação da natureza e da validade da ordem jurídica positiva*, S. Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1940 e *Teoria tridimensional del derecho. Una visión integrable del derecho*, Tradução e introdução de A. Mateos, Madrid, 1997.

lógica ou teleológica ⁽²⁶¹⁾, o direito dos juristas é pleno dos referidos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, e do poder discricionário se, com PHILIPP HECK, *distinguirmos nos conceitos jurídico indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual* ⁽²⁶²⁾.

É o Direito uma realidade ⁽²⁶³⁾, um conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de dum discurso argumentativo ⁽²⁶⁴⁾, de amplitude variável apoiado ou não pela força organizada. Assim encontramos, quanto ao sentido prospectivo da constituição dirigente — entendida como norma fundamental, directiva de forma de governo e princípio de normação ⁽²⁶⁵⁾ —, teses perpassadas de um racionalismo crítico que pressupõe uma filosofia de acção (accionalismo, activismo) incompatível com qualquer teoria positivista (jurídica, sociológica ou científica) ⁽²⁶⁶⁾. O problema central da constituição dirigente é pois um problema de filosofia prática e de estratégia de política de justiça, pelo que a expressão comportamento privado deve ser substituída por moralidade privada e a influência do factor deve ser reduzida ⁽²⁶⁷⁾.

⁽²⁶¹⁾ Cfr. Karl ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Edição de 1964, em Setembro de 1965 em Lisboa, p. 170.

⁽²⁶²⁾ *Idem*, pp. 173 e 191, identificando o método exemplificativo como uma combinação particularmente aconselhável de método casuístico e cláusula penal.

⁽²⁶³⁾ Vejam-se a propósito F. SENN, *De la justice et du droit*, 1927, p. 21, nota 2, e Boaventura de Sousa SANTOS, *O discurso e o poder, ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, 1980, p. 67, tem posição que se aproxima de Gluckman e de L. A. Fallers, para quem é preferível reconhecer a irradicabilidade de algum etnocentrismo na investigação social, uma vez que “é difícil, senão impossível, desenvolver pela nossa imaginação um conjunto plenamente elaborado de conceitos culturalmente neutros para analisar comparativamente as sociedades”.

Idem, p. 71, o autor, na esteira de R. Pound, com Radcliffe Brown definiu o direito como o “controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada”, o que o levou à conclusão de que, neste sentido, algumas sociedades simples não têm direito.

⁽²⁶⁴⁾ Veja-se Chaïm PERELMAN, *Traité de l'argumentation/La nouvelle rethorique*, Institut de Sociologie, Sociologie Générale et Philosophie Sociale, 4.^a edição, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983.

⁽²⁶⁵⁾ Modugno, *apud* GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 127 e 128, “ao desenvolver uma noção de constituição jurídica substancial, salienta as várias dimensões da lei fundamental como princípio da normação, o que lhe permite evitar cair numa construção gradualista, onde a constituição material se acaba por dissolver nos esquemas da constituição formal”.

⁽²⁶⁶⁾ GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 488.

⁽²⁶⁷⁾ DWORKIN, *The philosophy...*, p. 83.

“Um positivista pode defender que os princípios não podem ser obrigatórios ou vinculantes. Isso seria um erro (...) apesar de os positivistas terem razão numa das suas doutrinas — a de que em cada sistema legal há um último teste ao direito vinculante como a regra de reconhecimento de HART” (268).

“A constituição surge, assim, como “enucleação do dado originário institucional através do poder constituinte”, sendo manifesto que este dado não se concebe “integracionisticamente” como um “dado de unidade” (“vontade do Estado, “ordem de valores”) mas como aceitação dos contrastes e tensões das forças e grupos que numa sociedade antagónica e pluralista conseguem dar vida a uma lei fundamental” (269).

“A importância da “constituição material” não se observa apenas a “montante” da norma fundamental (dado primigénio institucional); tal como a problemática das imposições constitucionais e das omissões legislativas põe em relevo, os dados da constituição material são ainda decisivos a “jusante”, ou seja, nos momentos de “desenvolvimento” da lei constitucional” (270), esclarece GOMES CANOTILHO, que adianta igualmente: “A necessidade de uma teoria de regulação jurídica é, em tempos recentes, claramente acentuada pela metódica jurídico-constitucional, consciente da complexa estrutura do processo de realização das normas constitucionais e dos vários níveis (legislação-administração — legislação-jurisdição) em que ela se opera. Conceber a legislação como um problema de lege ferenda ou como um problema de interpretação lógico-sistemática dos preceitos legais (de lege lata) é continuar nos trilhos do positivismo, quer na sua falsa indiferença política e consequente espaço livre do direito para a política legislativa, quer na sua curta identificação do âmbito normativo com o texto normativo” (271). *E aqui abre-se espaço à hermenêutica, como elemento de concretização constitucional. O grande triunfo da hermenêutica tem sido a demonstração de a lei poder ser mais inteligente que o legis-*

(268) *Idem, ob. cit.*, pp. 55 a 65. A mesma ideia transparece em John RAWLS, *Uma teoria da Justiça*, tradução de Carlos Pinto Correia, Editorial Presença, Colecção Fundamentos, 1993, p. 320. Veja-se ainda Luzia Cabral PINTO, *ob. cit.*

(269) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 128, Enzo BALBONI, *Modelli culturali ed istituzionali del pluralismo politico, vincoli di omogeneità statale e spazi per nuove forme giuridiche*, in *Jus*, ano XXXII, n.º 2, 85, pp. 183 a 199, e Nicholas RESCHER, *Pluralism — against the demand for consensus*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

(270) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, p. 130.

(271) *Idem, ob. cit.*, p. 184.

lador: “(...) o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação mas de heterovinculação (...) o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental. Em termos sintéticos, a não disponibilidade constitucional *é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa*” (272).

Apesar de não enfileirarmos em entendimentos positivistas como os radicais de Kelsen — mas já não tão distantes das posições defendidas por Carré de Malberg (273) —, temos assim como evidente, ao analisar as relações entre a Constituição e a lei que a ordenação ordinária resulta extraordinariamente vinculada. De facto, “O primado da vinculação normativo-constitucional significa que a norma a concretizar não é um dos topos entre outros, *mas o próprio elemento central da concretização*” (274).

5.1. O conceito constitucional de lei

É inquestionável, como desde logo afirmámos aquando da tentativa de delimitação deste nosso excuro, que a preocupação com a função legislativa e com a lei enquanto acto prototípico surgem como dados incontornáveis das considerações juspublicísticas, ancorando em pressupostos de ordem especulativa e intelectual (275). Este conceito generalizado de lei não deixa de se relacionar de modo estrito com o iter lógico e cronológico

(272) GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 62 a 64, sobre a simpatia legislativa e aporia da vinculatividade.

(273) Cfr. Carré de MALBERG, *Contribution à la Theorie Générale de l'État*, reimpressão, Paris, 1965.

E salientem-se aqui os perigos de uma excessiva amplitude de efeitos integradores ou de máxima efectividade, nas expressões de Gomes Canotilho, em matéria de forçadas interpretações supostamente conformes à Constituição.

(274) GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, *ob. cit.*, pp. 187 e 191.

(275) Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 121 a 123, sobre acepções de lei, e p. 124, sobre a problemática jurídico-política da lei. Cfr. ainda Jorge MIRANDA, *Lei*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, 1993, e Jorge MIRANDA, *Decreto*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. II.

Numa perspectiva genérica, consultar igualmente L. DIEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, in *REDC*, 24 (1988), e P. MESNARD, *L'essor de la philosophie politique au XVe siècle*, Paris, 1936.

dos tipos históricos ou fundamentais de Estado ⁽²⁷⁶⁾, que contribuíram — no âmbito das suas características particulares — para a concretização da definição de lei nas várias ordens jurídicas positivas.

Neste sentido leia-se CASTANHEIRA NEVES que acentua a “historicidade e condicionalidade da função legislativa” e sublinha que ela foi a partir do Século XVI “o corolário essencial da soberania” ⁽²⁷⁷⁾.

Se “a teoria do Estado absoluto levava já ao contraste entre razão e vontade nos domínios da criação e da aplicação da lei. Com a modernidade, o conflito passa a ser entre liberdade e soberania popular” ⁽²⁷⁸⁾. Esta ideia resulta evidente se considerarmos o conceito de lei nas várias constituições portuguesas, ou, mais latamente, a forma de lei e competência legislativa aí consideradas ⁽²⁷⁹⁾.

É desde logo estranho que o legislador constituinte tenha optado por não apresentar uma definição de lei. Estranho mas não criticável, dado que se não admite que o legislador retire ao intérprete-aplicador uma necessária margem de conformação especulativa em obediência a uma ponderação sistemática. Mas a verdade é que o legislador constituinte optou, ao invés, por referenciar explicitamente a função jurisdicional e por fazer realçar, por mais de uma vez, a concatenação entre as competências legislativa e administrativa, enquadrando um princípio da legalidade ⁽²⁸⁰⁾. Significa isto que o legislador constituinte não esclarece expressa e/ou deliberadamente se à noção de lei está associado um conteúdo e uma forma ou se pura e simplesmente se deve prescindir do primeiro elemento e atender meramente à sinalética formal ⁽²⁸¹⁾. Do mesmo modo, resulta também indistinta a consagração de uma lei (nominal) como acto

⁽²⁷⁶⁾ Jellinek acolhido por Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 126.

⁽²⁷⁷⁾ Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983

⁽²⁷⁸⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 127.

⁽²⁷⁹⁾ *Idem*, *ob. cit.*, pp. 138 ss. e 157 a 162. Cfr. Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, pp. 179 a 183. Para desenvolvimento, compulsar ainda Paulo Ferreira da CUNHA, *História Constitucional do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1995.

⁽²⁸⁰⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 142 e 143.

Leiam-se também, de António CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, e *O problema da constitucionalidade dos assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, 1994.

⁽²⁸¹⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 150.

decorrente da actividade do Parlamento que “é o órgão legislativo estrutural ou funcionalmente mais adequado — entenda-se (conforme a evolução e as vicissitudes políticas) como órgão legislativo exclusivo, ou como órgão legislativo normal, ou primário, ou predominante, ou por excelência” (282).

JORGE MIRANDA realça que “a história e o Direito comparado mostram que a atribuição de competências legislativas o Parlamento tem-se feito em termos diferentes em razão de factores variáveis”, como sejam a a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo, e a coexistência com a previsão de elementos racionalizantes e correctivos de democracia semi-directa (283). Mas torna-se claro que na nossa Constituição — como aliás na grande maioria das leis fundamentais do Estado Moderno — “a palavra lei não tem aí significação unívoca”, e “antes é aplicada de modo polissémico” (284). Desde logo se entenda, no entanto, em companhia de ROUSSEAU, que a lei é instrumento de actuação de igualdade política (285), e que, como já vimos, de modo analítico, e segundo a doutrina tradicional do duplo conceito de lei de inspiração labandiana, lei em sentido formal é todo o acto parlamentar revestido da forma de lei, independentemente do seu conteúdo.

“No cruzamento dos anseios políticos com a dogmática jurídica do Século XIX, esta ligação da regra de direito à ‘fixação de limites sociais’ veio a concretizar-se em torno da cláusula da liberdade e da *propriété* (*Freiheits- und Eigentumsklausel*), sendo em Anschütz a lei em sentido material definida como ‘o que impõe limites à liberdade pessoal em geral e à propriedade em especial’, passando por tal cláusula a linha divisória entre as normas jurídicas (*Rechtsnormen*) e as normas não jurídicas (*Nichtrechtsnormen*)” (286).

