

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES

**O PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS
INCONSTITUCIONAIS PELA
AUTORIDADE ADMINISTRATIVA
NO DIREITO PORTUGUÊS
E NO DIREITO BRASILEIRO**

Sergio Antonio Fabris Editor

**O PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS
INCONSTITUCIONAIS PELA
AUTORIDADE ADMINISTRATIVA
NO DIREITO PORTUGUÊS E
NO DIREITO BRASILEIRO**

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES

*Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra*

*Professora de Teoria da Constituição da PUC-Minas
Coordenadora da Faculdade de Direito de Bom Despacho da
UNIPAC – Universidade Presidente Antônio Carlos*

**O PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS
INCONSTITUCIONAIS PELA
AUTORIDADE ADMINISTRATIVA
NO DIREITO PORTUGUÊS E
NO DIREITO BRASILEIRO**

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre / 2002

© Ana Cláudia Nascimento Gomes

Editoração Eletrônica: *Formato Artes Gráficas*
Rua Itapema, 299 – Cachoeirinha – RS
Fone (0xx51) 441-2898
CNPJ: 73.390.007/0001-30

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, a
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Riachuelo, 1238 – Centro
Fones (0xx51) 3227-5435 – 08000-516118
CEP 90010-273 – Porto Alegre – RS



Rua Santo Amaro, 345 – Bela Vista
Fones (0xx11) 3101-5383/3101-7039 – 0800-7712421
CEP 01315-001 – São Paulo – SP

*Aos Eduardos da minha vida:
meu pai, eterna paixão e companheiro
constante nos momentos solitários;
meu irmão; melhor amigo;
meu sobrinho, mais recente alegria.*

*À minha mãe Eliana, profundamente
amada por mim e por todos
os Eduardos da minha vida.*

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	13
OBSERVAÇÕES FORMAIS	15
OBSERVAÇÕES MATERIAIS	17
PLANO DA DISSERTAÇÃO	19
LISTA DE ABREVIATURAS	21
APRESENTAÇÃO	23
INTRODUÇÃO	25
O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO.....	35
<i>O porquê da não automatização dos direitos portugueses e brasileiro: mais semelhanças do que diferenças</i>	

PARTE I VISÃO ANALÍTICA

Fundamentos Teóricos para a Leitura e a Interpretação das Constituições Portuguesa e Brasileira	39
1. Compreensão Jurídico-Histórica: A Significação do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e do Princípio da Legalidade em face do Princípio Constitucional da Separação dos Poderes ..	39
1.1. Considerações Preliminares	39

1.2. Estado de Direito; Separação dos Poderes e Princípio da Legalidade Administrativa	42
1.3. O Estado Social: A Separação das Funções Primordiais e o Princípio da Legalidade.....	49
1.4. Jurisdição Constitucional e Controle da Constitucionalidade das Leis	57
1.5. O Princípio Constitucional da Separação dos Poderes e a Repartição de Competências Constitucionais	68
1.6. As Exigências de Racionalização na Administração Pública. O Princípio da Eficácia Administrativa <i>versus</i> o Princípio da Legalidade Administrativa. O Princípio da Juridicidade da Atuação da Autoridade Administrativa	86

PARTE II

QUAL A QUALIFICAÇÃO DO PODER

Posicionamento Fundamental: Legitimidade ou Poder de Fato?	99
2. O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa como Extraordinariamente Legítimo.	99
2.1. Considerações Iniciais	99
2.2. O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa como Extraordinariamente Legítimo	101
2.2.1. O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa Afigura-se Ordinariamente Ilegítimo	101
2.2.2. A Legitimidade do “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa não é uma “Impossibilidade Jurídica”	107
2.2.3. O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa como Ilegítimo, ainda que Exercido de Modo Extraordinário.....	114
2.2.4. Quando o “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa Afigura-se Extraordinariamente Legítimo?.....	117

PARTE III

RAZÃO DE ORDEM

Lei Inconstitucional e Heterovinculação da Administração Pública?	121
3. A Inconstitucionalidade da Lei no Direito Português e no Direito Brasileiro não Inviabiliza Absolutamente o Reconhecimento de sua Precária Vigência. A Regra da Heterovinculação Apriorística da Administração Pública à Lei Inconstitucional.....	121

3.1. Inconstitucionalidade e Princípio da Segurança Jurídica: Sentença Constitucional com Efeitos <i>Ex Nunc</i> . Heterovinculação Apriorística da Administração Pública à Lei Inconstitucional.....	121
---	-----

PARTE IV

O QUANDO DO PODER

1ª hipótese: O Juízo Administrativo sobre a Inconstitucionalidade da Lei Fundado num Prévio Juízo Jurisdicional de Inconstitucionalidade: A Jurisprudência Constitucional como Fonte de Juridicidade Administrativa.....	131
4. O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa como Extraordinariamente Legítimo.....	131
4.1. A Jurisprudência Constitucional como Fonte de Juridicidade Administrativa: O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” Extraordinariamente Legítimo com Supedâneo no entendimento das Cortes Constitucionais.....	131
4.2. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e a Jurisprudência Constitucional que Importa ao “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” Excepcionalmente Legítimo.....	137
4.1.1. Portugal.....	137
4.2.2. Brasil.....	154
4.3. Conclusão	164
2ª hipótese: Leis Manifestamente Inconstitucionais?.....	166
5. Leis Manifestamente Inconstitucionais? A Tentativa de Identificação de Critérios Indicadores da Evidência	166
5.1. A Inconstitucionalidade Manifesta da Lei como Fundamento do “Poder de Rejeição” Extraordinariamente Legítimo	166
5.1.1. Brasil.....	179
5.1.2. Portugal.....	186
5.3. Conclusão	195
3ª hipótese: Os Direitos, Liberdades e Garantias. Quando a Dignidade da Pessoa Humana Está em Causa	196
6. A Vinculação da Administração Pública pelos Direitos, Liberdades e Garantias. A Aplicabilidade Imediata dos DLG e o “Dever de Rejeição de Leis Inconstitucionais”.....	196
6.1. A Aplicabilidade Direta dos DLG, a Dignidade da Pessoa Humana e a Responsabilidade do Estado como Justificativa do “Dever de Rejeição de Leis Inconstitucionais”	196
6.1.1. A Aplicabilidade Direta dos DLG	200

6.1.2. A Vinculação das Entidades sob Formas Jurídico-Privadas de Organização/Atuação aos DLG	213
6.1.3. A Inconstitucionalidade	219
6.1.4. O “Dever de Rejeição”: Precaução e Proteção dos DLG.....	224
6.2. Conclusão	229
4ª hipótese: “Decisões Administrativas Parajurisacionais”? Quando a Administração Pública Realiza uma Composição Jurídica de Conflitos, com Relativa Independência e na Defesa de Direitos Fundamentais Determinados	231
7. Reserva Relativa de Jurisdição; Garantia de Acesso aos Tribunais e Decisões Administrativas “Parajurisacionais”	231
7.1. Decisões Administrativas “Parajurisacionais”? O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” nos “Julgamentos” elaborados de forma independente” pela Autoridade Administrativa.	231
7.1.1. Brasil	253
7.1.2. Portugal	260
7.2. Conclusão	265
5ª hipótese: O Direito Infraconstitucional Pretérito não Recepcionado pela CRP e pela CF: Uma Questão Situada entre o Direito Intertemporal e o Direito Constitucional. Para uma Valorização da Eficácia Revogatória da Constituição.....	267
8. Leis Pré-Constitucionais Inconstitucionais?.....	267
8.1. O Direito Ordinário Pretérito Contrário à CRP e à CF: Revogação ou Inconstitucionalidade Superveniente? A Jurisprudência como Fator Explicitante. O “Poder de Rejeição das Leis Pré-Constitucionais Inconstitucionais”	267
8.1.1. Portugal.....	275
8.1.2. Brasil	277
8.2. A Jurisprudência Apenas como Fator Explicitante do Efeito Revogatório da Constituição, em Respeito ao Princípio da Segurança Jurídica	280
8.3. Conclusão	284
6ª hipótese: Reserva de Administração Face ao Legislador? A Eficácia e a Racionalidade Administrativa contra a Visão Garantística do Princípio da Legalidade. Estudo Peculiar da CRP.....	285
9. Há Relação entre “Reserva de Administração” e “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”?.....	285
9.1. Reserva de Administração na CRP? O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” e a Defesa da Seara Própria da Autori-	

dade Administrativa Contra a Lei. Argumentação Procedente ou Improcedente?	285
9.2. “Reserva de Governo” e “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”	292
9.3. Conclusão	297

PARTE V

O QUEM E O COMO DO PODER

Qual a Autoridade Administrativa Legítima para Exercer o “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”? Como Proceder a esse Exercício?	299
10. Os Outros Condicionamentos do “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” Extraordinariamente Legítimo	299
10.1. Considerações Iniciais	299
10.2. <i>Quem?</i> A Tentativa de se Compor uma “Unidade no Pluralismo” para Efeitos do “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”	307
10.3. <i>Quem?</i> E Quando em Causa Violação da “Trilogia” DLG?	329
10.4. <i>Como?</i> Os Ônus que a Formulação do Ato Administrativo de Desaplicação da Lei Pressupõe	336
10.4.1. O Dever de Fundamentação Expressa	339
10.4.2. O Dever de Notificação do Ministério Público	344
10.4.3. O Dever de Notificação da Entidade Administrativa que Tem Poderes de Tutela sobre a Entidade Administrativa Autora do Ato de Desaplicação: Resguardando-se o Princípio da “Unidade da Ação Administrativa” ao Nível Intersubjetivo da Administração	347
10.4.4. O Dever de Dar Pleno Conhecimento Público ao Ato de Desaplicação	348
10.4.5. O Princípio da Não-Autovinculação da Administração Pública ao Ato de Desaplicação	350
10.5. Conclusões	352
CONCLUSÃO	355
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	359
ANEXO	
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA	
V Revisão Constitucional	367

AGRADECIMENTOS

O trabalho que foi desenvolvido não é mais do que o resultado de uma reunião de esforços. Inúmeros amigos, familiares e professores merecem o meu especial agradecimento pela participação direta ou indireta na confecção de minha Dissertação. Desde já meu sincero obrigado a todos eles. E ainda que não identifique nomes, eles sabem quem são.

Inicialmente, dirijo os meus agradecimentos à douta Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT), do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) de Portugal, pelo substrato material que tornou viável a abdicação do trabalho e a dedicação exclusiva à Dissertação durante esses últimos meses.

A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra é a outra instituição que merece meu particular aplauso. Fui recebida no Curso de Mestrado com indistinação e, por isso, nela me sinto perfeitamente em casa. Os seus funcionários, especialmente aqueles diretamente relacionados com o seu acervo bibliográfico, proporcionaram-me um auxílio de inestimável valor. Registro, por isso, meus agradecimentos a essa vetusta e honrada Faculdade, por toda a sua hospitalidade e amparo.

Devo também agradecimentos ao Senhor Doutor Vital Moreira; meu professor no Curso de Mestrado na Disciplina de Direito Administrativo. Certamente ele não sabe, mas seu ministério me acordou

para as transformações do Direito Administrativo e foi decisivo para que eu observasse com olhos fixos essa matéria da qual eu antes tentava escapar.

Agradeço, do mesmo modo, os ministérios do Senhor Doutor Professor Alves Correia e do Senhor Doutor Leite de Campos; também meus ilustres professores no Curso de Mestrado, respectivamente nas cadeiras de Direito Constitucional e Direito das Finanças Privadas.

O meu mais profundo agradecimento destina-se ao Senhor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, meu prezado Orientador. O seu nome sempre foi para mim uma referência em Direito Constitucional. Lembro-me que logo nos meus primeiros anos académicos, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (em Belo Horizonte), tive a oportunidade de ler parte da sua tese de Doutoramento *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Aqui reside a primórdia causa da minha vinda para a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E se a sua referência já era marcante nessa altura; os contatos pessoais em razão da Orientação acirraram-na ainda mais. Não só pelo seu extenso e profundo conhecimento jurídico; mas, principalmente, pela simplicidade e atenção no trato com alguém que em nada mais lhe poderia engrandecer. Nisso está verdadeiramente o seu maior título.

Por fim, não poderia deixar de agradecer a minha família portuguesa: Ana Margarida, Odette, Teresa e Pedro; com a certeza de que nosso elo vencerá qualquer distância e tempo.

Coimbra, Outubro de 2001
Ana Cláudia Nascimento Gomes

OBSERVAÇÕES FORMAIS

I) Quanto ao português

Em conformidade com as orientações do Senhor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, optou-se por fazer uso do Português consoante é regulamente escrito no Brasil, com as suas especificidades ortográficas.

II) Quanto às indicações bibliográficas

No texto, salvo a primeira referência da obra, todas as suas restantes foram sinteticamente mencionadas. Assim, as citações primárias apresentam o nome completo do autor e todos os dados possíveis para a identificação de sua obra, enquanto as posteriores registram apenas o correlativo nome e algumas palavras identificadoras do título do texto.

Ademais, fez-se uso corrente das siglas constantes da “Lista de Abreviaturas”.

A Bibliografia colacionada no final da Dissertação pretendeu conglobar todas as obras citadas durante o discurso. Todavia, para maior transparência e rigor científicos, distinguiu-se devidamente as

obras que tiveram importância substancial para a confecção da tese daquelas que foram consultadas apenas marginalmente, a título de fonte secundária.

Aliás, tendo em vista que o tema da Dissertação se contextualiza nos sistemas jurídico-constitucionais português e brasileiro, preferiu-se essencialmente a consulta de obras lusas e nacionais. A doutrina estrangeira foi, por isso, apreciada com certa reserva.

Por fim, esclarece-se que a maioria das traduções constantes da tese foi livremente formulada.

OBSERVAÇÕES MATERIAIS

O presente livro reproduz, com alguns pequenos ajustes, o conteúdo da minha Dissertação de Mestrado com o mesmo título. Por isso, trata-se unicamente da defesa de uma tese; devendo o texto ser compreendido sob essa ótica.

A Dissertação foi elaborada sob a Orientação do Senhor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Foi apreciada e aprovada, em Dezembro de 2001, pelo Júri composto pelos seguintes Doutores: Senhor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho; Senhor Doutor Fernando Alves Correia e pelo Senhor Doutor Rui Medeiros, este especialmente provindo da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa.

Assim, não obstante as observações elaboradas pelo Senhor Doutor Rui Medeiros, por ocasião de sua arguição, nomeadamente de fundo dogmático, achei por bem insistir na minha argumentação (uma vez que a ratifico), mantendo a unidade e a lógica do discurso. Registro, contudo, a existência de controvérsias jurídicas em certos pontos do debate; o que, aliás, é muito próprio da Ciência Jurídica.

Belo Horizonte, Março de 2002.
Ana Cláudia Nascimento Gomes.

PLANO DA DISSERTAÇÃO

INTRODUÇÃO

Esclarecimento prévio: Sobre o modo de tratamento do Direito Comparado (Luso-brasileiro).

1ª Parte – Visão Analítica: Fundamentos Teoréticos para o tratamento da *questio*.

2ª Parte – Posicionamento Fundamental: A qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

3ª Parte - Razão de Ordem: A exclusão do estudo do valor jurídico negativo da lei inconstitucional.

4ª Parte – O *Quando* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

5ª Parte – O *Quem* e o *Como* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa

CONCLUSÃO

LISTA DE ABREVIATURAS

I – PERIÓDICOS

- ADSTA = Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo
AMJNI = Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores
AMJ = Arquivos do Ministério da Justiça
AöR = Archiv des öffentlichen Rechts
BFDUC = Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMDC = Boletín Mexicano de Derecho Comparado
BMJ = Boletim do Ministério da Justiça
BPD = Boletim Paulista de Direito
DA = Documentación Administrativa
DDC = Documentação e Direito Comparado
DJAP = Dicionário Jurídico da Administração Pública
DJ = RFDUCP = Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
DJU = Diário do Judiciário da União
DP = Diritto Pubblico
DR = Diário da República
ED = Estudios de Derecho
EdD = Enciclopedia del Diritto
EeD = Estado e Direito
IAACS = Informação da Alta Autoridade para a Comunicação Social
OD = O Direito
PD = Progresso do Direito
PL = Public Law

RAP = Revista de Administración Publica
 RB = Revista da Banca
 RDA = Revista de Direito Administrativo
 RDES = Revista de Direito e Estudos Sociais
 RDP = Revista de Direito Público
 REDA = Revista Española de Derecho Administrativo
 REDC = Revista Española de Derecho Constitucional
 REP = Revista de Estudios Políticos
 RF = Revista Forense
 RFDUL = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 RJVPP = Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência
 RMP = Revista do Ministério Público
 RPGE = Revista da Procuradoria-Geral do Estado (Rio Grande do Sul – Brasil)
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
 RTJ = Revista Trimestral de Jurisprudência
 RVAP = Revista Vasca de Administración Publica
 SI = Scientia Iuridica

II – OUTRAS ABREVIATURAS

Ac. = Acórdão
 ADC = Ação Declaratória de Constitucionalidade
 ADIn = Ação Direta de Inconstitucionalidade
 ADPF = Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
 AR = Assembléia da República
 Cf. = Conforme
 CF = Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
 CPA = Código do Procedimento Administrativo (Portugal: Decreto-Lei nº 6/96, de 31/01)
 CRP = Constituição da República Portuguesa de 1976
 DLG = Direitos, liberdades e garantias
 ETAF = Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
 GG = Grundgesetz
 g. n. = grifos nossos
 LOTC = Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
 LPTA = Lei de Processo nos Tribunais Administrativos
 MP = Ministério Público
 Ob. cit. ou ob. cit. = Obra já citada
 Org. ou org. = Organizado por:
 Seg. ou seg. = seguintes
 STF = Supremo Tribunal Federal
 Tb. ou tb. = também
 TC = Tribunal Constitucional
 V. = Ver ou vide

APRESENTAÇÃO

A Mestre Ana Cláudia do Nascimento Gomes solicitou-nos umas palavras de apresentação do livro que agora submete à publicidade crítica e que reproduz a tese de Mestrado apresentada e defendida na Faculdade de Direito de Coimbra em dezembro de 2001. É com imenso júbilo pessoal e acadêmico que respondemos ao convite da Autora.

Nos últimos anos temos dirigido um assinalável número de teses de mestrado e de doutoramento. Escusado será dizer que esta missão é particularmente estimulante para os académicos e universitários apostado em fazer do ensino e investigação um projeto de vida séria e responsável. Os prefácios, as notas de apresentação, as palavras de intróito, de nossa autoria, registrados em várias obras universitárias ultimamente vindas a lume, vêm demonstrar a imprescindibilidade de um apoio sustentado, institucional e pessoal, aos jovens que se aventuram nos difíceis caminhos da investigação. É neste contexto que se localizam as palavras breves dedicadas ao livro da Mestre Ana Cláudia do Nascimento Gomes. É um prefácio diferente de outros feitos em circunstâncias semelhantes. Ela nunca foi nossa aluna, quer em aulas de licenciamento, quer em seminários de mestrado. Apresentou-se-nos no fim de uma aula dada aos nossos alunos do 1º ano da licenciatura em Direito. Pretendia obter de “Nossa Senhoria (assim escreve

em português classicíssimo a Autora) a responsabilidade da direção da sua tese de Mestrado. Pediu-nos a sugestão de um tema. Por momentos hesitamos. Qual o perfil intelectual da Autora? Qual o interesse da problemática para os nossos dois países, Brasil e Portugal? O tema do poder de rejeição de leis inconstitucionais pelas autoridades administrativas acabou por ser o escolhido. Estava consciente das dificuldades. A doutrina parecia saturada e era difícil antever novos caminhos. Propus à então Mestranda uma metódica tópico-problemática. Através do recorte de vários campos analíticos talvez fosse possível afastar postulados apriorísticos e ganhar espaços de testabilidade retórica e argumentativa. Qual não foi o meu espanto quando, passado pouco tempo, a Mestranda Ana Cláudia me apresentou o roteiro da tese. De uma forma meticulosa e sistemática (cheguei a dizer-lhe que o seu estilo metódico e organizado era temível, sobretudo quando topava com minha secretária e gabinete em permanente estado de desorganização), ia percorrendo o caminho de ir e vir hermenêutico. Encontrava soluções razoáveis e argumentativamente sustentáveis. No fim, uma tese lograda no plano acadêmico. Agora um livro. O público crítico dirá de sua justiça. Da nossa parte, o juízo está feito. Oxalá a Autora não desista dos trilhos que começa a trilhar.

Coimbra, abril de 2002
José Joaquim Gomes Canotilho

INTRODUÇÃO

“A Constituição sobrepõe-se à entidade central, às componentes, aos próprios indivíduos e a todos os órgãos do Estado. A subordinação é que é igual. Todos são igualmente subordinados à Constituição. No momento em que o guarda da Constituição decide, é o povo mesmo que se pronuncia”

Pontes de Miranda¹

IDENTIFICAÇÃO E APRESENTAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

A presente pesquisa irá ocupar-se da *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais”² pela autoridade administrativa; analisada, contudo, em face dos atuais sistemas jurídico-constitucionais português e brasileiro.

Por “rejeição de leis inconstitucionais”, entenda-se o ato, neste caso específico, proveniente de uma autoridade administrativa, de desaplica-

¹ In *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Guanabara, s.d., *apud* Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Editora Cejup, Belém, 1999, pág. 8.

² V. Rui Medeiros, *A Decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pág. 167, na qual se fez uso da expressão “poder administrativo de rejeição de leis inconstitucionais”. Através desta obra, pela primeira vez, teve-se contato com a *questio* que será objeto de análise.

ção de uma lei com fundamento na sua desconformidade com a Constituição. Trata-se, com efeito, de um ato administrativo que rompe com os limites do princípio da estrita legalidade, nomeadamente na sua vertente mínima de não-contrariedade³ ao ato normativo com força de lei; mas que, entretanto, ampara-se na supremacia hierárquica das normas constitucionais. O juízo de inconstitucionalidade, reputando inconciliável com a Constituição a lei que deveria ser executada administrativamente, é levado a efeito pela própria autoridade, por razões de necessidade, quando do cumprimento de seus comandos.

Todavia, tal ato se depara com profundos questionamentos, especialmente quanto à sua legitimidade⁴, uma vez que a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos foi expressamente incumbida aos tribunais pela Constituição Portuguesa de 02 de Abril de 1976 (particularmente após a 1ª Revisão Constitucional, de 1982⁵) e pela Brasileira de 05 de Outubro

³ V. Charles Eisenmann, "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade", *RDA*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 56, 1959, Abril – Junho, Rio de Janeiro, pág. 47 e seg.

⁴ Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pág. 105: "No Direito, legalidade e legitimidade têm conceitos próprios e bem definidos. A legalidade refere-se ao exercício do poder, enquanto a legitimidade concerne à qualidade do poder, embora seja certo que esta qualidade se manifesta e se demonstra naquele exercício". Por sua vez, distinguindo entre legalidade e legitimidade (no caso específico, da ordem jurídico-constitucional e, não diretamente do exercício do poder), J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pág. 1335, assevera: "A constituição confere *legitimidade* a uma ordem política e dá *legitimação* aos respectivos titulares do poder político... A articulação destas duas dimensões – o da legitimidade e a da legitimação – implica que a constituição não seja considerada como uma simples "carta" ou "folha de papel" resultante de relações de poder ou da pressão de forças sociais. A constituição não se legitima através da simples *legalidade*, ou seja, não é pelo facto de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode ser considerada legítima. A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a *ideia de direito*, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico".

⁵ V., sobre o controle da constitucionalidade das leis na versão originária da CRP, Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, pág. 86 e seg. O Autor menciona que o período compreendido entre 1976 a 1982, nessa matéria, pertence à história do constitucionalismo lusitano. Isso porque, o extinto Conselho da Revolução, órgão de natureza política, tinha competência para o exercício da fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis, da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e da fiscalização abstrata sucessiva.

de 1988; isso em consequência da concreta ordenação de competências jurídico-constitucionais dos órgãos de soberania (ou “Poderes”), conteúdo integrante do princípio constitucional da separação dos poderes⁶.

Além disso, tal como ocorre tradicionalmente, sobre as Administrações Públicas portuguesa e brasileira impera o múnus da perfeita execução das leis; incumbência que se revela, especialmente, nos arts. 199º/c, da CRP, e 84, IV, da CF. Aliás, correntemente se afirma que a Administração Pública⁷ se encontra numa relação de subordinação para com o Poder Legislativo. O princípio da legalidade administrativa seria, portanto, “as amarras” que prendem o agente público à vontade constante a lei⁸.

Por outro lado, não se pode olvidar que a Constituição, toda ela, vincula os Poderes Constituídos⁹, os quais, por isso mesmo, devem zelar simultaneamente pela sua preservação e pelo seu cumprimento: trata-se de consequência de seu primado. “Todo o articulado constitucional – ... – revela, por isso, *direito positivo, directa e actualmente aplicável a quaisquer casos concretos*”¹⁰.

De fato, o superior valor normativo e a heterovinculação da Constituição constituem premissas jurídicas, são dogmas do Constitucionalismo. Assim, afirma-se que a Constituição é a Lei Fundamental do Estado ou a “ordem jurídica fundamental da comunidade”¹¹. Por isso,

⁶ V. art. 288º/j da CRP e art. 60, § 4º, III, da CF, resguardando a separação dos poderes do poder constituinte derivado.

⁷ V., para o conceito de Administração Pública, em sentido subjetivo ou objetivo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2001, pág. 54; e Afonso Rodrigues Queiró, “Administração Pública”, *DJAP*, vol. I, Lisboa, pág. 243 e seg. Correntemente, quando se mencionar em “Administração Pública” na Dissertação, está se querendo fazer referência ao seu sentido objetivo, material ou funcional.

⁸ V. Vinício A. P. Ribeiro, *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, pág. 58.

⁹ Sobre os conceitos de Poder Constituinte e de Poderes Constituídos, V. Celso Antônio Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 20ª edição, São Paulo, 1999, pág. 21 e seg. O Autor realiza um breve discurso sobre a obra de Sieyès (“O que é o terceiro estado?”), obra onde se chegou, pela primeira vez, a uma distinção dessas figuras.

¹⁰ Cf. Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia (com base em palavras de J. J. Gomes Canotilho, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 434.

¹¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...* pág. 1079.

hodiernamente se reconhece, como, aliás, faz expressamente a CRP, em seu art. 3º/3, que toda a atuação estatal (e não apenas as leis) devem estar pautadas no princípio da constitucionalidade. De acordo com essa linha de raciocínio, a prática de atos jurídico-públicos em consonância com leis inconstitucionais não há de ser legítima e, portanto, procedimentos devem existir para que a mesma não se implemente¹². Haverá aqui um eventual conflito de princípios constitucionais: o princípio da constitucionalidade dos atos do Estado em face especificadamente do princípio da legalidade dos atos administrativos?¹³

Demais do exposto, exige-se hoje de todos os órgãos do Estado uma maior eficácia na concretização de suas funções, nomeadamente da Administração Pública: o conjunto organizatório estatal¹⁴ quantitativamente mais importante e que mais intimamente se relaciona com a sociedade. Decerto, já não basta que a Administração apenas prossiga o interesse público. Mister atingir os seus fins com a maior rentabilidade (econômica, social e jurídica) possível. Assim, a Administração Pública moderna deve ser desburocratizada, eficiente e dinâmica, de modo que a sua resposta, para além de legal, também corresponda às necessidades atuais e momentâneas. Daí se ter estabelecido: “A época actual, caracterizada por desequilíbrios e rupturas mundiais, por pro-

¹² V. Vital Moreira, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 187; e Paulo Otero, *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, pág. 139 e seg.

¹³ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1.998, pág. 261 e seg.: “Quanto a nós, pensamos que o problema se pode pôr no quadro de um conflito de princípios constitucionais. De um lado, o princípio da constitucionalidade e, mais concretamente, o carácter directamente aplicável dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias. De outro lado, o princípio constitucional da legalidade da Administração”. V., tb., Vital Moreira, “Constituição e Direito Administrativo (A ‘Constituição Administrativa’ Portuguesa)”, *AB VNO AD OMNES*, encarte dos 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

¹⁴ Elucida-se que a palavra “estatal” no Brasil é correntemente utilizada como sinónimo da expressão “do poder público” e que “estadual” é empregada quando se alude aos Estados-membros da Federação. Assim, sabendo-se que tais termos não têm em Portugal idêntica significação; conveniente se estabelecer que doravante far-se-á uso das referidas palavras consoante o seu sentido no Brasil.

fundas e contínuas transformações económicas, sociais, culturais e tecnológicas, obriga a Administração Pública a canalizar as suas energias para um esforço constante de adaptação ao meu envolvente”¹⁵. E, não apenas em Portugal, tendo-se instituído no Brasil, em nível Federal, o “Programa de Racionalização das Unidades Descentralizadas do Governo Federal, com a finalidade de promover a melhoria dos serviços prestados, o fortalecimento das atividades finalísticas e a otimização dos recursos alocados às unidades civis da Administração Pública Federal direta”¹⁶.