(282) Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 151.

(283) *Idem*, *ob. cit.*, p. 152.

(284) Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, pp. 16 e 17.

(285) Como acentua José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, p. 662.

(286) Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, p. 22, esclarecendo que nas monarquias constitucionais germânicas do séc. XIX se considerava que certos actos estatais que revestiam a forma de lei não constituíam direito. Tal doutrina caracterizava tais actos estatais com forma de lei (*gesetzförmig*) como não-direito (*Nichtrecht*). Cfr. ainda Sérvulo CORREIA, *Legalidade...*, *ob. cit.*, p. 196. Noutra perspectiva, cfr. a propósito, de Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 4.^a edição, 1979, *L'hypothèse du non droit*, XXX Séminaire organisé à Liège, 21 et 23 Octobre 1977/78, e *L'hypothèse du non droit. Flexible droit*, 5.^a edição, pp. 24 e ss.

“Os conceitos de lei em sentido formal e material configuram-se, deste modo, como dois círculos secantes: um acto legal do poder legislativo só será lei em sentido material quando contenha uma *Rechtssatz*; as *Rechtssätze* emanadas por qualquer outro órgão estatal serão leis em sentido material, mas não em sentido formal. Tudo isto, porém, só faz sentido a partir de um critério seguro identificador da *Rechtssatz*. Ora a *juspublicística não opera com um único critério*” (287). Nesta senda, procederíamos então à distinção entre duas categorias de normas: umas, regras de direito, têm por objecto a determinação da condição jurídica dos cidadãos, e estão destinadas a produzir os seus efeitos na esfera jurídica dos mesmos; outras, que não são regras de direito, não se revêem nesse desiderato, só se referindo ao funcionamento interno do “aparelho administrativo” (288).

As teorias de LABAND, se bem que tenham fornecido parâmetros de enquadramento dogmático essencial para o desenvolvimento do debate em torno da questão e do conceito de lei estão, no mundo hodierno, manifestamente ultrapassadas:” Tais formalizações tinham um sentimento arreigado a uma determinada situação política e de desenvolvimento do Direito Público” (289), que hoje já se não admite nem consegue responder de modo cabal a uma compreensiva e actualista consideração do princípio da separação de poderes.

5.2. Lei formal e material

Esta lei, que é certamente direito, “ao menos um certo tipo de direito”, como exclamava HART (290), e que constitui “não tanto a limitação, mas sim o guia de um agente livre e inteligente, no seu próprio interesse” (291), e que Montesquieu definirá como as “relações necessárias que derivam da

(287) Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, pp. 18/19. No mesmo sentido Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 137: “Assim, a relação entre lei em sentido material e lei em sentido formal deve estabelecer-se na base de dois círculos concêntricos, não na base de dois círculos secantes. Círculos secantes são, sim, os das leis e dos actos normativos”.

(288) *Idem*, *ob. cit.*, pp. 20/21.

(289) *Idem*, *ob. cit.*, p. 22.

(290) Herbert HART, *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1976, 11.^a edição, 1981, p. 4.

(291) John LOCKE, *Two treatises of government*, com introdução e notas de Peter Laslett, reimpressão, Cambridge, 1992, II, VI, 57.

natureza das coisas”, está indissolúvelmente ligada à separação dos poderes, ligando as leis gerais ao poder legislativo e as ordens e decisões individuais ao poder executivo” ⁽²⁹²⁾.

LABAND distingue então entre lei em sentido formal e lei em sentido material ou substancial. Ora assim, e tendo em conta as noções de forma e força de lei faz hoje sentido distinguir, nos termos do artigo 112.º da CRP, a possibilidade de existência de:

- Lei em sentido material e formal;
- Lei formal não material;
- Lei material não formal.

Parece preferível — em homenagem a uma real consideração de um princípio da separação de poderes que seja não só político ou social mas eminentemente jurídico e portanto substancial — a preferência da constituição pelo conceito de lei que não prescinde do sentido material ⁽²⁹³⁾. Esta preferência parece-nos assim decorrer das “estruturas organizatórias fundamentais” — na conhecida expressão de GOMES CANOTILHO — do Estado português em especial e do Estado Constitucional, Representativo e de Direito em geral. Assim, os argumentos que hoje se podem retirar — como pretende por exemplo BERNARDO AYALA ⁽²⁹⁴⁾ — do n.º 3 do artigo 18.º da CRP e daqueles outros que se ocupam da contraposição entre as funções política e legislativa e a competência administrativa do Governo, parecem-nos decorrência e não raiz da solução. Concordamos no entanto com este autor quando mais se aproxima daquele que é para nós efectivo radical da referida preferência pelo conceito também material de lei: “apesar da opção pelo conceito material de lei, não se pode ignorar que desde a época liberal até aos nossos dias tem-se assistido a um paulatino esvaziamento do conteúdo do acto em benefício da forma. Isso é patente, sobretudo, quando estamos em face de leis com alcance meramente sectorial, dotadas de um reduzido grau de abstracção, ou de leis que, dirigindo-se a sujeitos desenhados através de categorias restritas e, por isso, facilmente identificáveis, colocam de certa maneira em crise o conceito de generali-

⁽²⁹²⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 662.

⁽²⁹³⁾ Neste sentido, cfr. Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, ob. cit., p. 47.

⁽²⁹⁴⁾ *Idem*, ob. cit., p. 47.

dade” (295). E tem também razão quando esclarece que admissível será, nas contingências actuais, “prescindir da abstracção, não da generalidade, uma vez que o oposto desta última — isto é, a individualidade” —, está já no cerne da função administrativa, não se admitindo, portanto, aí, a ingerência do legislador” (296).

De facto, e como refere LA SPINA (297), dizer-se que uma lei em sentido formal não é direito porque não contém norma, implica resolver a petição de princípio que é a de saber se as características da generalidade e abstracção são mesmo requisitos necessários à para a normatividade. Para nos referirmos à lei em sentido material e aplicando o que ficou dito em 3. quanto aos admissíveis critérios de identificação da função legislativa, diremos que pressupõe um elemento de valoração política e grau maior ou menor de liberdade.

Já MARCELO REBELO DE SOUSA, GOMES CANOTILHO e NUNO PIÇARRA apresentam um conceito essencialmente formal, admitindo que os órgãos legislativos podem tomar decisões políticas sem elemento normativo (298). *Este entendimento não deixa de nos parecer eivado de considerações eminentemente pragmatistas, inexplicavelmente descritas. Ou seja, parece que os autores, dado o esvaziamento real, prescindem classificatoriamente de um elemento material por entender que ele frequentemente está ausente.* Este entendimento é no entanto criticável, por prescindir de um mínimo de voluntarismo necessário. De facto, o conceito deve vincular a realidade. Se esta lhe não obedece há que encontrar formas de o

(295) Cfr. Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, ob. cit., p. 48, e também François TERRÉ, *La crise de la loi*, in *Archives de la Philosophie du Droit*, 1980, pp. 67 e ss.

(296) Neste sentido, cfr. Bernardo AYALA, *O (défice de) controlo judicial...*, ob. cit., p. 49. Cfr. também Jorge MIRANDA, *Sentido e conteúdo da Lei como acto da Função legislativa*, in *Nos dez anos da Constituição*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, pp. 175 a 190, aqui p. 180: “Com a grande maioria de autores entendemos que a lei é norma; que a norma é esmensencialmente geral e naturalmente (embora não necessariamente) abstracta; que a generalidade envolve regra, não para uma pessoa, mas para uma categoria mais ou menos ampla (mesmo que só recortável ao longo do tempo, sucessivamente); e que a abstracção (quando exista) se relaciona com a previsibilidade de situações eventualmente verificáveis — o que implica permanência da regulamentação”.

(297) LA SPINA, *La decisione...*, ob. cit., pp. 242/243.

(298) No sentido da sustentação de que a constituição de 1976 define a função legislativa com base no conceito de lei em sentido formal, cfr. Marcelo REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 255, e Jorge MIRANDA, *Sentido e conteúdo da Lei como acto da Função legislativa*, in *Nos dez anos da Constituição*, ob. cit., aqui p. 180.

conseguir e não tentar pura e simplesmente adequar o conceito à realidade ⁽²⁹⁹⁾.

A generalidade — e não a abstracção — é então a pedra de toque, o que implica, como se depreende da leitura de JORGE MIRANDA v. g. ⁽³⁰⁰⁾, que se aceitem, *cum grano salis*:

- As leis-medidas como leis concretas (*Einzelfallgesetze*) ⁽³⁰¹⁾;
- As leis-medidas como leis transitórias ⁽³⁰²⁾.

5.3. Força de lei

Partamos da asserção de B. EIKHENBAUM, de acordo com a qual “a noção de forma toma hoje um novo sentido. Deixa de ser um mero revestimento exterior e passa a ser uma integralidade dinâmica e concreta que tem nela própria o seu conteúdo, fora de toda a correlação”.

“Contrapondo-se à doutrina dominante, que caracterizava a lei como ‘norma de certo teor’, MALBERG afirma não se caracterizar a lei pela sua matéria, mas unicamente pela força que lhe é própria, ‘pela sua potência, seja imediata ou virtual’” ⁽³⁰³⁾.

Historicamente, o princípio da primazia ou prevalência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), como esclarece GOMES CANOTILHO ⁽³⁰⁴⁾, implica que:

- a lei é o acto da vontade estadual juridicamente mais forte;
- prevalece ou tem preferência sobre todos os outros actos do Estado, em especial sobre os actos do poder executivo;

⁽²⁹⁹⁾ Voltemos a referir a distinção entre constituições reais e escritas, normativa, nominal/nominativa e semântica.

⁽³⁰⁰⁾ “Mas as leis-medidas (*Massnahmengesetze, leggi-provedimento*) estão ligadas à complexidade cada vez maior da vida hodierna e à sua aceleração, ao alargamento das tarefas do Estado e à diversidade de veículos de comunicação entre a sociedade e o poder. São leis de intervenção em situações concretas para precisos efeitos e que se traduzem, pois, em medidas ou providências dirigidas à resolução destes ou daqueles problemas em tempo útil; ou, numa fórmula conhecida, leis em que a actio dir-se-ia suplantam a ratio ou a constitutio”, explica Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 133.

⁽³⁰¹⁾ Rejeitando-se pois aqui as leis-medidas como leis individuais (*Einzelperson-gesetze*).

⁽³⁰²⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, pp. 666/667.

⁽³⁰³⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, p. 158, e Carré de MALBERG, *ob. cit.*

⁽³⁰⁴⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, p. 669.

- detém a posição de topo da tabela da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica.

Este entendimento não é imune ao pensamento do positivismo legalista que apresenta uma contra definição de lei compatível com o alargamento funcional da lei no seio de um Estado Social de Direito: “A lei deixa de ser uma norma puramente jurídica para adquirir uma imediata função política, pois que em si mesma passou a ser um específico instrumento de que o poder lança mão para realizar o seu programa” ⁽³⁰⁵⁾. Esta deslocação de elementos do conceito leva mesmo a que CASTANHEIRA NEVES conclua que “...de princípios normativo-jurídicos para a solução, passaram a ser as leis a própria solução” ⁽³⁰⁶⁾.

O contributo de OTTO MAYER foi também decisivo para a queda da construção dicotómica da força de lei, e para o entendimento desta como atributo relacional, que se manifesta como potência inter-normativa do acto legislativo, por oposição à teoria dicotómica labandiana, como salienta Blanco de Moraes ⁽³⁰⁷⁾.