Contudo, essa “flexibilidade” administrativa (ou, se quiser, essa “mutabilidade” administrativa), indispensável em determinadas situações e, por isso, constitucionalmente assegurada¹⁷, é por vezes obstaculizada pela lei, no caso, inconstitucional. Poder-se-á cogitar que, nessas condições, um poder de rejeição de leis inconstitucionais estaria constitucionalmente legitimado.

Com efeito, tem-se ciência que a *questio* é complexa¹⁸. A quem diga, inclusivamente, como Gilmar Ferreira Mendes¹⁹; no caso específico da discussão acerca da atuação do Executivo no controle de constitucionalidade, que a possibilidade da autoridade administrativa recusar o cum-

¹⁵ Cf. “O Programa do Governo” de Portugal na Área Política e Reforma do Estado – Reforma da Administração Pública, *in web*, <http://www.primeiro-ministro.gov.pt/gb-cap1-6.html>, 27/05/2001.

¹⁶ Art. 1º do Decreto nº 2.258, de 20 de Junho de 1997.

¹⁷ V. art. 266º/2, onde se consagrou o princípio da justiça (no qual se inclui a justiça distributiva) e o art. 267º/2 da CRP. No CPA, Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, com suas posteriores alterações, inclusivamente aquela decorrente do Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro, V. o art. 10º. Na CF, o princípio da eficiência foi autonomizado em seu art. 37, através da Emenda Constitucional nº 19, de 14 de Junho de 1998. Em 1999, editou-se no Brasil a Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro, regulando o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fazendo-se constar, logo em seu art. 1º, o melhor cumprimento dos fins da Administração e, no art. 2º, o referido princípio da eficiência Cf. Alexandre de Moraes *apud* Marino Pazzaglini Filho, *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*, Editora Atlas, São Paulo, 2000, pág. 33.

¹⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 417.

¹⁹ *In* “Controle de Constitucionalidade Direto e a Inexecução da Lei pelo Executivo”, *in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor, Celso Bastos Editor, São Paulo, Brasil, 1.998, pág. 310. V., tb. deste Autor, “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade”, *AMJ*, vol. 48, nº 186, Julho – Dezembro, 1995, pág. 41.

primento do ato normativo com fundamento na sua desconformidade constitucional seria um dos tormentosos problemas do Direito.

Aliás, tal complexidade ainda se agrava porque a Administração Pública deixou de ser uniforme. “A Administração Pública pluralizou-se”²⁰. Efetivamente, faz parte do passado longínquo aquela imagem de uma Administração Pública puramente agressiva, centralizada em poucos órgãos, numa estreita relação de hierarquia para com o dirigente (ou os dirigentes) do Governo. Esta relação tem vindo a ser substancialmente alterada noutros tipos de Administração Pública: Indireta (ou Instrumental), Autônoma²¹ e Independente²². Os seus fins também se diversificaram e se especializaram. Têm-se ainda, não se olvida, os inúmeros entes privados incumbidos de funções materialmente administrativas²³. Nesse sentido, vislumbra-se que nem sempre será fácil manter uma “unidade na acção da Administração”²⁴, nomeadamente quando a Constituição do país ainda consagra uma forma de Estado não unitária, atribuindo autonomia aos Estados-membros da Federação.

²⁰ Parafraseando Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 15, quando afirma que a “Administração Pública constitucionalizou-se”.

²¹ No Brasil, fala-se na existência da Administração Direta e da Indireta, uma vez que os Estados-membros da Federação são unidades político-administrativas autónomas, dotadas de Poder Constituinte derivado (V. arts. 18 e 37 da CF). Nos termos do Decreto-Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1.967, o qual dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências (em vigor, mesmo após da promulgação da CF), a Administração direta é a que “se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (art. 4º, inciso I) e a Administração Indireta é que “compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedade de Economia Mista; d) Fundações Públicas”. (art. 4º, inciso II).

²² V., sobre a Administração Independente: José Manuel Sala Arquer, “El Estado Neutral. Contribución al Estudio de las Administraciones Independientes”, *REDA, Civitas*, nº 42, Abril – Junho, 1.984, págs. 401 a 422; e Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.997, pág. 132 e seg.

²³ Daí porque o CPA expressamente determina a aplicabilidade dos princípios gerais da atividade administrativa (e das normas que concretizam preceitos constitucionais) a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada. V. art. 2º/5 do CPA.

²⁴ Cf. art. 267º/2 da CRP.

Já não fosse bastante essa Administração Pública multiforme e pluricefálica, há também as pessoas jurídicas (ou coletivas) constituídas pelas próprias entidades públicas primárias e sujeitas a um regime de Direito Privado, como podem ser as sociedades de capitais públicos (empresas públicas) e as sociedades de economia mista²⁵.

Não obstante isso, tentar-se-á fornecer uma resposta à *questio* (ainda que incompleta e imprecisa) acerca da legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, observando primordialmente a sua função e os seus fins dentro do quadro jurídico-constitucional desenhado pela CRP e pela CF, bem como se levando em conta, para essa interpretação, os alicerces que essa moderna Administração Pública deve pressupor. Aliás, sinteticamente, por “autoridade administrativa” entender-se-á não apenas o agente público incumbido do exercício de uma função administrativa, mas também o ente privado que ocasionalmente possa ter a faculdade/dever de levar a efeito uma atividade administrativa; ou seja: “Na Administração compreende-se todas as suas modalidades, incluindo a Administração sob formas jurídico-privadas (como a de fundação ou a de sociedade de capitais total ou maioritariamente públicos), e também qualquer pessoa colectiva de direito privado quando nas suas relações com os particulares disponha de poderes públicos, de faculdades de *imperium*”²⁶.

Por fim, importa esclarecer que se terá em vista correntemente por “lei” (no que se refere à “lei inconstitucional”) o ato normativo primário emanado da função legislativa do Poder Legislativo ou do Executivo, apesar da primeira hipótese ser a mais ordinária; fruto da tradicional tripartição de Poderes²⁷. Isto é, em relação às “leis” do

²⁵ V. art. 173º da CF.

²⁶ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 317.

²⁷ Cf. Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis – Vício e Sanção*, Editora Saraiva, São Paulo, 1994, pág. 242: “No Brasil, em nível federal, lei é o ato elaborado, ordinariamente, pelo Congresso Nacional, com ou sem participação do Presidente da República, ou apenas pelo Presidente da República, extraordinariamente, mediante delegação legislativa ou mediante a edição de medida provisória com força de lei, de acordo com os procedimentos previstos na Constituição e tendo por objeto normas gerais e abstratas ou, excepcionalmente, normas individuais e concretas”. V. art. 161º/c da CRP. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito*

Brasil, refere-se às leis complementares; ordinárias; delegadas; referendos sobre tratados internacionais e medidas provisórias. No caso português: atos legislativos (leis de valor reforçado; leis orgânicas; leis da AR; resoluções da AR que aprovem tratados internacionais e decretos legislativos regionais) e decretos-lei do Governo (com ou sem prévia autorização parlamentar). Isso acrescido do direito comunitário derivado quando diretamente aplicável na ordem interna (regulamentos)²⁸. Além disso, para facilitar a compreensão da exposição, relativamente ao Direito brasileiro, aludir-se-á ordinariamente como “lei inconstitucional” a lei elaborada ao nível da Federação ou dos Estados-membros em face da Constituição Federal (esta, e não as Constituições dos Estados-membros, será o parâmetro). Em grande parte da Dissertação, contudo, se dará destaque à “lei inconstitucional” como sendo uma lei federal.

No que diz respeito à metodologia eleita, recorrer-se-á ao uso do modelo analítico-dedutivo, tendo como foco o Direito constitucional concretizado. Isso não significa que abordagens comparativas e histó-

Constitucional..., pág. 511: “A lei, no direito constitucional português, é um acto normativo intrinsecamente aberto que pode ser editado pelas várias entidades (AR, Governo, Assembleias Regionais) às quais a Constituição atribuiu competência legiferante”. Cf., tb., Nuno Piçarra, “A Separação dos poderes na Constituição de 76. Alguns aspectos”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pág. 167: Na CRP, “lei é um 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”. Não se olvida, com isso, que normas internacionais podem ser diretamente aplicadas na ordem interna, tal como reza o art. 8º/3 da CRP.

²⁸ Deixe-se desde já registrado que se entende que o Direito Comunitário, seja ele primário ou derivado, não tem preeminência sobre o Direito Constitucional do Estado (tem valor infraconstitucional – art. 7º/6 da CRP). Algumas normas de Direito Comunitário derivado aplicam-se diretamente na ordem interna de Portugal (os regulamentos, conforme o art. 8º/3 da CRP c/c o atual art. 249º do Tratado da União Européia); isto é, sem necessidade de um ato do Direito interno posterior para dotar-lhe de eficácia. V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 85 e seg. Ressalta-se, contudo, que a tese da supraconstitucionalidade do Direito Comunitário (princípio do Direito Comunitário) orienta a jurisprudência do Tribunal de Justiça (da UE), tendo também sólida base doutrinal. V. André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 128 e seg.

ricas serão aprioristicamente descartadas; as quais poderão ser inclusive frutuosas. No substancial, todavia, socorrer-se-á aos suportes doutrinários portugueses e brasileiros; os quais estão naturalmente mais vocacionados para o objetivo buscado: fornecer uma conclusão constitucionalmente adequada da *questio* referente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Por fim, quanto à trajetória a ser desenvolvida por meio da narrativa, esclarece-se o seguinte: de início, será apresentado uma parte que só *reflexamente* tem a ver com a *questio*. Entretanto, a sua exposição se mostra imprescindível, porquanto, será através dela que se irão estabelecer os rumos fundamentais da Dissertação, além de serem firmadas as bases para a compreensão do Direito Positivo e para a interpretação dos textos constitucionais *sub examine*. Assim, por meio dessa Parte, essencialmente analítica, procurar-se-á tecer um contexto para a discussão direta da *questio*; a qual será feita, então, a partir das partes seguintes. E, a “agenda” destas será oportunamente identificada.

O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO

*O porquê da não autonomização dos
direitos português e brasileiro:
mais semelhanças do que diferenças.*

ESCLARECIMENTO PRÉVIO

Antes de se adentrar no tratamento da *questio* acerca do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, importa registrar, em brevíssimas linhas, a justificativa do tratamento sintético do Direito português com o Direito brasileiro; isto é, nem sempre os autonomizando e os contrapondo como figuras distintas.

Efetivamente, tal fato reside na especial similitude dos dois ordenamentos jurídicos em causa, fruto de um passado comum, mas intensificada pela grande influência que o Constituinte de 1976 exerceu sobre o Constituinte de 1988 e, ainda, reforçada por um hodierno processo de globalização e internacionalização do Direito²⁹, o qual vem diminuindo as distâncias entre as várias ordens internas.

²⁹ V. J. J. Gomes Canotilho, Prefácio da 2ª edição de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. XXV.

É certo que diferenças também são notadas entre os Direitos *sub examine*, a começar pela forma de Estado e pelo regime de governo eleitos por cada Carta Magna, passando pelo sistema administrativo vigente (de tipo preponderantemente britânico no Brasil, por influência norte-americana, e de tipo francês em Portugal, por direta influência da Revolução Francesa³⁰) e pelas garantias contenciosas disponíveis no ordenamento para a defesa dos direitos dos administrados (lembrando-se, aliás, que não existe em Portugal um recurso constitucional análogo ao mandado de segurança brasileiro). Além disso, outras peculiaridades mais, próprias da configuração positiva de cada um desses Direitos.

Todavia, tal diversidade não chega a formar um “grande oceano” entre o Direito português e o brasileiro, não impedindo que seja desenvolvida na Dissertação uma análise sintética, estruturada nas suas semelhanças. As suas distinções não serão, entretanto, ignoradas e serão salientadas caso a caso, quando isso se afigurar relevante no tratamento da *questio*.

Assim, sem se realizar grandes retrocessos e trazer à tona a origem lusitana do Direito brasileiro ou, ainda, a consagração do controle da constitucionalidade difuso em Portugal (em 1911), por direta influência do constitucionalismo brasileiro de 1889³¹, importa salientar os pontos que atestam a estreita proximidade das Cartas Magnas de 1976 e de 1988 (decorrência mesmo dos mentores desta terem vindo se abeberar no Direito Constitucional positivo português)³²; fator que mais releva para efeitos da *questio*.

De início, quanto ao contexto histórico, como é sabido, os referidos textos constitucionais foram resultantes da superação de regimes autoritários. Além disso, apresentam caráter analítico, ambos com mais de 200 (duzentos) artigos. Têm também grande feição programa-

³⁰ V. Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 99.

³¹ V. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização da constitucionalidade e da legalidade”, *DJAP*, IV, Lisboa, 1996, pág. 363.

³² V. Oscar Dias Corrêa, “Breves Observações sobre a Influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pág. 71 e seg.

dora e dirigente, reflexo das concepções doutrinárias reinantes na época de suas promulgações e das aspirações sociais³³. Do mesmo modo, são pluralistas³⁴.

Outrossim, ora apenas se levando em conta a literalidade das Leis Fundamentais, instituem Estados Democráticos de Direito (ou de Direito Democrático, nos termos da CRP), fundados na dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP e art. 1º, inciso III, da CF); na soberania (art. 1º da CRP e art. 1º, inciso I, da CF) e empenhados na “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 1º da CRP e art. 3º, inciso I, da CF). Do mesmo modo, são Estados que, nas suas relações internacionais, devem se reger pelos seguintes princípios: da independência nacional (art. 7º/1 da CRP e art. 4º, inciso II, da CF); do respeito aos direitos do homem (art. 7º/1 da CRP e art. 4º, inciso II, da CF) e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade (art. 7º/1 da CRP e art. 4º, inciso IX, da CF).

Isso sem olvidar, por exemplo, o paralelismo dos arts. 10º da CRP e 14 da CF (relativos ao sufrágio universal); dos arts. 283º da CRP e 103, § 2º, da CF (relativos à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão); dos arts. 266º/2 da CRP e art. 37, *caput*, da CF (relativos aos princípios da Administração Pública); dos arts. 18º/1 da CRP e 5º, §1º, da CF (relativos à aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias); dos arts. 204º e 281º da CRP e 102, inciso I, *a*), inciso III, *b*) e *c*) da CF (relativos ao controle concreto e abstrato sucessivo da constitucionalidade); além de outras várias disposições constitucionais dotadas de enunciação e de conteúdo jurídico semelhantes.

³³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, Prefácio, pág. VI: “A programaticidade congénita da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição brasileira de 1988 procurava substituir uma outra programaticidade – a programaticidade conservadora-corporativa da Constituição portuguesa de 1933 e a programaticidade da Constituição brasileira de 1946 ...”. V. Jorge Miranda, “A Nova Constituição Brasileira”, *OD*, ano 122, Janeiro – Março, 1990, pág. 148.

³⁴ V. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, pág. 66 e seg., mencionado que o pluralismo da Constituição brasileira se faz notar, designadamente, na parte que toca aos direitos fundamentais, fruto do carácter marcadamente compromissário, não tendo ela aderido a uma só teoria sobre os direitos fundamentais. Assim também ocorre relativamente à CRP.

Aliás, segundo bem resume Oscar Dias Corrêa, “a influência – da CRP sobre o Constituinte de 1988 – é muito maior do que se possa depreender da análise comparativa dos textos”³⁵. E isso, por certo, acarreta como consequência uma viva reciprocidade no intercâmbio doutrinário entre Portugal e Brasil, especialmente em matérias jurídico-constitucionais. Fala-se mesmo que “Tem havido uma constante interação do constitucionalismo brasileiro e do português”³⁶.

Portanto, a confrontação do Direito português e do brasileiro a ser desenvolvida na presente Dissertação, tendo por fim último a descoberta duma solução constitucionalmente adequada para *questio*, não partirá, desse modo, duma oposição entre os dois sistemas; mas, ao reverso, de seu substrato comum.

³⁵ In “Breves observações”, pág. 72.

³⁶ Cf. Jorge Miranda, “A Nova Constituição...”, pág. 153.

PARTE I
VISÃO ANALÍTICA
FUNDAMENTOS TEORÉTICOS PARA
A LEITURA E A INTERPRETAÇÃO
DAS CONSTITUIÇÕES
PORTUGUESA E BRASILEIRA

1. COMPREENSÃO JURÍDICO-HISTÓRICA³⁷:
A SIGNIFICAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DO PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1. Considerações preliminares

Considera-se precisa a afirmativa de que “o princípio da separação dos poderes passou a ser entendido como algo construído a partir

³⁷ Ao se aludir a uma compreensão jurídico-histórica, não se olvida que hodiernamente o Direito Público e, especialmente o Direito Constitucional, construído sobre as bases do Constitucionalismo moderno, tem passado por uma fase de “metamorfose”; isso como reflexo de um contexto histórico globalizante e com as agravantes das vagas de desregulação, de auto-organização e de auto-regulação.

da elaboração dos preceitos da constituição concreta que o acolheu, precisamente dos preceitos que estabelecem a ordenação de competências jurídico-constitucionais”³⁸. Tal assertiva vem corroborar a necessidade de se elaborar a discussão da *questio* acerca da legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa num contexto constitucional determinado, sob pena de se alcançar resposta desfigurada para a mesma. Daí a eleição das Cartas Magnas brasileira e portuguesa³⁹.

Entretanto, uma perfunctória apreciação das razões que levaram ao estabelecimento do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis num quadro constitucional arquitetado pelo princípio da divisão dos poderes demonstra ser frutuosa, porquanto, com isso, com-

Começa-se a desenhar um sistema jurídico que se quer impor de baixo para cima (mas, não o contrário) e em formado de rede (já não mais piramidal). O dirigismo constitucional entra em decadência e o Direito tem, de alguma forma, a sua impositividade atingida. Cf. José Eduardo Faria, “As Metamorfoses do direito na reestruturação do capitalismo”, *RMP*, Ano 21º, nº 83, Julho – Setembro, 2000, pág. 14 e 19: “Na medida em que muito desses problemas são equacionados por normatividades paralelas, o ordenamento jurídico estatal perde a sua centralidade e, acima de tudo, sua exclusividade. Ele deixa de ser o ponto básico de legitimação e legitimidade de uma ordem jurídica autocentrada nos limites de um território (Canotilho, 1993; e Morand, 1999) e passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais, de centros transnacionais, de centros regionais e de centros locais. ... Nesse refluxo do direito público, a própria idéia de Constituição acaba sendo posta em xeque. Num contexto de globalização econômica, policentrismo decisório e pluralismo jurídico, de que modo ela pode atuar como lei da totalidade social sem perder a sua força normativa? Mais precisamente, de que modo pode ela atuar como um documento fundamental da ‘res publica’ sem se converter em instrumento totalizador com base em concepções unidimensionais do Estado e da sociedade (Canotilho, 1996 e 1998)?” V. ainda, o prefácio da 2ª edição da obra de J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, pág. V e seg. Todavia, tendo em vista que o estudo da *questio* dessa Dissertação centraliza-se no Direito Constitucional Positivo, para o seu descortinamento e na tentativa de se fornecer uma solução constitucionalmente adequada para a *questio* abstrair-se-á, na medida do possível, das incertezas acerca do futuro do Constitucionalismo, centrando-se nas suas certezas (consagração positiva).

³⁸ Cf. Nuno Piçarra, “A Separação dos Poderes...”, pág. 156.

³⁹ Vale registrar que nem sempre se mencionará, no decorrer do discurso, que o pano de fundo do estudo são as Constituições portuguesa e brasileira; o que desde já se pressupõe. As referências ao Direito Comparado serão, por certo, expressamente identificadas.

preender-se-ão a significação desse tipo de controle no atual Constitucionalismo e as justificativas que embasaram a opção dos constituintes português e brasileiro. Com efeito, de acordo com o vigente art. 204º da CRP, “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Por seu turno, apesar de inexistir na CF norma tão expressiva quanto esta, do seu art. 102, incisos I e III, *b)* e *c)*, são extraídos, respectivamente, o exame concentrado e o difuso jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos; este, aliás, parte integrante da história republicana brasileira, presente desde 1.890⁴⁰. Tem-se ainda, não se olvida, o art. 97 da CF, o qual determina que nos tribunais (pondo a salvo as decisões dos juízes monocráticos de 1ª instância), somente pelo voto da maioria absoluta dos juízes integrantes da seção especial ou do pleno, poderá uma lei ou um ato normativo ser declarado inconstitucional.

O mesmo se diga em relação à consagração do princípio da legalidade como sendo o principal norte orientador da atuação da Administração Pública. De fato, foi ele, juntamente com a consagração dos direitos fundamentais, um dos corolários característicos do advento do Estado de Direito⁴¹, vindo impor limites à ação estatal aonde seria âmbito reservado à vontade do Parlamento (o que era dizer, da soberania popular). Não se pode compreender verdadeiramente os sustentáculos do regime administrativo atual senão lançando esse olhar retrospectivo.

Como é sabido, o princípio da legalidade administrativa encontra-se especialmente insculpido no art. 267º/2 da CRP e no art. 37, *caput*, da CF. A subordinação da Administração Pública à lei no Direito português e no Direito brasileiro é ainda reforçada quando se tem em vista o art. 199º/c, da CRP, e o art. 84, IV, da CF, os quais determinam a boa e a fiel execução administrativa das leis, respectivamente.

⁴⁰ V. Edmar do Oliveira de Andrade Filho, *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*, Editora Dialética, São Paulo, 1997, pág. 32.

⁴¹ V., a título de exemplo, Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública* –, colecção Teses, Livraria Almedina, 1999, Coimbra, pág. 29; e Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 77.

Todavia, do apogeu do princípio da legalidade, reflexo da lei como “dogma sagrado”⁴², à constatação da falibilidade desse ato normativo; o Direito evoluiu (tal e qual a sociedade)⁴³. As suas aspirações atuais também já não são as mesmas dantes. Isso implica, via de consequência, uma nova leitura dos princípios jurídicos. Ora, “As normas principiológicas não são acabadas, pelo menos não no sentido de serem fixadas com uma definição precisa e imutável, como significado unívoco a gizir o seu conteúdo. Mas é esta sua característica que permite a evolução do Direito com e pela sociedade, pela renovação permanente a que elas se oferecem”⁴⁴.

Assim, através da exposição desse contexto jurídico-histórico, procurar-se-á colacionar fundamentos para estribar o intitulado “posicionamento fundamental” no que tange à qualidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Este fora configurado, em princípio, dentro das alternativas “1 – regra”; “2 – exceção” ou “3 – impossibilidade jurídica”, como uma hipótese de reserva diante do quadro jurídico-constitucional erigido do Constitucionalismo moderno (inserido, portanto, na 2ª opção); o que se levará designadamente em conta na interpretação das disposições da CRP e CF; as quais *pari passu* serão referenciadas ao longo do discurso próximo.

1.2. Estado de Direito; Separação dos Poderes e Princípio da Legalidade Administrativa

Segundo afirmou Jean Marcou: “O século XX é o século dos tribunais constitucionais”⁴⁵. Começar a discussão com a reiteração de tal assertiva será de bom alvitre, haja em vista que ela consegue sintetizar a importância que a Justiça Constitucional adquiriu nos últimos tempos. Ainda que efetivamente não se possa confundir Justiça Constitu-

⁴² V. José Carlos Vieira de Andrade, “A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional”, *BFDUC*, vol. L, 1974, pág. 219.

⁴³ V. José Eduardo Faria, “As metamorfoses...”, pág. 7 e seg.

⁴⁴ Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 26.

⁴⁵ *Apud* Dalmo Dallari, in Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*, Editora Atlas S. A., São Paulo, 2000, pág. 13.

cional com controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, é certo que a clássica e precípua competência dos Tribunais Constitucionais é averiguar a conformidade dos atos normativos com a Lei Fundamental, zelando pela supremacia das normas constitucionais.

Como se tem ciência, desde a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1.803, tendo como relator o *Chief Justice John Marshall*, tornou-se incontroverso para essa instância máxima dos Estados Unidos o poder-dever dos tribunais de averiguar a compatibilidade constitucional das leis a serem aplicadas nos casos concretos⁴⁶, declarando nulas *ab initio* as normas que infringissem a Constituição Americana de 1.787. Os fundamentos de tal aresto não foram de tudo originais, muito menos inéditos. Isso porque, antes disso, Hamilton, autor de *O Federalista*, por exemplo, já havia propugnado em sua obra pelo controle jurisdicional de constitucionalidade⁴⁷.

De fato, a Constituição Americana intitulou-se “*the supreme Law of the Land*”, submetendo expressamente os juízes às suas disposições. A partir desse diploma, instaurou-se o Constitucionalismo moderno, caracterizado pela superioridade hierárquico-normativa das Constituições em face dos demais textos legais, nomeadamente dos originários dos Estados-membros da Federação⁴⁸.

⁴⁶ V., a título de exemplo, J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. I, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pág. 874.

⁴⁷ “A interpretação das leis constitui uma competência própria e peculiar das Cortes. Uma Constituição é, de fato, e deve ser vista pelos juízes, como uma lei fundamental. É preciso, entretanto, incumbi-los de averiguar o seu significado, como também o de qualquer ato proveniente do Poder Legislativo. Se ocorrer uma inconciliável divergência entre os dois (a lei fundamental e o ato do Congresso), o que tiver maior obrigatoriedade e validade há de ser preferido: noutras palavras, a Constituição há de ter prevalência sobre as leis, a intenção do povo prevalece sobre a intenção de seus representantes”, Alexander Hamilton *apud* Ronaldo Poletti, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, 2ª, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 28. No século XVII, Lord Coke, na Inglaterra, afirmava a função dos juízes de garantir a supremacia da *Common Law*. Cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2ª Edição, Porto Alegre, 1999, pág. 34.

⁴⁸ Cf. Eduardo García de La Enterría, *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 51.

Assim, traduzindo o significado daquela superioridade constitucional, mediante aquele histórico julgado, a Suprema Corte fixou o precedente (princípio do *stare decisis*⁴⁹), no sentido de que é a da essência do Poder Judiciário dizer o que é ou não é Direito, interpretá-lo e, por conseguinte, compete-lhe obstaculizar, nos casos em julgamento, a aplicação das leis contrárias à Constituição (*judicial review of legislation*).

O instituto da *judicial review*, aos olhos dos americanos, enquadrava-se normalmente no arquétipo do princípio da separação dos poderes, na sua vertente liberal dos *checks and balances*⁵⁰. Com efeito, não partilhou os EUA da teoria rousseauiana da soberania popular, incorporada pela Assembléia Legislativa, que preponderou na Europa⁵¹; da qual resultava a convicção de que a obra do Parlamento era perfeita e, via de consequência, deveria ser inatingível⁵². Isso em decorrência da própria formação histórica estadunidense; isto é, na tentativa de não ser implantada nessa Federação a doutrina da supremacia do Parlamento vigorante na Inglaterra.

⁴⁹ V., Mauro Cappelletti, *O Controle judicial ...*; pág. 80; e Paulo Roberto Barbosa Ramos, *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil – Filosofia e Dimensões Jurídico-Políticas*, Celso Bastos Editor, São Paulo, 2000, pág. 47. Pelo princípio do *stare decisis*, a decisão da Suprema Corte é imposta aos juízes e tribunais inferiores, por ter força vinculante.

⁵⁰ Cf. Nuno Piçarra, *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pág. 79. Consoante o Autor elucida, sob o ângulo dos “freios e contrapesos”, a separação dos poderes compatibiliza-se com “as idéias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca, na tradição da doutrina da constituição mista”. V., tb., Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘Justicia Constitucional’”, *REDC*, Ano 6, nº 7, Maio – Agosto, 1986, pág. 24.

⁵¹ Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pág. 169 e 170: “Corresponderia, o mais possível, ao ideal rousseauiano, o modelo de uma democracia directa omnícompetente”, todavia, “Só possível num Estado muito pequeno”. Assim, “A Revolução Francesa, sob a direção do Abade Sièyes, havia renunciado já este ponto do programa estabelecido por Rousseau, decidindo-se em favor de uma vontade geral representativamente formada”.

⁵² V. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, pág. 52 e seg. Às pág. 113, há passagens sobre a influência rousseauiana nas idéias de Kant, para quem “a lei nunca pode fazer mal a ninguém” pois, “ninguém se prejudica quando delibera sobre si mesmo”.