Verifica-se assim uma “cisão entre força, executoriedade e imperatividade” ⁽³⁰⁸⁾. Esta cisão é essencial e reconhecidamente admitida pela boa doutrina ⁽³⁰⁹⁾, se bem que curiosamente as noções de força de lei e eficácia tenham surgido acopladas pela doutrina oitocentista em termos que de algum modo perduraram até aos nossos dias em alguns sectores da produção juspublicística.

JORGE MIRANDA ⁽³¹⁰⁾ adverte-nos no entanto para que “a identidade de força jurídica de todos os actos legislativos leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais — não equivale a indistinção de posições recíprocas. Um *quid* é a força de lei no respeitante a outros actos jurídico-públicos;

⁽³⁰⁵⁾ Cfr. Manuel AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, *ob. cit.*, p. 159, B. E. ALTSCHULER e C. A. SGROI, *Understanding law in a changing society*, 2.^a edição, New Jersey, 1996, e Tom CAMPBELL, *The legal theory of ethical positivism*, 1996.

⁽³⁰⁶⁾ António CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos Assentos...*, *ob. cit.*, p. 587.

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, pp. 90 e 91.

⁽³⁰⁸⁾ *Idem*, *ob. cit.*, pp. 90 e 91.

⁽³⁰⁹⁾ Marcelo REBELO DE SOUSA e Sofia GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a edição, Lisboa, 1993, pp. 105/106. Também distinguindo, Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, in Separata dos *Cadernos de Ciência da Legislação*, 19/20, Abril/Dez. 97, INA, p. 71.

⁽³¹⁰⁾ Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, *ob. cit.*, p. 70.

outro a força específica de lei; e mútua revogabilidade só existe quando seja a mesma a força específica de uns e outros actos”. Ou seja, este autor distingue, se assim bem o compreendemos, entre uma força de lei estática e uma força de lei dinâmica, que se projecta no relacionamento com demais categorias legislativas. Estas podem resultar quer da configuração pluricentrada do Estado português como Estado unitário parcialmente regional, quer da previsão da Constituição da existência de diferentes categorias, tipos ou graus normativos — que não legais — dos actos legislativos ⁽³¹¹⁾.

De facto, e numa perspectiva estática — diríamos “passiva” mas poder-se-ia causar confusão em relação à distinção doutrinal entre força de lei activa e passiva — “Nenhuma lei é revestida em si mesma de maior ou menor força do que outra. Tudo se reconduz a um fenómeno de relação entre certas leis ou entre algumas leis e todas as demais. Aliás, bem pode suceder que a relação seja múltipla; que uma lei se imponha a outra que, por seu turno, apareça subordinada a uma terceira, por lhe ser vedado contrariá-la” ⁽³¹²⁾.

“Na reserva de lei a Constituição (...) veda (...) à administração e à jurisdição qualquer interferência ou, pelo menos, qualquer interferência a título principal ⁽³¹³⁾. Na reserva de Constituição, o órgão legislativo está sujeito a um princípio de heteronomia. Na reserva de lei, a um princípio de autonomia ou de autoconfirmação” ⁽³¹⁴⁾.

De acordo com o *princípio da fixação das formas de lei* do (actual) artigo 112.º, e tornando claro que o conceito de lei não refuta uma atenção ao conteúdo, é claro que o legislador constituinte pretendeu clarificar que em determinadas matérias, e como refere JORGE MIRANDA, “Não tem apenas de não ocorrer contradição com a lei. Tem de haver lei. E é à lei

⁽³¹¹⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 294, e *Perspectivas constitucionais*, vol. II, *ob. cit.*, p. 885. Veja-se ainda Blanco de MORAIS, *Análise Sinóptica das relações inter-legislativas entre o Estado e as Regiões com Autonomia Político-Administrativa*, in *Legislação*, INA, n.º 19, 1996. Apesar da desactualização face ao actual travejamento constitucional resulta também conveniente a leitura de Fernando Amâncio FERREIRA, *As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, em especial pp. 59 a 99, e de BLANCO DE MORAIS, *A Autonomia Legislativa Regional*, Lisboa, 1993.

⁽³¹²⁾ *Idem*, cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 294, e *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 885.

⁽³¹³⁾ Ao invés do que sucede com a reserva de constituição, como vimos em 6.

⁽³¹⁴⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 196.

— formal e material — que cabe, por exemplo, regular uma liberdade (ou seja, o traçar o seu espaço próprio distinto do de outros direitos e liberdades e acertar as condições do seu exercício), ou considerar ilícito um comportamento das pessoas” ⁽³¹⁵⁾. *Não se trata aqui de acreditar cegamente em virtualidades que derivem meramente da atribuição de uma forma depurada, e é isto que alguns autores parecem esquecer.* É que a forma de lei vale aqui porque eivada de uma “capacidade, virtualidade ou força peculiar de agir e reagir” ⁽³¹⁶⁾. Ora essa força de lei “assenta, antes de mais, no lugar fixado à lei no sistema jurídico positivo estatal; assenta, como em sendo mais usual dizer, na posição hierárquica só inferior à Constituição que aí ocupa” ⁽³¹⁷⁾.

Em que consiste esta “força peculiar de agir e reagir”? Na capacidade de dispor, positiva ou negativamente, originária ou supervenientemente, sobre as relações e situações da vida” ⁽³¹⁸⁾, *e na susceptibilidade de confrontação específica com outros actos jurídico-públicos* ⁽³¹⁹⁾. Mas lado a lado com esta força geral reconhecida a qualquer lei pelo simples facto de o ser, podemos identificar um conceito mais restrito e localizado que se multiplica e “que se traduz na peculiar consistência atribuída a certas leis em face de outras leis na medida em que não podem ser afectadas ou contraditada por elas, à margem do postulado *lex posterior*” ⁽³²⁰⁾, que v. g. JORGE MIRANDA encontra na CRP 76 e que constitui um acervo dificilmente categorizável, em que encontramos quase simetricamente relações de subordinação de carácter genérico e outras de carácter específico e que ainda sem “cláusula definitiva expressa, devem considerar-se leis reforçadas, tendo em conta a natureza das coisas e as funções que desempenham no sistema” ⁽³²¹⁾.

É claro que aqui não encontramos diversificação hierárquica mas funcional, como desde sempre fez aliás questão de frisar JORGE MIRANDA.

⁽³¹⁵⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 216.

⁽³¹⁶⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 218, e *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 902.

⁽³¹⁷⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 218, e *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 902.

⁽³¹⁸⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 220, e *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 902.

⁽³¹⁹⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 220, e *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, *ob. cit.*, p. 902.

⁽³²⁰⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 222.

⁽³²¹⁾ *Idem*, *ob. cit.*, p. 222.

Esta situação mereceu novo fôlego com a LC n.º 1/89, desde logo no que se refere à introdução de uma categoria específica de leis de valor reforçado, com a consideração das leis sobre certas matérias como leis orgânicas (artigo 169.º/2), declaradas como de valor reforçado (artigo 112.º/2) e dotadas de algumas regras específicas ou aparentemente específicas de regime (artigos 168.º, 136.º/3 e 278.º) ⁽³²²⁾.

Mas também aí encontramos:

- a criação do instituto das autorizações legislativas às assembleias legislativas regionais em matérias de interesse específico das regiões autónomas e para efeito, aí, de não observância de leis gerais da República;
- a redistribuição ou resistemização de algumas das alíneas dos preceitos respeitantes à reserva de competência legislativa da Assembleia da República — actuais artigos 164.º e 165.º;
- a consagração das especialidades das autorizações legislativas orçamentais em matéria tributária;
- a exigência de maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, para a aprovação das disposições de leis relativas a círculos eleitorais ⁽³²³⁾.

E veio esta complexificação do sistema a ser reiterada com a LC n.º 1/97, já que aí deparamos com ⁽³²⁴⁾:

- a afirmação como tendo valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que careçam de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas — artigo 112.º/3;
- a imposição do respeito pelos decretos legislativos regionais, não já das leis gerais da República, mas sim dos princípios fundamentais das leis gerais da República — artigos 112.º/4 e 227.º/1;

⁽³²²⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 166.

⁽³²³⁾ Veja-se Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 166, e a crítica de António VITORINO, em *RISCO*, n.º 12, Outono de 1989 — *Revisão Constitucional*.

⁽³²⁴⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 167 a 169.

- a prescrição de que só são leis gerais da República as leis e os decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação a todo o território nacional (como se dizia desde 1982, mas suprimindo sem reservas) e que assim o decretem — artigo 112.º/5;
- a apresentação de um elenco de matérias de interesse exclusivo das regiões autónomas, a título enunciativo, embora acompanhado de uma cláusula geral;
- a ampliação das leis orgânicas, as quais possam abranger também os referendos regional e local, as bases do equipamento das forças armadas, a cidadania, as associações e os partidos políticos, as eleições das assembleias legislativas regionais, as eleições dos titulares dos órgãos do poder local ou outras realizadas por sufrágio directo e universal, o sistema de informações, o segredo de Estado, as finanças das regiões autónomas e a criação das regiões administrativas — artigo 166.º/2;
- a aprovação na especialidade por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções da delimitação territorial das regiões administrativas — artigo 168.º/5;
- a aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, do voto dos cidadãos residentes no estrangeiro na eleição presidencial, da composição e dos círculos eleitorais da Assembleia da República, e do sistema de órgãos executivos do poder local — artigo 168.º/6.

Este sistema peca por complexidade e por desconexão, parecendo atender a uma justaposição de critérios de concessão de valor reforçado a determinados actos legislativos sem que se vislumbre um verdadeiro ponto de apoio que à guisa de Arquimedes permita uma racional elaboração dogmática. De todo em todo, esta não será possível sem que mais detidamente se analise o sistema legal — e normativo, em geral — previsto na nossa lei fundamental.

6. O SISTEMA DE ACTOS LEGISLATIVOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976, EM ESPECIAL APÓS A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1997

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, e como já referimos anteriormente, *o termo lei não apresenta uma vocação unívoca.* De

facto, ora parece equivaler a ordenamento jurídico, ora se identifica com norma jurídica, ora se restringe a actos normativos com valor legislativo, ora se reduz ainda mais a leis gerais da República, ora é nominalmente entendida como lei da Assembleia da República ⁽³²⁵⁾.

Artigo central na CRP, em matéria de actos legislativos é o artigo 112.º (115.º até à Revisão Constitucional de 1997 que para além de introduzir alterações de lata relevância mas de duvidosa sensatez ⁽³²⁶⁾, procedeu a uma quase total renumeração dos artigos). Significativamente incluído na Parte III, relativa à organização do poder político ⁽³²⁷⁾, este artigo tem por epígrafe “actos normativos”, e aí se pode ler:

Artigo 112.º

(Actos normativos)

1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.

2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, *sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos* ⁽³²⁸⁾.

3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas ⁽³²⁹⁾.

4. *Os decretos legislativos regionais versam sobre matérias de interesse específico para as respectivas regiões e não reservadas à Assembleia da República ou ao Governo, não podendo dispor contra*

⁽³²⁵⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., pp. 668/669.

⁽³²⁶⁾ Veja-se aliás o entendimento de Jorge MIRANDA, em *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996*, Cosmos, Lisboa, 1996.

⁽³²⁷⁾ Esta colocação sistemática encontra justificação da distinção das funções do Estado, apresentada por Jorge MIRANDA, e a que fizemos referência em 4.

⁽³²⁸⁾ Com a Revisão Constitucional de 1997, desaparece do n.º 2 do artigo 112.º a referência ao valor reforçado das leis orgânicas, que passa para o n.º 3.