Efetivamente, a Constituição Americana consagrou o instituto do veto presidencial como controle interorgânico, com o qual Chefe do Executivo participa do procedimento legislativo e limita as intromissões do Legislador em esferas estranhas à sua alçada⁵³. Assim, não apresentava como uma ofensa ao princípio da divisão dos poderes a participação do Poder Judiciário no sistema dos “freios e contrapesos”, ainda que fosse apenas para inviabilizar a aplicação da lei inconstitucional ao caso concreto. Não é de se estranhar, ademais, que prevaleça, neste país, a Administração do tipo “Judiciária”⁵⁴, haja em vista que não ficavam isolados do exame dos tribunais os atos administrativos, âmbito aonde os juizes ordinariamente poderiam se imiscuir⁵⁵. Pela mesma lógica, era perfeitamente aceitável que o Poder Executivo, sob escolha do Presidente, e o Legislativo, sob aprovação do Senado, pudessem interferir na escolha e nomeação dos juizes da Suprema Corte⁵⁶.

Por outro lado, a concepção democrática do princípio da separação dos poderes, que se alastrou pela Europa, principalmente em decorrência da Revolução Francesa, levou a efeito diverso, aonde seria naturalmente difícil o surgimento do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis⁵⁷. Aqui, qualquer interferência na vontade do

⁵³ Cf. Nuno Piçarra, *A Separação dos poderes...*, pág. 201: “a atribuição de um direito de veto ao titular do poder executivo saldava-se, na prática, por retirá-lo da condição de mero executor das leis, pois mediante tal direito lhe passava a caber, afinal, uma palavra importante quanto ao conteúdo e à vigência das mesmas”.

⁵⁴ V. João Caupers, *Direito Administrativo I*, Guia de Estudo, Notícias Editorial, 4ª edição, Lisboa, 1999, pág. 46, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo...*, pág. 29.

⁵⁵ Não se olvida a existência, na atual jurisprudência americana, da *Political-Question Doctrine*, segundo a qual a interpretação sobre certos assuntos com alto grau de “politicidade” deve competir a outros órgãos constitucionais. V. J. J. Gomes Canotilho, “A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pág. 365; Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 113; e Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 194.

⁵⁶ V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 87 e seg.

⁵⁷ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 43 e seg., a crença na bondade do sistema representativo e do parlamentarismo foi uma das causas para o não surgimento da fiscalização da constitucionalidade das leis em Portugal (1ª fase de seu constitucionalismo). V., tb., Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu?...”, pág. 24; e Paulo Roberto Barbosa Ramos, *O controle concentrado...*, pág. 39.

Parlamento seria visualizada com uma molestação da própria vontade popular, expressa linearmente na lei⁵⁸. Decerto, o Parlamento ocupava um lugar de destaque em relação aos demais Poderes. Daí porque, sob esse enfoque, o Poder Judiciário era realmente um elemento neutro, sem capacidade interpretativa, incumbindo-lhe apenas “pronunciar as palavras da lei”⁵⁹. Além disso, era defeso aos juízes adentrarem no âmbito reservado das autoridades administrativas⁶⁰, fato que posteriormente veio a originar o nascimento dos tribunais administrativos. Com isso, percebe-se que o princípio da separação dos poderes, dogmatizado no art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, objetivava a elaboração de uma divisão orgânica e funcional muito mais nítida e sólida.

Por sua vez, o princípio da legalidade administrativa (traço fundamental do regime administrativo acabado de nascer, também fruto dessa limitação do poder estatal e ultraestimação do Parlamento) era, portanto, primordialmente colocado ao serviço da garantia dos direitos individuais

⁵⁸ Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 387: “Se as leis fossem aprovadas por todos e para todos, então ‘todos decidiriam sobre todos e, conseqüentemente, cada qual sobre si próprio’; mas para consigo ‘ninguém pode ser injusto’ (Kant, ob. cit.; idem, *Metaphysik der Sitten*, I § 46; de modo semelhante Locke, *Two Treatises*, II § 143; Rousseau, *Contrat social*, II 4)”.

⁵⁹ Efetivamente, quando Montesquieu aludiu ao poder judicial como poder neutro ou nulo, tinha em vista uma separação orgânico-funcional que correspondia a uma separação entre as classes sociais (idéia de “constituição mista”). Daí, como ao terceiro estado restava fornecer os juízes extraídos da camada popular, por tempo determinado, “para que não correspondesse a uma classe ou grupo”, sem participação direta nas definições ou execuções políticas, entende-se que seria realmente um poder neutralizado, porque não representariam “uma classe social independente”, estando alheio aos interesses da classe do Estado e ao poder político. V. Juan José Solozabal Echavarría, “Sobre el Principio de la Separación de Poderes”, *REP (Nueva Epoca)*, nº 24, Novembro – Dezembro, 1981, pág. 215 e seg.; e Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântica Editorial, Coimbra, 1969, pág. 146.

⁶⁰ É o teor do art. 13, do Capítulo II, da Lei Revolucionária de 1790: “As funções judiciais são distintas e deverão estar sempre separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seu cargo, os juízes não deverão interferir de nenhum modo sobre o funcionamento da administração pública, nem tampouco deverão convocar os administradores para que dêem conta perante eles com relação ao exercício de suas funções administrativas ...”. *Apud* Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu?...”, pág. 25.

perante o Estado⁶¹. Realmente, ele traçava o limite da atuação administrativa (“princípio do primado da lei”), estancando o agir público naquelas hipóteses em que os direitos individuais (designadamente a liberdade e a propriedade) poderiam ser postos em causa: para tanto, carecia-se de uma lei parlamentar (“princípio da reserva de lei”). Todavia, não se embatendo naquele espaço assegurado pela lei⁶² (vinculação negativa do princípio da legalidade administrativa – R. Alessi⁶³), reconhecia-se à Administração Pública uma margem de liberdade (Laband)⁶⁴, ou melhor, um espaço de livre atuação (“poder discricionário da Administração”). Daí porque, o princípio da legalidade representava um marco extrínseco em relação à autoridade administrativa.

Diante de tal oposição (concepção americana *versus* francesa da separação dos poderes), vê-se que a teoria eternizada na célebre obra de Montesquieu não é unívoca⁶⁵. Isso porque, dependendo da interpretação e do ângulo que se analisava essa formulação da separação dos poderes (onde há a presença de uma face político-social), bem como dos fatores históricos que a isso se associavam, poder-se-ia pender para um lado ou para o outro, ou melhor, institucionalizando-se um sistema de limitações e interferências entre os Poderes, ou um sistema mais estanque e menos permeável aos controles interorgânicos⁶⁶. Contudo, tanto no primeiro caso, quanto no último, a intenção da “divisão dos poderes” é a mesma: a limitação do poder público (*il*

⁶¹ Cf. Nuno Piçarra, *A Separação dos poderes...*, pág. 150 e seg.

⁶² Assim era a concepção de Stahl, *apud* Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador, “Seguridad jurídica y actuación administrativa”, *DA*, 218 – 219, Abril – Septiembre, 1989, pág. 201.

⁶³ Cf. Alessi, *apud* José Roberto Vieira, “O princípio da Legalidade da Administração”, *RDP*, nº 97, Ano 24, Janeiro – Março de 1991, pág. 145.

⁶⁴ Cf. Afonso Rodrigues Queiró, “A Função Administrativa”, *RDES*, Ano XXIV, nº 1 a 3, Janeiro a Setembro, 1977, pág. 6.

⁶⁵ Aliás, Nuno Piçarra, *A Separação dos poderes...*, pág. 90, chama atenção ao fato de que a interpretação da teoria de Montesquieu é, na maioria das vezes, incompleta e equivocada, pois se fixa apenas ao Livro XI de sua obra.

⁶⁶ Com efeito, o princípio da separação dos poderes jamais possuiu o caráter taxionômico ou se pretendeu absoluto. V. Javier Alvarado Planas, *De la ideología trifuncional a la separación de poderes*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1993, pág. 272; e Nuno Piçarra, *A separação dos poderes...*, pág. 91.

faut que le pouvoir arrête le pouvoir), evitando-se a sua concentração e o possível arbítrio por parte de seu único detentor⁶⁷

Todavia, independentemente da linha jurídico-institucional seguida, o certo é que o princípio da separação dos poderes passou a ser visto como um dogma do Estado Constitucional⁶⁸, tendo sido apontado, ao lado da proclamação da soberania popular, como uma de suas “‘grandes constantes’ (Kägi), a título de ‘princípio organizatório estrutural’”⁶⁹, inclusivamente dotado de inquestionável valor normativo e indubitável aplicabilidade imediata⁷⁰.

Tradicionalmente, sem se ater às suas várias formas, o princípio constitucional da separação (horizontal⁷¹) dos poderes preceitua que cada “Poder”⁷² do Estado está condicionado a exercer preponderante e autonomamente uma certa função: ao Poder Legislativo caberia a função de feitura das leis (aliás, gerais e abstratas, para que todas as situações fossem igualmente tratadas⁷³); ao Poder Executivo, a função de

⁶⁷ V., a título de exemplo, Luis Sanchez Agesta, “División de poderes y poder de autoridad del derecho”, *REDC*, Madrid, ano 9, n° 25, Janeiro – Abril, 1989, pág. 12; e Eric Barendt, “Separation of Powers and Constitutional Government”, *PL*, Winter, 1995, London, pág. 599.

⁶⁸ Cf. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964., pág. 54, para quem seria o princípio mais sagrado da teoria e prática constitucionais.

⁶⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 513. V., ainda, Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito...*, pág. 159, José Eduardo Faria, “Divisão dos poderes e constitucionalismo: virtudes e dilemas”, *RMP*, ano 19, n° 73, Janeiro-Março, Lisboa, 1998, pág. 11; e Juan José Solozabal Echavarría, “Sobre el Principio...”, 215. Carl Schmitt, *Teoría...*, pág. 138, refere-se ao “Estado Constitucional” como “Estado burguês de Direito”, no qual “direitos fundamentais e divisão de poderes designam o conteúdo essencial do elemento típico do Estado de Direito, presente na Constituição moderna”.

⁷⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 1105.

⁷¹ Sabido que o princípio da separação dos poderes, em sua modalidade vertical, associa-se à ideias de Federalismo e de Regionalismo ou, ainda, a uma distribuição de poder com base em critérios territoriais.

⁷² Para o conceito de “Poder” aqui utilizado, V.: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 510; e Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 19. Para aquele, às pág. 503, “Poder” do Estado seria o complexo orgânico do sistema do poder político dotado de uma determinada função tida por “suprema”, independente dos demais.

⁷³ V., sobre o conceito próprio de lei no Estado de Direito, Carl Schmitt, *Teoría...*, pág. 150. V., tb., Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 130 e seg.

executá-las e; ao Judiciário, a função de julgar; dirimindo, com imparcialidade e independência, os conflitos jurídicos, aplicando as leis ao caso concreto⁷⁴.

Assim, melhor seria se tivesse sido designado “princípio da separação das funções do Estado”, porquanto, do que efetivamente se trata, não é de uma quebra do poder estatal (já agora concebido como uno e indivisível), mas apenas do direcionamento das diferentes atividades estatais primordiais⁷⁵ – legislação, execução e jurisdição – a um conjunto de órgãos autônomos⁷⁶.

1.3. O Estado Social: A Separação das Funções Primordiais e o Princípio da Legalidade Administrativa

Contudo, *pari passu*, mostrava-se inadequada e superficial essa separação orgânica e funcional nos termos acima delineados⁷⁷, especialmente defronte às inúmeras tarefas que foram sendo incorporadas pelo Estado Moderno, o qual não mais podia encarar aquele inerte “guarda-noturno”, distante dos indivíduos e da sociedade; exigia-se, agora, a sua responsabilidade pelo cumprimento de inúmeras carências sociais, fazendo aflorar o chamado *Welfare State*.

Com efeito, após momentos de profundas crises econômicas e sociais, agravadas pela 1ª Grande Guerra, viu-se que não bastava proclamar os direitos fundamentais dos indivíduos para que fossem realmente assegurados, posto que eles necessitam de uma concretização

⁷⁴ V., a título de exemplo, Wladimir Brito, “Sobre a Separação dos Poderes” (policiado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, pág. 174; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984, pág. 394; Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 12 e seg. Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal...*, pág. 113: Kant construiu “autêntico silogismo da ordem estatal, em que o Legislativo é a premissa maior, o Executivo a menor, e o Judiciário a conclusão”.

⁷⁵ V. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 11. Aqui, conceitua-se função como “atividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista à realização das tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhe cabem”.

⁷⁶ V. Wladimir Brito, “Sobre a Separação...”, pág. 175; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito...*, pág. 159; e Javier Alvarado Planas, *De la ideologia...*, pág. 304.

⁷⁷ V. Luis Sanchez Agesta, “División de poderes...”, pág. 13.

fática e não meramente jurídica, relegada à sorte do acaso⁷⁸. O Estado passou a ter papel substancial na jornada pela busca do Bem-Estar e da Justiça Social⁷⁹; fato que fez alargar as suas incumbências e aumentar enormemente o seu aparato administrativo. E não só, porque o Estado se despontava ainda como um grande empresário, além de intervir na regulação da economia. Assim, “intervencionismo, patronagem, paternalismo” são palavras de ordem⁸⁰. A Administração Pública, portanto, “inchou”. Realmente, a “dilatação das tarefas públicas traduz-se necessariamente no alargamento do aparelho estadual, nomeadamente do aparelho administrativo”⁸¹.

Sendo assim, uma das conseqüências desse Estado Social (ativo) foi uma avalanche na produção legislativa a campos como os da saúde, educação, serviços essenciais, previdência social, trabalho; dentre outros. Falou-se, inclusivamente, na ocorrência duma “Elefantíase legislativa”⁸².

⁷⁸ Sobre essa nova concepção dos direitos fundamentais, V. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 47 e seg., resumindo a passagem dos direitos fundamentais da 1ª dimensão, para a 2ª: “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (...) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista..., demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.” Entretanto, o “impacto da industrialização e os graves problemas sociais econômicos sociais e econômicos que a acompanham, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social”. V., ainda, Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 419 e 420; e Karl Lowenstein, *Teoria...*, pág. 400.

⁷⁹ V., para uma paralela confrontação da exposição supra com as disposições constitucionais: na CRP, nomeadamente o Preâmbulo e os arts. 1º; 2º; 9º; 53º e seg.; 57º e seg.; 63º e seg.; 73º e seg. V., na CF, designadamente, o Preâmbulo e os arts. 3º, I, III, IV; 6º; 7º; 170; 193; 196 e seg.; 201 e seg.; 215; 217; 218 e 226, dentre outros mais.

⁸⁰ Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal...*, pág. 203.

⁸¹ Cf. Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 29.

⁸² Cf. Mário Raposo, *apud* Vinício A. P. Ribeiro, *O Estado de Direito...*, pág. 55, nota.