⁽³²⁹⁾ Esta redacção resulta da Revisão Constitucional de 1997.

os princípios fundamentais das leis gerais da República, sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 227.º ⁽³³⁰⁾.

5. São leis gerais da República as leis e os decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação a todo o território nacional e assim o decretam. — desaparece o sem reservas e aparece a autointitulação.

6. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

7. Os regulamentos do governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes

8. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão.

9. A transposição de directivas comunitárias para a ordem jurídica interna assume a forma de lei ou de decreto-lei, conforme os casos.

No entanto, como se depreende da leitura, e como *admitem* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ⁽³³¹⁾, a epígrafe utilizada pelo legislador constituinte pode ser enganadora: “Primeiro, manifestamente só se consideram os actos infraconstitucionais, pois falta uma referência expressa às leis de revisão constitucional, que, embora sendo leis e portanto actos legislativos em sentido genérico, detêm um regime especial. Segundo, ele abarca apenas os actos normativos internos, excluindo os de carácter internacional”. Não deixa também de resultar como clara a contraposição que a CRP estabelece entre actos legislativos — lei, decreto lei e decreto legislativo regional —, e actos normativos — a que não faz recobrir com o manto formal da força de lei —, como é o caso dos regulamentos, com genérica previsão nos n.ºs 6 a 8.

É que aqui está em causa o princípio da primariedade ou precedência da lei, que radica na reserva de lei horizontal e vertical, materializando-se

⁽³³⁰⁾ Encontramos aqui uma alteração da numeração da remissão e referência estrita à contrariedade dos princípios fundamentais das leis gerais da república.

⁽³³¹⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 501.

em reserva legal material, reserva de lei material e reserva de lei meramente formal ⁽³³²⁾. GOMES CANOTILHO ⁽³³³⁾ identifica nesta “plurimodalidade legislativa”:

- Leis constitucionais;
- Leis reforçadas orgânicas ⁽³³⁴⁾;
- Leis reforçadas estatutárias;
- Leis reforçadas de autorização;
- Leis reforçadas de bases;
- Leis reforçadas de enquadramento;
- Leis reforçadas que carecem de aprovação por maioria de 2/3 dos deputados;
- Leis de reserva absoluta;
- Leis de reserva relativa;
- Leis de conversão ou de transposição;
- Leis da Assembleia da República.

Está aqui verdadeiramente em causa *um pluricentrismo legislativo interno e externo*, que resulta num sistema com *nuances* formais e espaciais de aplicação. A contraposição entre leis gerais da República e decretos legislativos regionais, que não nos cabe aqui analisar muito detidamente ⁽³³⁵⁾, resulta de uma característica dos Estados com carácter pluricontinental ou pluritécnico ⁽³³⁶⁾, em que se verifica uma separação vertical de poderes. Para além,

⁽³³²⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 514.

⁽³³³⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, p. 655.

⁽³³⁴⁾ Ao contrário de Jorge MIRANDA,

⁽³³⁵⁾ Como dissemos em 2.

⁽³³⁶⁾ Vejam-se, nesta matéria, Jorge MIRANDA, *A autonomia legislativa regional*, in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, p. 149, e Carlos BLANCO DE MORAIS, *As competências legislativas das Regiões Autónomas no contexto da Revisão Constitucional de 1997*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*. Este autor salienta um ajustamento nos modelos de repartição horizontal e de distribuição vertical de competências legislativas entre os órgãos de soberania e os órgãos regionais, com base na constitucionalização de um interesse específico que resulta hoje de uma primeira definição jurisprudencial — pp. 7 e 10.

Para BLANCO DE MORAIS, *As competências legislativas das Regiões Autónomas no contexto da Revisão Constitucional de 1997*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 24: “Os princípios da unidade e solidariedade nacionais justificavam a ‘razão de ser’ uniformizadora de todo o preceituado da lei geral da República, a qual, ao introduzir uma dis-

no entanto, das consequências desta forma de Estado parcialmente regional que se projecta no “caso especial dos estatutos regionais, que se impõem a todas as leis (...) e das “leis gerais da República” no confronto com as leis regio-

ciplina com relevo imediato para todos os cidadãos, cumpria a função de tutela de interesses unitários que a Constituição lhe atribuía, prevalecendo sobre leis-objecto portadoras de interesses públicos localizados, de menor qualificação”.

Em *A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58, Julho 1998, pp. 779 e ss., pp. 891 e 793, BLANCO DE MORAIS, salienta um princípio de subsidiariedade no “cenário relacional entre os Estados e as colectividades descentralizadas”, que “operará como critério reitor de um processo de reivindicação de competências desenvolvido por entidades diversas”. Para análise dos quadros relacionais de prevalência, de aplicação preferente e de supletividade entre leis estaduais e regionais e do novo regime de prevalência material entre leis gerais da República e decretos legislativos regionais, veja-se Para BLANCO DE MORAIS, *As competências legislativas das Regiões Autónomas no contexto da Revisão Constitucional de 1997*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, pp. 28 e 30.

Este autor — BLANCO DE MORAIS, *As competências legislativas das Regiões Autónomas no contexto da Revisão Constitucional de 1997*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, p. 30 — acentua a redução do âmbito normativo de vinculatividade material das leis gerais da República na Revisão Constitucional de 1997 já que, com a quarta revisão da Constituição, as leis gerais da República sofreram alterações no que respeita à sua qualificação, poder vinculante e regime de preferência. Assim:

- “Horizontalmente, apenas vincularão o conteúdo dos decretos legislativos regionais, as normas das leis gerais da república que contiverem os referidos ‘princípios fundamentais’ (e respectivas disposições conexas), e não os restantes;
- Verticalmente, as referidas normas de onde os citados princípios poderão ser deduzidos não exprimirão, necessariamente, um poder dispositivo pleno, tendo em conta que a própria expressão ‘princípio’ supõe a existência de uma coordenada de decisão necessariamente incompleta quanto à respectiva densidade determinativa”. — BLANCO DE MORAIS, *As competências legislativas das Regiões Autónomas no contexto da Revisão Constitucional de 1997*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, p. 31.

Ora isto implica modificações nos regimes de aplicação preferente e de revogação no quadro de tensão entre decretos legislativos regionais comuns e leis gerais da república, dado que “da modificação constitucional resultou uma virtual inversão da anterior ordem de preferência entre leis em caso de conflito imediato. Junto do operador administrativo os decretos legislativos regionais passaram a beneficiar de uma prioridade aplicativa, com carácter relativo, sobre as leis gerais da república de conteúdo contrário, independentemente da circunstância de a decisão final sobre a antinomia caber à Justiça Constitucional, caso esta seja convocada para o efeito”, esclarece BLANCO DE MORAIS, *As competências legislativas das Regiões Autónomas no contexto da Revisão Constitucional de 1997*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, pp. 46 e 48.

nais, existem claramente na Constituição outros casos de leis dotadas de primazia no confronto com outras leis” (337).

Lei e decreto-lei aparecem aqui com um valor reforçado específico, e como referem MÁRIO JOÃO BRITO FERNANDES e ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, o sistema de separação de poderes e as suas concretas implicações no domínio das leis reforçadas revelam um sistema complexo não isento de perplexidades: “A repartição da função legislativa por dois órgãos e a paridade valorativa entre os actos praticados por ambos propicia situações de conflito em que a acção de um órgão pode funcionar como obstáculo ou instrumento de boicote à do outro. *A criação de bolsas/reservas de competência tem a vantagem de civilizar, e até de extinguir o atrito nas relações entre os órgãos titulares da função legislativa.* Daí que as interpretações que desenhem ou ampliem zonas de reserva tenham a vantagem de disciplinar rigidamente um terreno potencialmente desordenado. Só que, em sede de separação de poderes, a estrutura da CRP, e o conteúdo das suas normas representa a escolha de um modelo original e complexo, onde a concertação não é imposta pela lei fundamenta, mas tem que derivar da prática política” (338).

Um dos princípios básicos de exegese nesta matéria é o previsto no n.º 2 do artigo 112.º, de equiparação valorativa entre actos legislativos dos órgãos de soberania — e não de todos os órgãos legiferantes, já que se não abrangem os decretos legislativos regionais das assembleias legislativas regionais. Já no que respeita a relações intrasistemáticas e interlegislativas, de carácter específico, concordamos com BRITO FERNANDES e SOUSA PINHEIRO, quando explicam que a necessidade de decretos-leis autorizados respeitarem as leis de autorização (339) — e de decretos-leis de desen-

(337) Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 503.

(338) Cfr. Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 285, com especial ênfase no condicionamento que a Assembleia da República através de leis de bases, opera na acção legislativa governamental, mas em termos que acreditamos e defendemos como generalizáveis aos demais casos de heterovinculação legislativa.

(339) “Questão completamente diversa das tratadas anteriormente coloca-se quando o próprio governo propõe uma lei de autorização com matéria concorrente: Nesse caso, a autorização legislativa só pode ter o significado de associar politicamente a AR à respectiva decisão legislativa”, esclarecem Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 288. Resta saber se essas autorizações legislativas “vinculam o governo nos mesmos termos das autorizações genuínas, ou

volvimento respeitarem as leis de bases, acrescentaremos nós — é uma “decorrência imediata das normas sobre competência” ⁽³⁴⁰⁾. *Mas já não podemos aceitar que se trate aqui de expressão de hierarquia.*

“O princípio da equiparação traduz-se na possibilidade de, fora das matérias de reserva de competência legislativa da AR e do Governo e com respeito pelas regras de hierarquia, lei e decreto-lei se interpretarem, suspenderem e revogarem mutuamente. O primado da AR no exercício da função legislativa não implica que a lei da AR esteja dotada de valor jurídico superior aos decretos-leis do Governo” ⁽³⁴¹⁾.

Com muito ênfase ao nível do tratamento jurídico-constitucional nos últimos anos ⁽³⁴²⁾, as leis de bases têm de facto sido entendidas por alguns autores como excepção ao princípio da hierarquia: “Embora as leis e os decretos-leis sejam actos legislativos de igual dignidade hierárquica, as leis adquirem, na forma de lei de bases, uma primariedade material e hierárquica com a correspondente subordinação dos decretos-leis de desenvolvimento (...)” ⁽³⁴³⁾.

Uma vez mais acentuamos que não deve estar aqui em causa uma ideia de hierarquia — ou seja, de fazer intervir mais um escalão de nivela-

se ele fica livre para as desrespeitar”, questionam José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 677.

⁽³⁴⁰⁾ Cfr. Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., pp. 270 e 288: “O tratamento jurídico-constitucional da relação lei de autorização — decreto-lei autorizado, encontra-se apenas pensado para as matérias de reserva relativa de competência legislativa da AR. Daí que devamos buscar a resposta ao problema proposto nos princípios que inspiram as relações entre os dois órgãos de soberania e não na positivização constitucional... — razões podem ser intenção política de aliar a AR a determinado acto legislativo governamental, ignorância governamental quanto aos limites da sua competência legislativa própria.”

⁽³⁴¹⁾ Cfr. Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 277.

⁽³⁴²⁾ Veja-se por exemplo a análise feita por Lino TORGAL, em *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, estabelecendo a diferença entre lei de enquadramento e lei de bases a p. 375, e a diferença entre lei de autorização legislativa e lei de bases, a pp. 376/377, e esclarecendo o seu papel como leis constitucionalmente devidas sobre a produção normativa.

Veja-se aqui também por todos Paulo OTERO, *O desenvolvimento de leis de bases pelo Governo*, ob. cit.

⁽³⁴³⁾ As bases fixadas por lei da AR adquiririam, deste modo um carácter reforçado traduzido na primariedade material e hierárquica com a correspondente subordinação dos decretos-leis de desenvolvimento, ensina Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, pp. 841/842.

mento numa hipotética pirâmide normativa — mas sim a noção de uma relação funcional e funcionalizada. Não obstante o seu regime jurídico-constitucional e a sua supremacia normativa sobre as demais leis, as leis de valor reforçado são ainda uma espécie de leis ordinárias e não — como acontece noutros países — leis de escalão normativo superior, entre as leis constitucionais e as leis ordinárias ⁽³⁴⁴⁾.

O facto de a Constituição proibir as delegações de competência — no n.º 2 do artigo 111.º — significa também nesta sede que “nem a AR nem o Governo estão autorizados constitucionalmente a abdicar da sua esfera de competência própria” ⁽³⁴⁵⁾. Ora para além destas relações interlegislativas de carácter específico, encontramos ainda leis de valor reforçado genérico que como vimos tiveram durante muito tempo mero valor doutrinal na tradição juspublicística portuguesa ⁽³⁴⁶⁾.

Sem nos alargarmos muito aqui, repetiremos que a LC n.º 1/89 criou a categoria de leis orgânicas, que vêm expressamente qualificadas como leis reforçadas. São tais apenas aquelas que a Constituição assim qualifica, *taxativa e tipicamente*, pertencendo todas elas à reserva de competência legislativa absoluta da AR. Como acentuam GOMES CANOTILHO e VITAL

⁽³⁴⁴⁾ BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 95, refere-se a “Duas correntes sobre a relevância constitucional e sentido jurídico da noção de força de lei nas ordens constitucionais italiana e espanhola (...). Uma primeira entende que a força de lei não seria mais do que uma expressão operativa da hierarquia e infere que, tendo deixado de ser o factor hierárquico um elemento explicativo das relações de prevalência, coexistência e separação entre leis, teria perdido qualquer sentido em falar-se no conceito de “força de lei”. Outra corrente, que valoriza com maior ou menor ênfase a decomposição da potência da lei nas suas relações com actos da mesma natureza aduz, ainda assim, que na sua tensão com os actos não legislativos, a força de lei terá permanecido inalterável, conformando-se como atributo fundamental de caracterização da norma legal, ante as demais normas jurídicas. Esta contraposição, precipitou um apaixonado debate doutrinário na ordem jurídica italiana, com ecos significativos entre os juspublicistas espanhóis”.

⁽³⁴⁵⁾ “Exigir do Governo o respeito por uma lei de autorização em matérias externas ao artigo 165.º significa aceitar como legítima uma auto-ablação da competência legislativa governamental”, o que Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, *ob. cit.*, p. 288, não aceitam.

⁽³⁴⁶⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, *ob. cit.*, p. 71: “Antes de 1989, o conceito de lei reforçada era meramente doutrinal, se bem que ancorado em sólidos dados constitucionais positivos. A segunda revisão constitucional viria consagrá-lo expressamente ao conferir ‘valor reforçado’ às leis orgânicas — 115.º/2, aliás carecido de interpretação correctiva) e ao falar em leis de valor reforçado como padrões de legalidade no âmbito da competência de fiscalização sucessiva do TC”.

MOREIRA, “A designação de leis orgânicas não é muito feliz, dado que estabelece equívocidade com as leis com o mesmo nome que tradicionalmente entre nós regulam a organização de certas entidades ou serviços” ⁽³⁴⁷⁾. Hoje o seu valor reforçado resulta da previsão constitucional expressa do n.º 3 do artigo 112.º “Elas dispõem de um estatuto jurídico-constitucional cujos traços distintivos são: forma especial, exclusividade *rationae materiae*, o que implica uma reserva total das leis orgânicas quanto às matérias que lhe pertence regular, exigência de uma ‘reserva de plenário’, pois as leis orgânicas são obrigatoriamente cotadas na especialidade no plenário da AR, votação por maioria qualificada, exigência de uma maioria qualificada para a superação do veto político do PR, regime especial de fiscalização preventiva da constitucionalidade (...). É bom de ver que as leis orgânicas possuem valor reforçado não apenas perante os decretos-leis mas também perante as demais leis da AR” ⁽³⁴⁸⁾.

Pode perguntar-se, como o faz JORGE MIRANDA, que não concorda com a sua qualificação como leis de valor reforçado, se o aparecimento das leis orgânicas em 1989 não envolve a formação de um quarto tipo de actos legislativos, a “aditar” aos vindos desde 1976 ⁽³⁴⁹⁾. Apontariam para isso o falar-se expressamente em “forma de lei orgânica” — artigo 166.º/2, a qualificação expressa como leis de valor reforçado — artigo 112.º/3, a prescrição da competência do TC — artigos 280.º/2 e 281.º/1/b, e o regime do seu processo de formação — artigos 168.º/5, 136.º/3 e 278.º/4 a 7. No entanto, a melhor doutrina parece ser a que considera que tais notas não são apesar de tudo suficientes. “Quando muito, as leis orgânicas constituirão uma subcategoria dentro da categoria geral das leis (ordinárias) da AR. Em primeiro lugar, é a disposição fundamental do artigo 112.º/1 que continua a estabelecer a tricotomia, o mesmo no artigo 119.º/1/c e a prática confirma-o, por nunca ter sido adoptada uma numeração das leis orgânicas à margem das demais leis da AR” ⁽³⁵⁰⁾.

A LC n.º 1/97, de 20 de Setembro, conseguiu efectivamente causar tumultuação no sistema. Já para não nos referirmos ao alargamento das

⁽³⁴⁷⁾ José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 504.

⁽³⁴⁸⁾ *Idem*, ob. cit., p. 504.

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, ob. cit., pp. 90/91.

⁽³⁵⁰⁾ *Idem*, ob. cit., pp. 90/91.

reservas absoluta e relativa de competência legislativa ⁽³⁵¹⁾, a verdade é que se produz também uma ampliação do conteúdo material objectivo das matérias que revestem a forma de lei orgânica, as quais passam a abranger também a cidadania, as associações e os partidos políticos, as eleições das assembleias legislativas regionais, os estatutos dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local, o sistema de informações, o segredo de Estado e as finanças regionais (artigo 166.º/2). Para além disso, opta pela consideração como tendo valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que careçam de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas (artigo 112.º/3) ⁽³⁵²⁾.

Encontramos assim leis de valor reforçado quer por via de uma específica relação de subordinação quer em virtude de uma genérica proeminência funcional ⁽³⁵³⁾. Se os critérios analisados absorvem um conjunto de leis de valor reforçado, existem, ainda, numerosos casos avulsamente dispersos pela CRP de outras leis que devem ser designadas de valor reforçado atendendo aos dois critérios remanescentes previstos no n.º 3 do artigo 112.º ⁽³⁵⁴⁾.

De facto, o n.º 3 refere ainda a aprovação procedimental por maioria de dois terços ⁽³⁵⁵⁾, e as leis que sejam pressuposto de outras leis e as leis

⁽³⁵¹⁾ Jorge MIRANDA, *A Quarta Revisão Constitucional*, in *Brotéria*, 146 (1988), pp. 19 a 32, aqui p. 29: “incluindo-se na primeira, o regime de designação dos titulares de órgãos da União Europeia, excepto da Comissão, o sistema de informações, o segredo de Estado, o regime geral de enquadramento orçamental, os símbolos nacionais, as finanças das regiões autónomas e o regime das forças de segurança (artigo 164.º) e, na segunda, o regime geral das taxas e das demais contribuições financeiras e as bases do ordenamento do território e do urbanismo (artigo 165.º)”.

⁽³⁵²⁾ Cfr. Jorge MIRANDA, *A Quarta Revisão Constitucional*, *ob. cit.*, em especial p. 28.

⁽³⁵³⁾ Cfr. Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, *ob. cit.*, p. 295, e cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 767.

⁽³⁵⁴⁾ Cfr. Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, *ob. cit.*, p. 298, e Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 353/354.

⁽³⁵⁵⁾ Está aqui em causa uma regra específica do n.º 6 do artigo 168.º, por contraposição com a regra genérica do n.º 3 do artigo 116.º da CRP. Esta lógica repercute-se também na maioria de confirmação prevista no n.º 3 do artigo 136.º após veto político do PR, já que continua válida, após a Revisão Constitucional de 1997, a afirmação de Gomes

que por outras devam ser respeitadas. A distinção entre estas duas indeterminações é necessária para se avaliar dos actos que se integram em cada uma delas, considerando no nosso entender algo forçada a opinião de GOMES CANOTILHO segundo a qual existe uma relação de subsidiariedade entre os dois critérios. Cada uma destas categorias de leis reforçadas impõe o dever de respeito por legislação posterior, sendo o último critério “mais vago e sibilino” de tipo residual ⁽³⁵⁶⁾.

A alteração do n.º 3 do artigo 112.º surge criticada por JORGE MIRANDA: “A fórmula mostra-se tão embastecida que se torna dogmaticamente inútil ⁽³⁵⁷⁾. Em vez de conglobar diversos elementos numa noção operacional, faz-se um mero somatório de procedimentos e de espécies legislativa” ⁽³⁵⁸⁾. No mesmo sentido aponta BLANCO DE MORAIS, adiantando que o legislador constituinte em 1997 “recorreu a um duplo critério ancorado,

CANOTILHO e Vital MOREIRA: “não seria lógico que a confirmação de um diploma se basstasse com uma maioria menos exigente do que a necessária para a sua aprovação”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 600.

O artigo 168.º, que correspondia ao artigo 171.º na numeração anterior, apresenta alterações que se situam nos n.ºs 5 e 6. No primeiro caso, acrescentou-se a exigência de aprovação na especialidade e em Plenário por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções na matéria relativa à delimitação territorial das regiões administrativas (artigo 255.º), que reveste a natureza de lei orgânica (n.º 2 do artigo 166.º).

No n.º 6, a exigência de aprovação por maioria de dois terços para um maior número de matérias — as do n.º 2 do artigo 121.º e dos artigos 148.º, 149.º, alínea o) do artigo 164.º, e n.º 3 do artigo 239.º —, “exprime a intenção de permitir a conciliação do objectivo de superação dos excessos de rigidez constitucional, dificilmente compatíveis com propósitos reformistas, com o da garantia de consensos alargados e estabilizadores da ordem democrática e pluralista”, segundo Jorge LACÃO, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Lisboa, 1997, p. 124.

Quanto à distinção entre lei e disposições legislativas leiam-se Blanco de MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 767, e Jorge MIRANDA, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 293:

BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 762, esclarece que as “disposições legislativas”, “ao conterem fundamentos procedimentais e finalísticos de reforço, similares aos que se encontram presentes na “lei” editada integralmente por idêntica maioria, devem ser reconduzidas ao regime e ao valor prototípico desta última”, enquanto os segundos parecem concluir que, para efeitos do n.º 6 do artigo 168.º pode haver leis orgânicas que quanto ao conteúdo careçam da aprovação por maioria de dois terços.

⁽³⁵⁶⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 688.

⁽³⁵⁷⁾ E dificultadora da subsunção, em muitos casos.