Nesse contexto, o Executivo foi também chamado a legislar, inovando sua esfera de competências⁸³. Isso porque, o Parlamento, pela sua própria estrutura interna, não conseguia fornecer respostas necessárias e rápidas às questões verificadas ao nível econômico-social, acarretando a decadência de seu antigo prestígio⁸⁴. Ademais, a “conformação social levada a cabo pelo Estado acarretou a figura da lei-medida, sem conteúdo geral e abstrato, decretada pelo Legislativo; o que, partindo-se da concepção clássica da separação dos poderes, só pode ser visto como uma interferência daquela na função executiva”⁸⁵: “leis em que a *actio* dir-se-ia suplantar a *ratio* ou a *constitutio*” (Forsthoff)⁸⁶.

Isto posto, não é de se estranhar que o primogênito princípio da legalidade tenha também sofrido alterações substanciais. De fato, a lei passou de limite (ou, se quiser, visto como uma exceção) para fundamento da atuação da autoridade administrativa (Charles Eisenmann fala em “princípio da conformidade”⁸⁷), mitigando o anterior espaço de liberdade da Administração em prol de um maior grau de segurança jurídica (e de garantia dos administrados). Assim, em vez de limitar a atividade administrativa, a lei passou a conformá-la e condicioná-la, quer estejam quer não em causa direitos subjetivos fundamentais dos

⁸³ V. na CRP, o art. 198º/a. V., na a CF, o art. 62 e 68, além do art. 61, o qual confere ao PR poderes para iniciar o processo legislativo.

⁸⁴ Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 47: “a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando ao segundo plano o Parlamento”. V., tb., Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 463. No Brasil, as denominadas medidas provisórias com força de lei são instrumentos normativos formalmente extraordinários, mas faticamente ordinários.

⁸⁵ Cf. Nuno Piçarra, “A Separação dos Poderes...”, pág. 154 e 155. V., ainda, Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões”, *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, coord. Mário Baptista, Lisboa, 1989, pág. 948.

⁸⁶ Cf. Ernst Forsthoff *apud* Jorge Miranda, *Manual ...*, V, pág. 133. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 665 e 666, as leis-medida seriam: “medidas legais destinadas a resolver problemas concretos, econômicos e sociais. Não se trata já do legislador extraordinário de Schmitt, mas do legislador ordinário ...”.

⁸⁷ V. Charles Eisenmann, “O Direito Administrativo...”, pág. 55.

administrados. Agora, “o princípio da legalidade... significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”⁸⁸.

Com efeito, o administrador passa a submeter-se totalmente ao legislador, tanto no que diz respeito à sua competência para a prática do ato, quanto à finalidade e forma deste. A Administração encontra-se então praticamente amordaçada pela lei, salvo na hipótese de outorga poderes discricionários. Sendo assim, a liberdade do indivíduo de não ser obrigado “a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da CF) é contraposta à posição da autoridade administrativa frente à lei: para o seu agir há de existir uma prévia autorização legislativa. Fala-se aqui, então, já no “princípio da competência”⁸⁹.

Questiona-se, em vista disso, acerca da densidade vinculatória do princípio da legalidade sobre a denominada “Administração Constitutiva”⁹⁰, uma vez que esta tem por escopo agraciar o particular com benefícios, implementado a Justiça Social; pelo que a exigência de observância rigorosa do princípio da conformidade deveria ser aqui mitigada⁹¹, quicá para uma mera exigência de compatibilidade (Wolff)⁹². Todavia, mesmo essa “benevolente” Administração de Prestações pode agredir direitos dos particulares (nomeadamente os sociais), razão pela qual nem sempre valerá aqui a máxima popular de que “a cavalo dado não se olha os dentes”⁹³. Ora, a subsistência

⁸⁸ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 13ª edição, São Paulo, 2001, pág. 75.

⁸⁹ V. Diogo Freitas do Amaral, “Legalidade (Princípio da)”, *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. III, 1985, pág. 978. Cf., Afonso Rodrigues Queiró, “Competência”, *DJAP*, vol. II, Lisboa, pág. 535: “O princípio da legalidade, portanto, estende-se, hoje em dia, a toda a matéria da distribuição de competência entre os órgãos externos das pessoas coletivas públicas”.

⁹⁰ V. Rogério Soares, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, *BFDUC*, vol. LVIII, 1981, pág. 169. V., para uma explicação sobre o conceito de *Daseinsvorsorge*, introduzido por Forsthoof na juspublicística, Maria João Estorinho, *A Fuga...*, pág. 86 e seg.

⁹¹ V., mencionando que essa questão é umas das controvérsias da Constituição Administrativa, Vital Moreira, “Constituição e Direito Administrativo...”, pág. 1161.

⁹² V. Diogo Freitas do Amaral, “Legalidade...”, pág. 989.

⁹³ V. Rogério Soares, “Princípio da Legalidade ...”, pág. 175.

dos particulares já está, afinal, intimamente dependente dessa Administração⁹⁴.

Importante, contudo, é registrar o fato de que o princípio da legalidade começa a fornecer sinais de não ser unívoco, mesmo numa mesma conjuntura temporal, bem se podendo pensar em intensidades variadas de heterovinculação legal.

O progressivo crescimento das ingerências estatais sobre a sociedade resultou ainda, por vezes, numa quase absoluta aniquilação das fronteiras entre ela e o Estado; situação que paulatinamente fez transparecer os regimes totalitários⁹⁵; férteis à implantação do desrespeito aos direitos individuais e da perseguição das minorias.

Tendo em vista o supra exposto, vê-se que, para além dos conteúdos do princípio da separação dos poderes e da legalidade, o próprio conceito de lei deveria ser repensado. A uma, porque o Parlamento já não era mais o seu único autor; a duas, porque se patenteou que ela poderia ter um conteúdo concreto e individual ou, apenas naturalmente geral⁹⁶ (destacam-se as leis que implementam distinções em prol de determinados grupos desfavorecidos, com o escopo de se concretizar uma igualdade no plano material⁹⁷); e, a três, porque ela também passa a ser, muitas vezes, um “mero expediente técnico, fre-

⁹⁴ Cf. Rolf Stober, *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pág. 85; apontando o entendimento do TCF nesse sentido. V., tb., José Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Livraria Almedina. Coimbra, 1987, pág. 160 e seg.

⁹⁵ Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal...*, pág. 184, salientando que o “Estado Social” comporta regimes políticos antagônicos. V. J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, cadernos democráticos, dir. Mário Soares, colecção Fundação Mário Soares, Edição Gradiva, Lisboa, 1999, pág. 11, diferencia o Estado de Direito do “Estado de não Direito”, sendo um exemplo deste o Estado fascista.

⁹⁶ Segundo Laband, as leis concretas (leis-medida, leis orçamentárias, leis de anistia etc) não perdem sua generalidade, pelo menos como característica natural da lei. *Apud* Jorge Miranda, *Manual ...*, V, pág. 132.

⁹⁷ Cf. José Casalta Nabais, “Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *BFDUC*, vol. LXV, Coimbra, pág. 118: “o princípio da igualdade ... implica, não só a proibição de discriminações arbitrárias, mas também, por vezes, a imposição de discriminações positivas orientadas para compensação das desigualdades fáticas, afim de obter uma igualdade de resultados”.

qüentemente com intenções de solução dum esquema de interesses concretos”⁹⁸, especialmente provindo dos grupos de pressão⁹⁹.

Com efeito, afirmar-se a existência de uma nítida repartição entre o Poder Legislativo e o Executivo na atual sistemática político-constitucional, principalmente dos Estados dotados de forma parlamentarista de governo, não deixa de ser uma “ficção jurídica”, dada a estreita relação interorgânica que possuem; sendo mais condizente com a realidade distinguir entre “as minorias de oposição e o conjunto politicamente homogêneo maioria-governo”¹⁰⁰.

Desse modo, tornou-se imperiosa a reformulação dogmática do princípio da separação dos poderes, na qual pudessem ser inseridas aquelas novas exigências do Estado hodierno, sujeito a intervenções ou a intercessões interorgânicas.

Do mesmo modo, esse princípio da legalidade mais “exigente”, colocando a Administração Pública numa posição “subalterna” em face da lei¹⁰¹; aliado ao fato da estrutura orgânica administrativa ter-se agigantado (demonstrando-se muitas vezes inábil à perfeita execução do seu múnus, nomeadamente na concretização das necessidades sociais), começava a trazer à tona novas exigências: exigências de modernização, de especialização, de simplificação, de eficiência e eficácia¹⁰².

⁹⁸ Cf. Rogério Soares, *Direito Público...*, pág. 170. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 511: “o significado jurídico-constitucional de lei se compadece com um conceito de lei tendencialmente vazio no plano material e apenas caracterizável pela forma, procedimento e força jurídica”. V. Nuno Piçarra, *A separação dos poderes...*, pág. 254 e 256.

⁹⁹ Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 55.

¹⁰⁰ Cf. Giuseppe Vergottini *apud* Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 183. V., tb., Jorge Reis Novais, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República*, Lex Editora, Lisboa, 1997, pág. 24; e Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 171.

¹⁰¹ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, pág. 51. V. Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 122 e seg.

¹⁰² V., para confrontação, na CRP, o art. 267º/1 e, na Cf, os arts. 37, 70, 74, II.

Efetivamente, princípios originários das Ciências Económicas¹⁰³, no sentido de que se deve alcançar melhores resultados (quantitativa e qualitativamente) num espaço de tempo mais curto e com redução de custos, germinavam nas Ciências Jurídicas e, principalmente, no campo da Administração Pública. Assim, a racionalidade jurídica tradicional mostrava ceder espaços a novos tipos racionalidades¹⁰⁴.

Por fim, despontava ainda a necessidade de se encontrar um ente responsável pela defesa da Constituição, com o intuito de impor a sua superior força normativa quando concretamente desrespeitada. Isso porque, percebeu-se que os direitos fundamentais não estavam imunes aos ataques do Estado Social e que a lei já não mais representava a vontade popular, podendo mesmo contrariá-la, afrontando o Texto Magno.

Os juspublicistas confrontaram-se com esse novo problema, qual seja: a vetusta substância do princípio da divisão dos poderes (com o seu acento tónico sobre a divisão orgânica¹⁰⁵) mostrava-se incapaz de explicar a dinâmica interna desenvolvida por esse novo Estado em relação às suas respectivas atividades e na busca do cumprimento de seus fins¹⁰⁶. As atenções voltaram-se, portanto, essencialmente para a distinção das funções do Estado.

Kelsen, por exemplo, advogado do normativismo, asseverava que todas as funções do Estado eram puramente jurídicas (ainda que no sentido lato do termo, de observância do Direito); pois, para ele, aquele ente confundia-se com uma “ordem jurídica relativamente centralizada”¹⁰⁷. Incluiu a função de “governança” no âmbito da administrativa; mas, obviamente, considerou-a jurídica e absolutamente

¹⁰³ V. Luís Cabral de Moncada, “Direito Público e Eficácia”, *EeD, Separata*, Lisboa, 1997, pág. 8.

¹⁰⁴ Cf. Albert Calsamiglia, “Justicia, Eficiencia y optimización de la legislación”, *DA*, 218 – 219, Abril – Set., 1989, pág. 141: “o modelo inovador subordina o princípio da sujeição à lei ao da resolução adequada dos conflitos. ... O modelo conservador insiste no valor legalidade, enquanto que o inovador na justiça material”.

¹⁰⁵ V. Carl Schmitt, *Teoría ...*, pág. 186.

¹⁰⁶ V. Rogério Soares, *Direito Público...*, 150.

¹⁰⁷ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura ...* pág. 385; e *Teoria Geral do Estado*, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1938, pág. 32 e 33. Segundo afirmava: “Estado e Direito são a mesma coisa”. “Cria-se assim um problema puramente aparente: o das relações de dois objectos que, na realidade, são apenas um”.

vinculada¹⁰⁸. Demais disso, consoante a sua argumentação, cada função seria uma forma de criação do Direito, especificando-o na medida em que se rebaixasse na pirâmide normativa. Kelsen ainda lançou mão dum “princípio da divisão do trabalho” para justificar o funcionamento dos órgãos estatais¹⁰⁹; ao qual se pode ora associar às idéias de desconcentração e descentralização, de especialização das atividades, de cooperação e, finalmente, de otimização de resultados.

Também Loewenstein reformula a separação das funções estatais. Primeiramente, ter-se-ia função de definição da decisão política fundamental (*policy determination*), usualmente conformada numa forma legislativa; em segundo plano, a função de execução ou, melhor, de concretização dessa decisão política (*policy execution*), através das já conhecidas funções legislativa, administrativa e jurisdicional e; por fim, a função de controle político (*policy control*)¹¹⁰. Consoante o próprio jurista, residiria nesta função o “núcleo” (ou melhor, o ponto-chave) dessa classificação funcional¹¹¹. Mesmo que se considere essa sistematização imperfeita¹¹², inovou exatamente num âmbito preciso, uma vez que a função de fiscalização política adquiriu nela uma importância autônoma frente às demais¹¹³.

¹⁰⁸ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, págs. 386 e seg.; Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 14; Wladimir Brito, “Sobre a Separação...”, pág. 179; e Marcello Caetano, *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*, 3ª edição, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1961, pág. 130.

¹⁰⁹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, pág. 396, 397 e 400. V., ainda, Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 153.

¹¹⁰ Cf. Karl Loewenstein, *Teoría...*, pág. 62 e seg.; Wladimir Brito, “Sobre a Separação...”, pág. 187 e 188; e Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 15.

¹¹¹ Cf. *Ibidem*, pág. 68; e Manuel Aragon, “La Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *REDC*, Ano 6, nº 17, Maio – Agosto, 1986, pág. 89.

¹¹² Cf. Manuel Aragon, “La Interpretación...”, pág. 94; pois, a contribuição de Loewenstein sobre os controles e suas classificações não resolveria o problema de sua conceituação.

¹¹³ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 15 e 16. Para J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 502: o controle constitui-se numa “categoria conceptual necessária para a correcta compreensão da organização do poder político”.

Não obstante as diferenciações doutrinárias formuladas, a *questio* atinente à separação (e à identificação) das funções do Estado não se encontra totalmente desvendada; já tendo sido inclusivamente identificada pela juspublicística como um de seus problemas mais árduos, especialmente quando em causa um ato jurídico-público situado na interseção da função administrativa com a jurisdicional ou com a legislativa¹¹⁴. Isso porque, existem “faixas fronteiriças” entre as funções primordiais, nas quais é verificado um certo esbatimento de suas características peculiares. A “jurisdição voluntária” seria exemplo típico de uma dessas áreas nebulosas, porquanto, apesar de sua forma judicial, não há lide a ser composta, consistindo na realização de atos substancialmente administrativos¹¹⁵.