⁽³⁵⁸⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, ob. cit., pp. 347/348, e Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 292.

por um lado, na identificação explícita de certas subcategorias legais reforças, e por outro, na fixação de conceitos jurídicos indeterminados susceptíveis de permitir, através de uma operação hermenêutica, a apreensão de outras subcategorias que hipoteticamente possam assumir um estatuto idêntico” (359). E ainda: “(...) Pretendendo criar um consenso em torno de lei reforçada, o legislador constitucional juntou todos os critérios doutrinários existentes no passado e no presente, numa bizantina “sopa de pedra” (...). No fundo, se estivéssemos no quadro de uma taxinomia própria das ciências zoológicas, a operação unificadora levada a cabo pelo decisor constitucional seria idêntica à de um cientista que unisse dentro da mesma classe uma cobra de água e uma baleia por entender que ambos seriam animais aquáticos” (360).

Na tarefa de preencher os critérios do n.º 3, surge BLANCO DE MORAIS como acreditando que “(...) a fórmula parametricidade legal pressuposta tem sido há muito utilizada com um significado mais restrito pelo sector doutrinário que mais fortemente parece ter inspirado a nova redacção do n.º 3 do artigo 112.º, como sinónimo de lei quadro” (361).

Acentuam BRITO FERNANDES e SOUSA PINHEIRO que com a introdução de novos critérios “a quarta revisão constitucional introduz dúvidas quanto à qualificação de determinadas leis reforçadas atendendo à natureza de lei orgânica, ou de lei aprovada por maioria de dois terços. A questão tem evidente alcance prático atendendo às especificidades de regime das leis orgânicas, nomeadamente no que respeita à superação do veto político e ao sistema de fiscalização da constitucionalidade” (362), como vimos.

7. EM ESPECIAL, AS LEIS DE VALOR REFORÇADO

“A noção de força de lei não se encontra — *ainda hoje, inciso nosso* — enunciada na CRP, sem prejuízo de nela se poder encontrar implícita” (363), pelo que haverá que, na sua falta, traçar uma bissectriz entre ensinamentos juspublicistas e jusprivatistas, sobre a singela noção de força de lei, abor-

(359) Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., pp. 646/647.

(360) *Idem*, ob. cit., p. 659.

(361) *Idem*, ob. cit., p. 648, e Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 300.

(362) Mário João Brito FERNANDES e Alexandre Sousa PINHEIRO, *Comentário à quarta revisão constitucional*, ob. cit., p. 296.

(363) Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 601.

dando igualmente os pontos coincidentes que possam existir sobre a ideia de “reforço” legislativo” ⁽³⁶⁴⁾.

Lei de valor reforçado há-de ser aquela que, a solicitação explícita do constituinte, de algum modo completa e precisa a constituição ⁽³⁶⁵⁾. *Adoptada segundo um procedimento em princípio intermédio entre o procedimento de revisão constitucional e o procedimento legislativo ordinário mas mais exigente que este último* ⁽³⁶⁶⁾, a lei de valor reforçado permite aligeirar a Constituição e facilitar adaptações não substanciais da organização dos poderes públicos ⁽³⁶⁷⁾.

Assim também escreve Blanco de Moraes, quando faz notar a referência a “matérias legislativas “paraconstitucionais” e de “importância constitucional reforçada” nos trabalhos preparatórios da primeira revisão ordinária da constituição ⁽³⁶⁸⁾.

Como avaliar este processo? As leis reforçadas — no sentido dinâmico que já apontámos em 6. — são-no no confronto com outras leis, “não no confronto de tratados ou até de acordos em forma simplificada. Os problemas a que se reportam são de Direito interno e irrelevantes para o Direito internacional. Assim, de harmonia como princípios gerais, qualquer convenção internacional vinculativa do Estado português prevalece sobre qualquer lei reforçada (e, obviamente, também sobre qualquer lei orgânica ou outra lei aprovada com procedimento especial)” ⁽³⁶⁹⁾.

⁽³⁶⁴⁾ *Idem, ob. cit.*, p. 601.

⁽³⁶⁵⁾ É este o entendimento claro que resulta da previsão das actuais Constituições francesa e espanhola. Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas, ob. cit.*, p. 308: “A sua densificação resulta das insuficiências manifestadas pelos princípios hierárquico-funcional e competencial, quanto ao propósito de poderem explicar relações especiais de prevalência entre leis ordinárias da mesma hierarquia, regiatadas numa dimensão predominantemente material”.

⁽³⁶⁶⁾ Seja a nível de procedimento ou enquanto parâmetro material expresso ou pressuposto de outro. Na Revisão Constitucional de 1982, deputados do PCP e da FRS falaram a este propósito de esferas legislativas constitucionais, dado o facto de se acentuar este carácter de desenvolvimento constitucional, como recorda cfr. Carlos Blanco de MORAIS, *As leis reforçadas, ob. cit.*, p. 559.

⁽³⁶⁷⁾ Leia-se J. P. CAMBY, *La loi organique dans la constitution de 1958*, in *RD*, Publ. 1989, 1401, e por todos, sobre o procedimento legislativo parlamentar Jorge MIRANDA, *El proceso legislativo parlamentario en Portugal*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y debates, Serie 10 Minor, Madrid, 1996.

⁽³⁶⁸⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas, ob. cit.*, p. 556.

⁽³⁶⁹⁾ Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos, ob. cit.*, p. 73.

Estas categorias são justificadas por BLANCO DE MORAIS com base em uma desconsideração da “mitologia da lei” ⁽³⁷⁰⁾ que se teria processado, nos termos expostos, através de um duplo percurso, teórico-funcional e positivo. “Quanto ao primeiro dos dois aspectos entende-se que, se a teleologia do estado social de direito concebe o acto legislativo como um critério político de decisão regulatória, apto para acorrer horizontal e verticalmente, a todas as relações da vida colectiva, ela não pode sufragar uma noção necessariamente material de lei, tendo em conta que a mesma comportaria uma indeterminação que se revelaria inteiramente desadequada em relação a “domínios de disciplina” onde essa generalidade não existe. Insuflar materialidade onde a mesma não tem razão plausível de existência, em nome de um idealismo conceptual, não só faria carecer o acto de normatividade e positividade, como constituiria uma forma de bloqueio virtual à operatividade do modelo interventivo do Estado Providência” ⁽³⁷¹⁾.

De facto, “Num Estado Social de Direito, onde a regulação caleidoscópica das relações jurídicas não se compadece com uma lei espartilhada numa reserva de conteúdo material, parece admissível definir a lei a partir de elementos positivos de identificação externa, emergindo de entre estes, em primeiro lugar, a forma” ⁽³⁷²⁾.

Esta forma analisa-se, para estas normas legais ordinárias “portadoras de um poder de vinculação material”, numa circunscrição propulsória positiva do molde configurativo das leis que delas são objecto ⁽³⁷³⁾.

Mas não deixa de abranger e fazer actuar simultaneamente uma capacidade de vedação e de imposição negativa ao legislador sub-primário: “Assim, num cenário de menor intensidade proibitiva, as leis paramétricas limitam-se a impor às leis-objecto obrigações de não contradição, frequentemente reveladas por expressões, tais como, o “órgãos A pode legislar sem contrariar os princípios”, ou “não pode legislar fora do pressuposto” de que ou “apenas pode legislar no limite dos critérios” ⁽³⁷⁴⁾.

Para BLANCO DE MORAIS, a capacidade positiva de vinculação material faz apelo aos pressupostos fundamentais do *critério da função directiva* — que como “corolário director de determinadas relações de prevalência

⁽³⁷⁰⁾ Veja-se a propósito Daniel LOSCHAK, *Le principe de légalité: Mythes et Mystifications*, AJDA, 1981, pp. 387 ss.

⁽³⁷¹⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 8.

⁽³⁷²⁾ *Idem*, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 101.

⁽³⁷³⁾ *Idem*, ob. cit., p. 316.

⁽³⁷⁴⁾ *Idem*, ob. cit., p. 316.

entre leis”, se assume como uma construção relativamente recente ⁽³⁷⁵⁾. Mas este autor não prescinde de um princípio da hierarquia-formal que implica “para além do poder revogatório com que habilita as leis dotadas de valor normativo superior, que estas últimas pofixar critérios directivos às leis infra-ordenadssam as, tal como sucede com as leis interpostas que operam na base do princípio funcional” ⁽³⁷⁶⁾, e claramente se fixa nas leis reforçadas pelo procedimento como sendo as únicas que verdadeiramente merecem esta designação.

Já JORGE MIRANDA *consegue contestar, como sempre o fez — mesmo no domínio de anterior ordenamento constitucional —, a recondução da invalidade dos actos jurídico-público à violação do princípio hierárquico*. Assim: “Um acto não seria só inválido quando ofendesse uma norma de grau superior. Muito pelo contrário: poderia certo acto posterior a outro, em vez de o revogar ou derogar, dever ter-se por inválido, ineficaz ou irregular, por ser dele discrepante. E isso pela razão singular de que este acto preexistente desempenharia a função de definir todo ou parte de um regime jurídico a que ficariam sujeitos os actos ulteriormente praticados do mesmo grau do ordenamento (quer tal regime se confinasse aos requisitos de forma, aos termos em que os actos deveriam ser produzidos, quer abarcasse alguns dos requisitos de fundo, objecto e as finalidades que deveria prosseguir)” ⁽³⁷⁷⁾.

Mas uma verdadeira referência à categoria das leis reforçadas só se encontra em 1979, quando GOMES CANOTILHO, “a propósito da contradição entre a lei do orçamento e a correspondente lei de enquadramento, apon-tava para a ideia de autovinculação”. Enquanto o legislador não revo-gasse ou alterasse expressamente as “leis reforçadas”, enquanto não se desvinculasse da sua autovinculação, parecia que esta teria, pelo menos, o efeito de explicar a existência de uma infracção ao princípio da legalidade através de um acto com valor legislativo” ⁽³⁷⁸⁾.

No âmbito da Revisão Constitucional de 1982, discussões travadas em torno da problemática e inovações teóricas com destaque na con-

⁽³⁷⁵⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, pp. 308 e 319.

⁽³⁷⁶⁾ *Ibidem*, *ob. cit.*, p. 323.

⁽³⁷⁷⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 345.

⁽³⁷⁸⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 346, e BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 552. O escrito de GOMES CANOTILHO é *A lei do orçamento na teoria da lei*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, obra colectiva, II, Coimbra, 1979, pp. 582 e 583.

ceptualização do sistema normativo, encontram eco no projecto de constitucionalização de leis ordinárias dotadas de uma maior rigidez, apresentado pela Frente Republicana e Socialista ⁽³⁷⁹⁾. Mas “para as leis que, no decurso dos trabalhos preparatórios, foram identificadas como carentes de requisitos processuais que favorecessem consensos inter-orgânicos ou intra-orgânicos, não foi proposto qualquer *nomen juris* próprio, tendo sido, aliás, parcas as tentativas que se registaram para uma acrescida qualificação doutrinária da sua natureza.”, como descreve BLANCO DE MORAIS ⁽³⁸⁰⁾. Este autor acaba por apelidar de “empírica” esta consideração de “rigidez intermédia no universo das leis ordinárias” ⁽³⁸¹⁾, dado que foi efectivamente escassa a construção dogmática em torno nos conceitos de “reforço” e de “paraconstitucionalidade”, sem no entanto olvidar o ponto positivo em que se traduz o facto de pela primeira vez se encontrar um debate — por incipiente que fosse — sobre a questão.

É logo a seguir à Revisão Constitucional de 1982, que JORGE MIRANDA adopta também, para a sua construção doutrinal, o conceito de lei reforçada, mas ligando-o indubitavelmente a “diferenciação de funções e a proeminência não hierárquica” ⁽³⁸²⁾. Este autor é aqui claro ao fazer abranger por esta problemática “quer a relação entre as leis gerais da República e os decretos legislativos regionais quer a relação entre as leis que denominaríamos como leis ordinárias reforçadas e as leis ordinárias comuns (e aqui discernindo ainda autovinculação e heterovinculação, assim como subordinação de carácter especial)” ⁽³⁸³⁾.