Daí porque o critério material não poderia ser completamente substituído pelo critério organizatório do princípio da separação dos poderes.

1.4. Jurisdição Constitucional e Controle da Constitucionalidade das Leis

A autonomização da função de fiscalização (e, reflexamente, o seu robustecimento) convinha às necessidades duma Constituição carente de

¹¹⁴ V., dentre outros, Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 22; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 510; Juan José Solozabal Echavarria, “Sobre o Princípio...”, pág. 231; Joaquim Pedro F. Cardoso Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Coimbra, 1994, pág. 22; Nuno Piçarra, *A Separação dos poderes...*, pág. 264; José de Oliveira Ascensão, “Os Acórdãos com força obrigatória e geral do Tribunal Constitucional como fontes de Direito”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pág. 259; Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 16; e J. J. Gomes Canotilho e Paulo Canelas de Castro, “Constitucionalidade do sistema da liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários, previsto e regulado no Decreto-Lei nº 30.689, de 27 de Agosto de 1940”, *RB*, nº 23, 1992, pág. 60.

¹¹⁵ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 35; e Afonso Rodrigues Queiró, “A Função...”, pág. 26.

proteção positiva, mormente, retome-se, numa conjuntura de desenfreada legiferação e de corrente afronta aos direitos fundamentais¹¹⁶.

Os juízes foram convocados ao preenchimento dessa lacuna, fiscalizando a constitucionalidade dos atos normativos e a legalidade dos atos administrativos¹¹⁷. Aliás, não se confunde os termos “controle jurisdicional” e “controle político”¹¹⁸. Entretanto, aquele tipo específico pode ser inserido neste gênero (controle do poder político), tendo-se em conta que finaliza reparar as injuricidades praticadas pelo legislador ou pelas autoridades administrativas. Demais disso, consoante relembra Konrad Hesse, “questões constitucionais não são, originalmente, questões jurídicas, mas sim questões políticas”¹¹⁹. Sendo assim, seria equivocado se dizer que a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis é instituto absolutamente

¹¹⁶ Relembre-se a célebre frase de Carl Schmitt, com a qual inicia *La Defensa de la Constitución*, pág. 27: “a demanda de um protetor, de um defensor da Constituição é, na maioria dos casos, indício de situações críticas para a Constituição”. V., ainda, Konrad Hesse, *A Força...*, pág. 25; e Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu? ...”, pág. 13.

¹¹⁷ Cf. Joaquim Pedro Formigal Cardoso, “A reserva de juiz...” pág. 13: “Pode-se falar, em certo sentido, da transformação de um Estado Legal (com supremacia da lei) para um Estado jurisdicional (supremacia dos controles jurisdicionais sobre os espaços de autonomia dos outros dois “poderes””. V., ainda, acerca desse poder de controle: J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 347 e seg.

¹¹⁸ Cf. Manuel Aragon, “La Interpretación...”, pág. 88: “sob as diversas formas de controle do poder (parlamentar, judicial, social, etc) e sob as diversas facetas (freio, vigilância, revisão, inspeção) que esse controle pode revestir, existe uma idéia comum: tornar efetivo o princípio da limitação do poder”. Mas, às pág. 110: “se a unidade do fim permite atribuir um sentido unívoco ao controle e considerá-lo, por isso, validamente, como elemento inseparável do conceito de Constituição, a pluralidade de meios através dos quais esse controle se articula, a diversidade de objetos sobre os quais pode recair e o caráter variado dos instrumentos e institutos em que se manifestam impedem de sustentar um conceito único de controle”.

¹¹⁹ In *A Força Normativa da Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pág. 9. V., tb., Juan Carlos Moncada Zapata, “Control Constitucional y Separación de Poderes en el Mundo Contemporáneo”, *Ed. Medellín*, ano 60, v. 57, nº 129, Maio, 1998, pág. 56; Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 114; e Silvio Dobrowolski, “Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução”, *RJ*, ano 27, nº 108, Outubro – Dezembro, Brasília, 1990, pág. 68.

diverso da fiscalização política e, por conseguinte, da função política¹²⁰. Ora, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis certamente pressupõe uma concretização constitucional da função legislativa.

Porém, as “idéias judicialistas” acerca do “protetor da Constituição” não ficaram (nem estão) ilesas dos questionamentos doutrinários. Com efeito, tornou-se célebre uns argumentos reiterados por um Carl Schmitt no sentido de que a expansão da Justiça em matérias que eventualmente não fossem justiciáveis somente a prejudicaria e “a consequência não seria uma jurisdicionalização da Política, mas sim uma politização da Justiça”¹²¹. Instaurar-se-ia uma repugnante “aristocracia da toga”, sem qualquer fundamento democrático, o que se fazia imprescindível numa democracia constitucional, tal como aquela concebida pela Constituição de Weimar¹²². Nesse contexto, entendeu ser o Presidente do *Reich* o patrono desta Constituição, uma vez que ocupava na mesma uma posição neutra e central.

O robustecimento da figura do Chefe de Estado na Alemanha, corroborado pela tese de Schmitt¹²³, acabou por implementar lá um Estado Totalitário. Entretanto, permanece ainda vivo o debate sobre a conformação do princípio democrático com a Justiça Constitucional; ou melhor, sobre a sua legitimidade democrática, precisamente para

¹²⁰ V. Juan Carlos Zapata Moncada, “Control Constitucional...”, pág. 56; Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, *BMDC*, nº 57, Setembro – Dezembro, 1896, pág. 841; Karl Loewenstein, *Teoria...*, pág. 70; e Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 198. V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 633, aduzindo que o Tribunal Constitucional (Português, no caso) exerce funções jurídico-políticas. Cf. Albrecht Weber, “La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: Una comparación”, *REDC*, nº 17, Ano 6, Maio – Agosto, 1989, pág. 80: “A jurisdição constitucional é, *eo ipso*, ‘jurisdição sobre o político, porém não equiparável à jurisdição política’ (Stern).”

¹²¹ *In La Defensa...*, pág. 57. V., tb., J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 873.

¹²² *Ibidem*, pág. 240 e 245. Apesar de todos os fundamentos teóricos de Carl Schmitt, não se deve perder de vista que o pano de fundo de sua argumentação é Constituição de Weimar.

¹²³ V., trazendo passagens sobre a argumentação schmittiana, inseridas em obras anteriores à *La Defensa...*, Rudolf Smend, *Constitución...*, págs. 161, 162, 164, 215, dentre outras.

fiscalizar, corrigir e fulminar a obra legislativa¹²⁴. Decerto, é na esteira dessa remota controvérsia que os juspublicistas da atualidade tentam uma moderada solução para a dúvida levantada por Habermas: “Como é que uma *praxis* interpretativo-constitutiva pode operar nos limites da divisão dos poderes de um Estado de direito sem que a justiça invada a competência legislativa?”¹²⁵

Efetivamente, a argumentação de Carl Schmitt dirigiu-se contra a solução kelseniana inserida na Constituição da Áustria de 1920: a criação do primeiro Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)¹²⁶.

Com efeito, a noção de Kelsen de função estatal, resultando como consequência a total vinculação da função política ao Direito; aliada ao fato de serem os tribunais naturais aplicadores da lei, demonstrou-lhe ser de bom tom incumbir aos órgãos jurisdicionais a competência para o exercício do controle de constitucionalidade das leis (*richterliche Prüfung von Gesetzen*); de forma que se fizesse valer

¹²⁴ V., a título de exemplo, Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 67 e seg.; Nuno Piçarra, “A Separação dos Poderes...”, pág. 163; J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 872; Francisco Lucas Pires, “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 167; Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 177; Gilmar Ferreira Mendes, “Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial”, in *Jurisdição Constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 338 e seg.

¹²⁵ *Apud* J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 878. Ou, à sua maneira: “Qual o justo equilíbrio entre um tribunal excessivamente jurisdicional e um tribunal excessivamente político?”. Também Manuel Aragon, “La Interpretación...”, pág. 38, aponta: “aqui radica hoje um dos principais problemas do Direito Constitucional. O caráter jurídico ou político da Constituição, a condição jurídica ou política do controle de constitucionalidade, tem sua pedra de toque na teoria da interpretação; nesse campo pode decidir-se se a “realização” constitucional está ou não submetida a cânones de predeterminação”. Cf. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 10ª edição, São Paulo, pág. 289, é conveniente ratificar a distinção clássica entre questões políticas e questões judiciais, isso em proveito da própria competência judiciária. Contudo, salienta que essa distinção é apenas de grau. V., ainda, Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 80.

¹²⁶ V. Pedro de Vega, in *La Defensa...*, prólogo, pág. 16; Zeno Veloso, *controle jurisdicional...*, 326; J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 873; e Juan Carlos Moncada Zapata, “Control Constitucional...”, pág. 20.

a supremacia hierárquica das normas constitucionais em face das inferiores inconstitucionais (tal e qual a *judicial review of legislation*)¹²⁷.

Entretanto, Kelsen tinha ciência que para a instituição do “guardião da Constituição” não bastaria simplesmente “importar” a *judicial review* para a Áustria, porquanto, a concepção acerca do princípio da separação dos poderes (na sua vertente político-institucional), a qual se encontra na base desta criação americana, não era compatível com aquela que prevalecia na Europa; consoante se viu, bem mais inflexível a controles interorgânicos (objetivos); ocupando o Parlamento austríaco uma posição de relativa supremacia¹²⁸. Disso resultava: os juízes comuns não estavam legitimados a invalidar a obra do Parlamento e a Corte Constitucional não deveria se enquadrar dentro dos clássicos “Poderes” do Estado¹²⁹, não obstante também lhe serem atributos necessários a independência e a neutralidade características do Poder Judiciário.

Além do mais, não existia na Europa Continental instituto semelhante ao *stare decisis*, com o qual a decisão de inconstitucionalidade

¹²⁷ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, pág. 368: “Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber a quem há-de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efectuar esse controlo. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjectivo é o ser uma lei também objectivamente tem esse sentido”. A partir de Abril de 1921, apesar de nada dispor a Constituição de Weimar sobre o *Normenkontrolle*, o Tribunal do Estado entendeu ser competente para a revisão jurisdiccional das leis federais. V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 117; Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 72 e 90; e Juan Carlos Moncada Zapata, “Control Constitucional...”, pág. 21. Diferentemente, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 9, elucida: “a admissibilidade do controle judicial incidental de constitucionalidade somente foi reconhecida no acórdão do *Reichgericht* de 4 de novembro de 1925”.

¹²⁸ V. Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 84; e Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 54.

¹²⁹ V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 119; Juan Carlos Moncada Zapata, “Control Constitucional...”, pág. 13 e 46, para quem a tradicional separação dos poderes é incapaz de explicar a posição institucional das Cortes Constitucionais; Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 84; J. J. Gomes Canotilho, “A Concretização...”, pág. 348; e Carl Schmitt, *La Defensa ...* pág. 213.

da Suprema Corte adquire uma eficácia geral¹³⁰. Assim, não seria conveniente que a competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis ficasse atribuída generalizadamente a todos os tribunais, afinal, isso poderia gerar incertezas e julgamentos díspares¹³¹, nomeadamente entre os tribunais comuns e os administrativos.

Portanto, mostrava-se adequado monopolizar tal competência num único tribunal. Concebeu-se, então, o que usualmente se designa “controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos”, posto que somente o respectivo órgão está legitimado a exercê-lo.

Demais disso, a decisão proferida neste controle (diferentemente daquela prolatada mediante o controle difuso estadunidense), acaso reconheça a inconstitucionalidade da lei, apenas a anula (com efeitos para o futuro ou *ex nunc*)¹³². Isso porque, para além da aludida primazia da lei (relacionada com a posição institucional do Parlamento austríaco), partia-se do seguinte raciocínio: “tendo a norma adentrado no mundo do Direito, somente poderá ser expulsa através do princípio *lex posteriori derogat lex priori* ou de um processo especial previsto na Constituição. Enquanto isso não se verificar, a lei é plenamente válida, não devendo ser rejeitada pelos aplicadores do Direito”¹³³. Por isso, considerava Kelsen que a função de anular uma lei inconstitucional era substancialmente legislativa, afinal, a sentença do Tribunal apresentava força de lei.

Apesar do sistema austríaco de controle jurisdicional ter passado por alterações que minimizaram sensivelmente a sua rigidez inicial, especialmente no que diz respeito ao alargamento do rol de legitimados para pleitear o pronunciamento do Tribunal Constitucional, o fato é que, no decorrer do século XX, comprovou-se que a instituição duma Justiça voltada para a defesa da Constituição é um instrumento de peso para o amparo do Estado Democrático e do Estado de Direi-

¹³⁰ Cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 78 a 82. Na pág. 81: “Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta”. V., ainda, Ronaldo Polleti, *Controle da Constitucionalidade...*, pág. 61.

¹³¹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, pág. 368.

¹³² V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 133; e Mauro Cappelletti, *O controle judicial...*, pág. 85.

¹³³ V. Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, pág. 367 e 374.

to¹³⁴ (unificados num Estado Democrático de Direito¹³⁵). Insere-se, aliás, nesta “metade” do Estado Constitucional o princípio da separação dos poderes; todavia, reestruturado em alguns de seus alicerces jurídico-constitucionais, consoante esclarecer-se-á seguidamente. Enfim, como sintetiza Jorge Miranda: “Sem a justiça constitucional o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática”¹³⁶.

Com efeito, os prejuízos econômico-sociais advindos da Segunda Guerra Mundial e o desprestígio das idéias “antijudicialistas” sobre o “guardião da Constituição” foram fatos que, aliados à fundação do Tribunal Constitucional austríaco, contribuíram decisivamente para que a *Verfassungsgerichtsbarkeit* se proliferasse pela Europa e, posteriormente, por outros continentes. E o “efeito expansionista” da Justiça Constitucional ainda não parece querer estacionar, haja em vista estar alcançando países africanos e do leste europeu¹³⁷.

¹³⁴ V. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 2ª edição, BFDUC, Separata, Coimbra, 1992, pág. 63 e seg.; e Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu?...”, pág. 41.