Ao invés de BLANCO DE MORAIS ⁽³⁸⁴⁾, que se refere ao valor reforçado como pressuposto de uma “força formal negativa” superior que reconhece e critica numa óptica apodada de funcionalista, para JORGE MIRANDA, “afigura-se que ‘valor reforçado’ pode associar-se mais a elementos de conteúdo, de substância, de parametricidade do que a elementos formais ou procedimentais. E não se vislumbra porquê encarar os diversos subtipos e subcategorias de actos legislativos por referência às leis orgânicas; preferível será tomá-los cada um *de per si*, por aquilo que representam, e depois procurar uma percepção globalizante e siste-

⁽³⁷⁹⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 556.

⁽³⁸⁰⁾ *Idem*, *ob. cit.*, p. 559.

⁽³⁸¹⁾ *Idem*, *ob. cit.*, p. 561.

⁽³⁸²⁾ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 346.

⁽³⁸³⁾ *Idem*, *ob. cit.*, p. 346.

⁽³⁸⁴⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 630.

mática em que se integrem a prática dos órgãos legislativos e a jurisprudência” (385).

Aliás, diga-se mesmo que a preferência de BLANCO DE MORAIS por um critério predominantemente — se é que não exclusivamente — formal, *parece ser contraditada por afirmações do mesmo autor, quando refere por exemplo que, no âmbito da prevalência legislativa, encontramos uma “relação jurídica de concorrência entre dois actos legislativos pertencentes a um mesmo sistema normativo geral, ou existência de um quadro de coincidência em “áreas-limite” entre leis ditadas pelo mesmo órgão, e afectadas a domínios distintos mas tangentes” ou a “capacidade de um acto investido num estatuto prelativo afectar revogatória ou suspensivamente a vigência de outro (prevalência no universo de eficácia), ou de um acto portador de uma função proeminente se supra-ordenar em relação ao conteúdo de outro acto legislativo (prevalência no universo de validade)”* (386). Ou mesmo quando admite que “No respeitante aos critérios teleológicos que a Lei fundamental privilegia, a sua incidência é variável, em função das relações positivas entre as leis” (387). De facto, parece-nos evidente que a “impossibilidade de elaboração de uma construção dogmática de lei de valor reforçado sustentada a aplicação de critérios heterogéneos não cumuláveis” (388), não impõe a opção por um deles, como redutoramente parece ser o caso de Blanco de Moraes, mas antes possibilita uma riqueza mirífica de classificações, como aquelas a que procede JORGE MIRANDA (389). Assim, encontramos de acordo com um critério atinente:

- ao *objecto* — leis com objecto idêntico ao das leis que vinculam e com objecto distinto;
- ao *conteúdo* — leis directivas ou limitativas;
- à *função* — leis de impulsão, de habilitação ou garantia;
- à *vinculação* — leis de vinculação específica e de vinculação genérica;

(385) Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, p. 351.

(386) Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 327.

(387) *Idem*, *ob. cit.*, p. 325.

(388) *Idem*, *ob. cit.*, p. 636.

(389) Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, *ob. cit.*, pp. 75 a 79, e Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, *ob. cit.*, pp. 358 a 361.

- à *densificação do conteúdo* — leis com e sem liberdade de densificação;
- à *competência* — leis de reserva absoluta ou relativa da AR, ou em matéria reservada às assembleias legislativas regionais;
- às *relações entre órgãos* — leis que impõem uma autovinculação, uma heterovinculação ou uma vinculação plural;
- ao *procedimento* — leis agravadas por iniciativa externa, ou por maioria agravada.

Do mesmo modo, e salientando a existência de critérios bastante heterogêneos, GOMES CANOTILHO ⁽³⁹⁰⁾ encontra critérios relativos:

- à *forma* e ao *procedimento* que se traduziria na existência das leis orgânicas;
- a uma *mais valia legitimatória*, dada a maioria reforçada exigida para a sua aprovação;
- à *parametricidade específica*, no caso de leis que são pressupostos normativos necessários de outras leis;
- à *parametricidade geral*, quando estejam em causa leis que devam ser respeitadas por outras leis.

Apesar da incoerência das alterações de 1997, que já assumimos, não nos é possível concordar com BLANCO DE MORAIS, quando entende que a LC n.º 1/97 “desfigurou uma noção dogmática preexistente de lei reforçada para converter o novo conceito num albergue espanhol de leis de regime totalmente dissemelhante, com o fim translúcido de reanimar um sistema de controlo normativo inútil, moribundo e redundante, como é o sistema de fiscalização da legalidade” ⁽³⁹¹⁾. Nomeadamente parece-nos estranho que se permita esta crítica a um sistema essencial para a aferição de parâmetros normativos que não o constitucional. É que não está em causa uma ressurreição gratuita mas uma reabilitação necessária, nomeadamente

⁽³⁹⁰⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 726.

⁽³⁹¹⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., pp. 1100 e 1093, quando salienta que “Não é sequer admissível invocar que o ‘valor reforçado’ seja o único ‘direito legisaltivo’ defendido pelo controlo de legalidade, dado que ‘valores’ como os da hierarquia — (...) — e da parametricidade material negativa de certas leis — (...) — são igualmente garantidos pelo referido regime de fiscalização”.

quando temos como certo que a fiscalização da constitucionalidade não absorve todas as situações de potencial ilegalidade ⁽³⁹²⁾.

Ora se assim é, e se, como dissemos, “nenhuma lei é, por natureza, dotada de maior força do que outra, também nenhuma lei reforçada é mais reforçada do que outra. Não há relações *hierárquicas* entre leis reforçadas” ⁽³⁹³⁾, então bem anda JORGE MIRANDA quando percebe que “A qualificação de uma lei como reforçada não depende da qualificação que o legislador lhe confira. Depende da verificação dos requisitos constitucionalmente fixados, os quais têm que ver essencialmente com o objecto da lei, com as matérias sobre que versa, com a função que pretende exercer e, em alguns casos, complementarmente com o respectivo procedimento” ⁽³⁹⁴⁾.

Apenas se trata de perceber que está em causa um valor de estabilidade normativa que reveste um critério de essencialidade ⁽³⁹⁵⁾, e que se justifica em situações em que, “em razão da importância política de uma matéria, o constituinte impõe no processo de vontade atinente à sua disciplina legislativa, um maior número de adesões, o qual intensifica a decisão, limita a liberdade de volição do decisor e torna as leis imodificáveis por uma vontade normativa simples, necessariamente menos intensa”.

De modo perfunctório, JORGE MIRANDA consegue identificar ⁽³⁹⁶⁾, no texto actual da Constituição, as seguintes espécies de leis reforçadas, em sentido restrito:

- Lei do Estado de sítio e emergência;
- Lei do Orçamento do Estado ⁽³⁹⁷⁾;
- Regime dos Planos de desenvolvimento económico e social;
- Lei relativa às condições de recurso ao crédito público;
- Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado ⁽³⁹⁸⁾;

⁽³⁹²⁾ Apesar da redução de espaço que decorre da Revisão Constituinte de 1997, que reconhecemos.

⁽³⁹³⁾ Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, ob. cit., p. 79.

⁽³⁹⁴⁾ *Idem*, ob. cit., p. 80.

⁽³⁹⁵⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 624.

⁽³⁹⁶⁾ Jorge MIRANDA, *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, ob. cit., pp. 73 a 75.

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. António LOBO XAVIER, *O orçamento como lei*, Coimbra, 1990.

⁽³⁹⁸⁾ Cfr. António LOBO XAVIER, *Enquadramento orçamental: alguns problemas*, in *Revista do Direito e da Economia*, ano IX, n.ºs 1 e 2, 1983.

- Leis de Autorização Legislativa;
- Leis de Bases;
- Leis ou lei do regime de referendo;
- Estatutos político-administrativos das Regiões Autónomas;
- Lei do regime de criação, extinção, e modificação territorial das autarquias locais;
- Lei quadro de adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais;
- Orçamentos regionais;
- Lei de criação das regiões administrativas;
- Lei quadro das reprivatizações.

GOMES CANOTILHO ⁽³⁹⁹⁾ procede a uma arrumação distinta, distinguindo entre as leis em que vislumbra uma primariedade material ⁽⁴⁰⁰⁾ ou um mero agravamento pelo procedimento ⁽⁴⁰¹⁾.

Já BLANCO DE MORAIS ⁽⁴⁰²⁾ consegue identificar no n.º 3 do artigo 112.º subcategorias procedimentais, ensinando que a enumeração de leis agravadas pelo procedimento é exemplificativa e que no âmbito das leis materialmente paramétricas se distinguem as de natureza pressuposta e as de natureza materialmente interposta. É assim que este autor chega a identificar leis reforçadas em sentido restrito, dogmático ou próprio — que correspondem às leis ordinárias rigidificadas pelo procedimento ⁽⁴⁰³⁾ —, e em sentido impróprio ou amplo, “as quais se firmam como padrão de controlo de legalidade de outras leis e abarcam, quer as leis reforçadas sem sentido próprio, (...) quer as leis reforçadas em sentido impróprio que são os actos legislativos materialmente paramétricos” ⁽⁴⁰⁴⁾.

⁽³⁹⁹⁾ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 696.

⁽⁴⁰⁰⁾ Como é o caso das leis de bases face aos decretos-leis de desenvolvimento e aos decretos legislativos regionais de desenvolvimento.

⁽⁴⁰¹⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., pp. 1102 e 1104.

⁽⁴⁰²⁾ *Idem*, ob. cit., p. 1099.

⁽⁴⁰³⁾ Para explicação pormenorizada cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., pp. 637 ss. e 643.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., pp. 1099 e 1093: “Não existe, em consequência do exposto, um nexó de conexão lógica normativamente suportado que nos indique que as leis de base e de autorização possam ser padrões de controlo de legalidade de outras normas, que a qualidade paramétrica que lhes subjaz seja pressuposto desse sistema de controlo, ou que o seu ‘poder subordinante’ seja assimilável ao valor reforçado”.

BLANCO DE MORAIS rejeita assim o cerne das teses ditas monistas, para as quais o valor reforçado consiste na “função de proeminência material atribuída a certas leis nas suas relações com outra ou com outras leis, caracterizadas por idêntica hierarquia” (405). E como argumento para a sua posição esclarece ainda que “as leis orgânicas não se arrogam, salvo num caso, a essa função supra-ordenadora desenvolvida sobre outros actos legislativos”, pelo que no seu entender “não serão, por consequência, salvo no âmbito da excepção considerada, leis com valor reforçado” (406).

Mas repare-se que mesmo GOMES CANOTILHO (407) concorda que não é claro, porém, o sentido jurídico e político-constitucional da categoria de *leis orgânicas* introduzida na Constituição de 1976 através da Lei de Revisão n.º 1/89. De facto, seria incorrecto dizer-se como já vimos, que elas correspondem ao modelo francês de *lois organiques* (408), mas também não se identificam com *as leyes organicas* a que corresponde um leque de matérias mais extenso, bem distinto do âmbito de matérias previstas no artigo 166.º da CRP.

Como refere BLANCO DE MORAIS (409), limitou-se o texto constitucional a declarar o valor reforçado das leis orgânicas (artigo 115.º/2) a proceder à sua extensão a outras leis não orgânicas, as quais não identifica e a determinar a ilegalidade para as normas legais que violarem as leis portadoras do referido valor, criando deste modo, em trono da noção de “valor reforçado”, um conceito jurídico indeterminado” (410). Daí que à luz da Revisão de 1989, a noção de lei orgânica correspondesse à de “acto legislativo em relação ao qual a constituição confira a disciplina exclusiva de uma reserva material e fixe uma tramitação permanente e agravada para a respectiva produção, alteração, revogação e suspensão, devendo a mesma tramitação relevar objectivamente para o aumento da respectiva força passiva, a qual se encontra garantida pelo sistema de fiscalização jurisdicional de validade das normas legais” (411).

(405) Cfr. Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 1096.

(406) *Idem*, *ob. cit.*, p. 1096.

(407) José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, p. 695.

(408) Dominique ROUSSEAU, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, *ob. cit.*, pp. 100 e 163 a 165, sobre as *lois organiques* e seu controle.

(409) Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 589, acentuando a ambiguidade constitucional e abertura relativa do conceito de lei de valor reforçado na Revisão de 1989.

(410) Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, *ob. cit.*, p. 627.

(411) *Idem*, *ob. cit.*, p. 643.

Esta lei orgânica, expressão de valores substanciais do Estado poderia ser infringida por uma lei ordinária em três hipóteses, que no entanto nada têm a ver com o procedimento, como salienta JORGE MIRANDA ⁽⁴¹²⁾:

- no caso de contradição entre uma lei e um decreto lei sobre matérias militares e lei de bases gerais das forças armadas — artigo 164.º/d, 2.ª parte;
- no caso de incumprimento da lei do regime de estado de sítio e de emergência pela declaração — artigos 164.º/e, 19.º/7 e 138.º/3;
- a partir de 1997 em caso de desrespeito da lei relativa à criação das regiões administrativas ⁽⁴¹³⁾.

A relação entre as leis reforçadas leva necessariamente a questionar, como aliás o faz BLANCO DE MORAIS:

- se a reserva é realidade absolutamente fixa ou há espaços de tangência com reservas intra-orgânicas alheias;
- a “resolução de conflitos emergentes entre leis reforçadas incursivas no campo da reserva parlamentar comum e leis ordinárias comuns que, a título sucessivo, procurem recuperar por via revogatória, a regulação pertencente a esta última reserva”.

Parece é de todo claro que não é de sufragar o entendimento restritivo de BLANCO DE MORAIS, e antes conferir primazia ou proeminência funcional à densificação de um programa normativo ⁽⁴¹⁴⁾, tal como o desejou o legislador constituinte.

8. CONCLUSÕES — O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E AS LEIS DE VALOR REFORÇADO

A normação no Estado Constitucional, Representativo e de Direito, e mormente num Estado de Direito Democrático, há-de necessariamente

⁽⁴¹²⁾ Leia-se Jorge MIRANDA, em *A CRP de 1997 — Sistema de actos legislativos*, ob. cit., p. 92, e *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, ob. cit., p. 352.

⁽⁴¹³⁾ Jorge Miranda é claro ao acentuar que uma lei ordinária comum só poderá violar, fora destes caos, uma lei orgânica nos casos de desrespeito dos artigos 168.º e 136.º/3 caso em que se verificará uma inconstitucionalidade formal.

⁽⁴¹⁴⁾ Jorge MIRANDA, *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, ob. cit., p. 942.

desenvolver-se no quadro de uma traçada separação de poderes. *Esta doutrina — entendida simultaneamente enquanto princípio jurídico de actuação e de limitação — visa, de acordo com a lição dos mais reputados autores, a prossecução de um objectivo de racionalidade que se verte no próprio conceito de lei.* De facto, o conceito de lei incorpora, desde o estádio liberal, uma ideia de racionalidade a que não está alheia a ínsita generalidade — expressão da vontade popular — que até hoje — e ao contrário da característica da abstracção — é herança rousсенiana no cenário legiferante.

É que esta generalidade pressupõe e implica uma igualdade posicional dos sujeitos-cidadãos que são emissores — por via do princípio democrático — e destinatários das normas. Sob esta perspectiva, parecerá claro que a legitimidade democrática é hoje bastante mais exigente do que uma estéril consagração de um formal parlamentarismo.

Mais do que mera representatividade exige-se hoje verdadeira representação. Ora, neste âmbito, foi a função legislativa aquela que inquestionavelmente desde sempre — e mormente no seio do constitucionalismo moderno de matriz liberal e revolucionária — maior necessidade de definição suscitou e continua a suscitar. De facto, isto é assim não apenas no que respeita aos respectivos traços caracteriológicos identificativos, como no que tange à necessidade de confronto *vis a vis* com as restantes funções admitidas.

O princípio da legalidade, afirmado inequivocamente no dealbar do Século XVIII, mas almejado desde a Antiguidade Clássica, tem merecido atenção da doutrina, nas suas formas e funções mais variadas. O conceito de lei — formal e material — associado a este princípio recorre inevitavelmente àquele outro de força de lei. Ora, neste âmbito, surge como provável que a consideração das chamadas “leis de valor reforçado” implique uma redefinição da caracterização da função legislativa e, portanto, do critério utilizado para a individualização das funções do Estado.

De facto, esta categoria ou subespécie de leis de valor reforçado vem tumultuar, por uma banda, o princípio da legalidade e, por outra banda, a consagração do princípio democrático.

Quanto ao primeiro, falar-se-á eventualmente de uma autovinculação pelo legislador ou de uma vinculação de segundo grau, apesar da vertente funcional e não hierárquica que se costuma assinalar às leis de valor reforçado. Podemos pois aqui dizer que aquele princípio da legalidade deixa apenas de ser entendido enquanto face externa da função legislativa e limite e parâmetro de controlo e fiscalização da Administração. *Ou seja,*

a lei de valor reforçado implica que o princípio da legalidade autoregula a própria função legislativa e não ordena apenas exteriormente as restantes funções do Estado. Ou seja, pelo menos, implica que este princípio da legalidade se aplique curiosamente, enquanto autovinculação também ao órgão legislativo que o é por excelência, e não apenas ao Governo enquanto órgão não primacialmente legislativo ⁽⁴¹⁵⁾.

Ou seja, o controlo é feito, pelas leis de valor reforçado, dentro do âmbito da própria função legislativa e, dentro desta, intraorganicamente e não apenas no seio de uma relação interórgãos. Esta susceptibilidade de controlo interno consubstancia-se no retemperamento do sistema de controlo da legalidade, entre nós também a cargo do Tribunal Constitucional por expressa determinação da Constituição, mas sempre entendido enquanto parente pobre — quando não mesmo rejeitado — do sistema do fiscalização da constitucionalidade.

Enquanto escalão intermédio da normação, a verdade é que as leis de valor reforçado, da Assembleia da República, se ancoram também no princípio democrático. Quer porque implicam uma relação de parametricidade genérica substancial, quer porque directamente vinculam actos legislativos que se encontram em relação de estrita dependência, quer porque resultam de um procedimento formal agravado, traduzem uma composição de interesses *reforçadamente* legitimada.

Repare-se que à relação *Constituição — Lei — Regulamento*, o sistema ora em causa antepõe a sequência *Constituição — Lei Reforçada — Lei — Regulamento*. Não têm assim razão os que descortinam nesta nova categoria uma preocupante redução dos níveis de garantia propiciados pelo princípio da legalidade e pelo princípio democrático. Muito pelo contrário, as leis de valor reforçado antes consolidam esta concatenação. O que parece no entanto incontornável é que esta intermediação faz restringir o leque da oportunidade política de conformação que se concede ao legislador. Mas esta certeza não nos coloca ao lado dos que vêm aqui résteas de perigoso “funcionalismo”, nem podemos concordar que “Semelhante politicidade acaba por transportar consigo o risco da conversão do momento concretizador do estádio teleológico, numa “carta em branco” colocada à mercê do subjectivismo inerente à matriz política do intérprete” ⁽⁴¹⁶⁾.

⁽⁴¹⁵⁾ Como no caso das leis de autorização e das leis de bases em relação, respectivamente, aos decretos leis autorizados e os decretos leis de desenvolvimento. É aqui de todo relevante a matéria de controlo de legalidade.

⁽⁴¹⁶⁾ Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 618.

Mas repare-se que a preocupação do legislador constituinte foi a de que esta categoria — com implicações sérias de regime, v. g. *maxime* no caso das leis orgânicas — pudesse corporizar valores que alguns autores designarão de “paraconstitucionais” ⁽⁴¹⁷⁾. Por isso mesmo não concordamos com BLANCO DE MORAIS, quando se refere à transformação do intérprete “numa Câmara de Revisão Constitucional, num oráculo supostamente mais apto do que o legislador constituinte para predizer o futuro e para “contradizer a maioria legislativa de hoje com os valores da maioria de amanhã. A existirem “valores constituintes” de alcance estruturante, estes prender-se-ão intrinsecamente à plenitude da própria soberania, inerente à decisão constituinte originária e ao princípio democrático que rege uma sociedade aberta.

É essa mesma soberania e estrutura democrática que impõe que qualquer mutação no sentido das normas constitucionais deva ser decidida por via de um itinerário de revisão e não por um intérprete que pretenda impor consensos e a sua noção subjectiva de valores, ao resto da colectividade, ou que intente descobrir os seus próprios valores em nome desta” ⁽⁴¹⁸⁾.

É que, parece-nos, esta crítica não procede por olvidar uma essencial distinção de natureza — que não é meramente de grau — entre o que seja legislação ordinária e legislação fundamental. Não queremos com isto dizer que não seja desconcertante e criticável a desconexão que nomeadamente o legislador constituinte de 1997 entendeu introduzir na nossa carta fundamental. Aqui sim, partilhamos das críticas contundentes da doutrina e aceitamos mesmo que aqui estejam latentes “problemas interpretativos de um conceito normativo indeterminado” que seja o de lei reforçada ou de valor reforçado ⁽⁴¹⁹⁾.

Mas firmemente cremos que não podemos correr o risco, enquanto queiramos proceder a uma análise racional deste instituto, de prescindir de conceitos úteis em virtude de críticas menores. É que a relação de respeito pelas leis de valor reforçado *justamente* implica:

- *Solenização e estabilização normativa com rigidez propiciadora de durabilidade temporal;*

⁽⁴¹⁷⁾ Veja-se a referência feita em 8.

⁽⁴¹⁸⁾ Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 597.

⁽⁴¹⁹⁾ *Idem*, ob. cit., p. 602.

- *Excepção à incidência do critério maioritário como método básico de decisão política tangente;*
- *Inserção da legislação assim produzida numa área de consenso ou compromisso que a retira do campo normativo próprio da conflitualidade política* ⁽⁴²⁰⁾.

Assim sendo, o “escopo das leis reforçadas acaba por obter um fundamento justificante em princípios fundamentais que integram a unidade material da ordem constitucional vigente. — modelo democrático de Estado, em que se assumem como uma norma de origem representativa e se integram no quadro das manifestações normativas de vocação consensual, próprias dos estados sociais de direito” ⁽⁴²¹⁾. *Daqui resulta que, ao invés do que injustamente se retiraria de uma primeira e apressada análise, as leis de valor reforçado parecem traduzir-se não em limitações, mas em verdadeiro corolário e real sequência dos princípios tipicizados que concretizam o Estado de Direito Democrático — contexto em que se desenvolve a actividade política de legiferação.*

⁽⁴²⁰⁾ O elenco é de BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 621.

⁽⁴²¹⁾ Ainda Carlos BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, ob. cit., p. 623.

No mesmo sentido, veja-se a sua obra *Reinventar a Democracia*, Cadernos Democráticos, Gradiva, 1998.