¹³⁵ A CRP fala em seu art. 2º em “Estado de Direito Democrático”; enquanto a CF, em seu art. 1º, *caput*, preferiu fazer uso da expressão “Estado Democrático de Direito”. Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional, Direitos – Tribunal Constitucional, Tribunais”, in *Portugal: O Sistema Político Constitucional – 1974 – 1987*, coord. Mário Baptista Coelho, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1987, pág. 903, são requisitos imprescindíveis do Estado Constitucional Democrático de Direito: a primazia ou supremacia da Constituição, a eficácia vinculante de todos os poderes públicos e aplicabilidade direta como lei. São também, “ao mesmo tempo, condições indispensáveis à configuração de uma justiça constitucional *concretizadora* do direito constitucional”. Para um breve exame da convivência (harmoniosa ou conflituosa) do Estado de Direito (pressupõe indivíduo passivo) e do Estado Democrático (pressupõe cidadão – ativo) no Estado Constitucional, V. J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, Cadernos Democráticos, dir. Mário Soares, Coleção Fundação Mário Soares, Edição Gradi-va, Lisboa, 1999, pág. 26 e seg.

¹³⁶ In “Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Rui Medeiros”, *DJ – RFDUCP*, volume XIII, 1999, Tomo 2, pág. 262. Cf. Manuel Aragon, “La Interpretación...”, pág. 135: “A Constituição não poderia sobreviver sem os controles sociais e difusos, sem dúvida alguma, porém, a Constituição não poderia “ser” sem o controle jurídico, que é, por excelência, o controle jurisdicional”.

¹³⁷ Cf. Louis Favoreau *apud* Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 178, existiriam três fases históricas de criação dos tribunais constitucionais: 1ª- entre as duas grandes guerras; 2ª- após a segunda grande guerra; e 3ª- nos anos 70. Entretanto, nota-se atualmente uma 4ª fase, relativa aos países do leste europeu e aos africanos.

Não bastasse esse crescimento “territorial” da Justiça Constitucional, deve-se ainda apontar que ela também vem apresentando um alargamento substancial, para além da tradicional competência de decisão sobre a constitucionalidade dos atos normativos¹³⁸. Realmente, âmbitos que se mostram importantes para uma integral tutela do Estado Democrático de Direito também têm sido entregues aos cuidados da Justiça Constitucional, especialmente aqueles que tem a ver com o Direito Eleitoral, ou melhor, relativos à regularidade dos procedimentos da democracia representativa e da participativa¹³⁹.

De mais a mais, levantam-se vozes a reclamar uma ampliação do acesso e do alcance da jurisdição constitucional¹⁴⁰; visando aperfei-

¹³⁸ Cf. Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 58, o conteúdo do núcleo de competências da jurisdição constitucional na atualidade compreende: “(1) controle de constitucionalidade de normas federais e/ou estaduais; (2) conflitos federais ou quase-federais (na medida em que se trata de Estados federais ou com estrutura regional); (3) conflitos de competências entre os órgãos federais supremos; (4) recursos de amparo dos direitos fundamentais, na ocasião de violação, direta ou indireta, da Constituição”.

¹³⁹ O Tribunal Constitucional de Portugal, para além do controle de constitucionalidade e de “legalidade” (o parâmetro são leis com valor reforçado) dos atos normativos, possui atualmente os seguintes grupos de competências: (1) respeitantes ao mandato do Presidente da República; (2) relativas aos processos e atos eleitorais e à verificação da regularidade dos referendos e das consultas diretas aos eleitores a nível local; (3) referentes à legalização e registro dos partidos políticos e suas ligações, bem como à extinção dos partidos e outras organizações; e (4) atinentes ao registro e divulgação pública das declarações de riqueza e rendimentos dos titulares de cargos políticos e equiparados. O *Bundesverfassungsgericht*, por sua vez, detém também competências para a declaração de proibição de partidos políticos (art. 21, II, §§ 3, nº 2, da GG e; 43 e 47 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) e para aferir a legitimidade das eleições (art. 41, II, § 3, nº 3 da GG e § 48 daquela Lei). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 16. Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 286 e seg., deve haver a modificação das competências do STF, outorgando-lhe as que atualmente pertencem ao Supremo Tribunal Eleitoral. Este Autor anota, às pág. 66, que Justiça Constitucional apresenta, geralmente, 5 (cinco) ramos de competências: (1) controle de constitucionalidade; (2) proteção dos direitos fundamentais; (3) controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); (4) controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências; e (5) equilíbrio da federação.

¹⁴⁰ V. Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 187; J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 880 a 882.

çoá-la ao presente “Estado Plural”, confeccionado com base em vários pontos ativos de poder (regiões e municípios dotados de autonomia; minorias étnicas, religiosas e culturais; partidos políticos, sindicatos, corporações profissionais, instituições públicas, associações privadas *etc*); e, por conseguinte, manter a unidade constitucional pretendida pela Lei Fundamental. Nesse sentido, abrir-se-ia a jurisdição constitucional numa proporção de abranger a atual “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”¹⁴¹.

Contudo, o que ora se importa focar, por ter estreita relação com o princípio constitucional da separação dos poderes, é que a Justiça Constitucional, especialmente por meio do exercício do controle de constitucionalidade dos atos normativos, atua como uma espécie de contra-poder dos órgãos estatais legiferantes (especialmente em face do Executivo e do Legislativo)¹⁴², tanto de âmbito nacional, como estadual ou municipal), mormente quando verifica se os mesmos observaram as suas competências constitucionalmente plasmadas ou se, ao reverso, romperam inconstitucionalmente os seus correlativos limites. Aliás, decotando-se algum excesso, é elucidativa a frase dum Miele, no sentido de que “já não é o juiz que está submetido à lei, mas é a lei que está submetida ao juiz”¹⁴³.

¹⁴¹ V. Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, pág. 33: “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”. Assim, “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática” (pág. 48).

¹⁴² Também o Poder Judicial pode deter alguma competência para a feitura de normas jurídicas. V. art. 96, I, e 144, § 2º, da CF. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 35, ressalta a elaboração pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal de Contas de Portugal de regulamentos internos necessários ao seu bom funcionamento.

¹⁴³ *Apud* Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição – sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Universidade Católica Editora, Porto, 1997, pág. 21.

Assim, se respeitados os seus devidos parâmetros e diferenças estruturais, nomeadamente no que tange à sua especial composição¹⁴⁴, pode-se dizer que a Justiça Constitucional situa-se frente aos órgãos estatais legiferantes numa posição análoga à da Justiça Comum (no caso específico dos sistemas de Administração “Executiva”, entenda-se, via de regra, dos tribunais administrativos) face às autoridades administrativas¹⁴⁵. E não apenas porque entre os dois pólos citados (Justiça Constitucional – órgãos estatais legiferantes e Justiça Comum – autoridades administrativas) impera-se a exigência pelo acatamento de um Estado Constitucional Democrático de Direito (no qual pousam o princípio da constitucionalidade dos atos normativos e o da legalidade dos atos administrativos); mas, principalmente porque, em ambos os casos, são órgãos jurisdicionais que se apresentam como contrapeso do extremo oposto¹⁴⁶.

¹⁴⁴ A participação de outros órgãos de soberania na designação dos membros dos Tribunais Constitucionais é usual no direito comparado e visa outorgar-lhes um maior grau de legitimidade democrática. O *Bundesverfassungsgericht*, por exemplo, tem seus membros eleitos, em partes iguais, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Os membros do Tribunal Constitucional da Áustria são eleitos ora pelo Poder Executivo, ora pelo Poder Legislativo e são nomeados pelo Presidente Federal. O Tribunal Constitucional Português compõem-se de 10 (dez) membros eleitos pela Assembleia da República e 3 (três) membros cooptados por aqueles. O Conselho Constitucional Francês é composto pelos antigos Presidentes da República e por mais 9 (nove) membros, sendo cada terça parte eleita, respectivamente, pelo Presidente da República, pelo Senado e pelo Presidente da Assembleia Nacional. Na Itália, dos 15 juízes da Corte Constitucional, 5 (cinco) são nomeados pelo Presidente da República, 5 (cinco) pelo Parlamento e os demais são eleitos pelos Tribunais superiores. Cf. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 77 e seg.

¹⁴⁵ Cf. Luigi Ferrajoli, “Jurisdição e Democracia”, *RMP*, Ano 18, nº 72, Outubro – Dezembro, 1997, pág. 11: “Um fenómeno comum a todas as democracias avançadas é a expansão, relativamente ao modelo de Estado paleo-liberal, do papel da jurisdição, porquanto, relativamente aos outros poderes do Estado, ele (o juiz) é de certo modo um contra-poder, no duplo sentido de que está encarregado do controlo da legalidade sobre os atos inválidos e sobre atos ilícitos e, portanto, sobre as violações, de onde quer que provenham, dos direitos dos cidadãos”. V., tb., António Francisco de Sousa, “Estado de Direito – Estado de Justiça”, *EeD*, nº 12, 2º semestre, 1993, Lisboa, pág. 100; e Otto Bachof, *Jueces y constitución*, Taurus Ediciones, Madrid, 1963, pág. 25, 50 e, especialmente, 58.

¹⁴⁶ Cf. Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 262; aduzindo que no Estado de Direito a decisão sobre a validade dos atos jurídico-públicos – incluindo a validade atos

Sob esse aspecto, os órgãos jurisdicionais (especialmente, os órgãos jurisdicionais da Justiça Constitucional) apresentam-se como instrumentos para a contenção do poder político dentro dos quadros fixados pela Constituição; item primordial para um Estado que pressupõe a paz e o equilíbrio institucional entre os seus órgãos. Ademais, tais órgãos são, inclusivamente, um complemento desse mesmo poder, um *plus*^{147/148}.

Desta maneira, pode-se visualizar a relação estabelecida entre o “controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos” e a “separação (organização-relacionamento-equilíbrio) dos poderes es-

normativos – impende sobre os tribunais, e não sobre outras autoridades. Não se olvida, com isso, o controle exercido pela Justiça Constitucional muitas vezes é “bloqueado” a um certo nível pelo princípio da “autolimitação judicial”, de maneira que a liberdade de conformação do Legislador seja por ela devidamente respeitada. De fato, o TCF afirmou, no ano de 1975 (BverfGE 39, 1 – 72): “a elaboração de um instrumental adequado que respeite a liberdade de configuração do legislador será possivelmente uma das tarefas principais da jurisprudência nas próximas décadas”. *Apud* Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 196. V., ainda, J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 365; e “Jurisdição constitucional...”, pág. 872. V., criticando esse aspecto da Justiça Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, “Lei 9868/99 – Processo e Julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, *RJVP*, Novembro, 1999; e Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 194.

¹⁴⁷ Cf. José Manuel M. Cardoso, *A Jurisdição...*, pág. 67: “Ao fim e ao cabo, também ele – o Tribunal Constitucional – contribui o Tribunal constitucional, ao seu nível e ao seu modo, para a formação da ‘vontade política’ do Estado, e participa na direcção superior deste”. V., ainda, J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 359, argumentando no sentido da existência de uma relação de complementaridade entre o Tribunal Constitucional e o legislador.

¹⁴⁸ Com efeito, há quem aponte que a razão de ser dos Tribunais Constitucionais não repousaria tanto no aperfeiçoamento do Estado de Direito, mas sim na possibilidade de existir uma certa “relação de mutualismo” entre o Direito e a Política. V. J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 877: “os tribunais constitucionais merecem acolhimento porque as relações entre a política e o direito se colocam em termos substancialmente diferentes dos de Carl Schmitt: a política tem alguma coisa a ganhar alargando a sua capacidade de prestação e purificando as suas bases de comunicação se não deixar “juridicizar” totalmente as questões políticas; o direito também não perde tudo se se considerar que algumas questões tingidas de política são, ao mesmo tempo, questões jurídico-constitucionais carecidas de um controlo jurisdicional específico”.

tatais/homogeneidade constitucional”, respectivamente, como uma relação meio/fim¹⁴⁹.

Com isso, registre-se, não se pretende dizer que o controle jurisdicional seja o único artifício para o alcance de tal objetivo (porque realmente não o é¹⁵⁰); mas, decerto, é um dos mais relevantes, especialmente em termos de defesa jurídica da Constituição.

1.5. O Princípio Constitucional da Separação dos Poderes e a Repartição de Competências Constitucionais

Entretanto, de qual “divisão dos poderes” se trata se aquela fórmula concebida no Estado Liberal demonstrou-se desatualizada e insuficiente para explicar a estrutura orgânico-funcional do Estado hodierno e; não obstante isso, as Constituições modernas parecem ainda insistir no “chavão” de que o Estado deve respeitar a “separação, interdependência e harmonia dos poderes”¹⁵¹? Ver-se-á isso seguidamente,

¹⁴⁹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A jurisdição...*, pág. 63 e 64: a Corte Constitucional é um “elemento institucional do maior significado e importância, em ordem a garantir o ‘funcionamento constitucional do Estado’, o correcto e o regular desenvolvimento do processo político”, o que é basicamente realizado pelo controle normativo. V., tb., Rogério Soares, *Direito Público...*, pág. 153; Edmar Oliveira Andrade Filho, *Controle de Constitucionalidade...*, pág. 17; e Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 419.

¹⁵⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 502, é necessário apurar a noção de controle constitucional para que “não se limite a enfatizar o controle jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania”.

¹⁵¹ Dispõe o art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O art. 60, § 4º, inciso III, veda qualquer emenda constitucional tendente a abolir a “separação dos poderes”. O art. 2º da CRP preceitua que a República Portuguesa é baseada na “separação e interdependência de poderes”. O seu art. 111º/1 determina: “os órgãos de soberania devem observar a separação e independência estabelecidas na Constituição” V., tb., o art. 288º/j da CRP. Na Grundgesetz, o princípio encontra-se inserido no art. 20, alínea 2, frase 2, segundo o qual, todos os poderes do Estado emanam do povo e são exercidos por ele, mediante eleições e votações e por meio dos especiais órgãos da legislação, do poder executivo e da jurisdição. A doutrina majoritária alemã, apesar desse art. 20 não ser explícito nesse sentido, compreende como conteú-

não sem antes se dizer que tal fato justifica as ponderações de Karl August Betterman: “Trata-se de um princípio invariavelmente sujeito a renascer das ruínas de todas as reformas políticas e institucionais que intentaram bani-lo do novo Direito Constitucional construído por obras das idéias sociais do século”¹⁵². Ou também, no sentir de J. J. Gomes Canotilho, sobre argumentos de Konrad Hesse: “Devemos perspectivá-lo como *princípio histórico* (K. Hesse) ‘em contacto’ com uma ordem constitucional concreta”¹⁵³.

Efetivamente, não há de ser uma qualquer “separação e interdependência dos poderes”, uma divisão abstrata e aleatória; mas, sim, aquela concretamente delineada pelo Texto Fundamental, mediante o repasse de competências aos órgãos de soberania¹⁵⁴, com o objetivo de cumprirem os seus fins.

Contudo, como corrobora K. Hesse, o olhar exclusivo (e imediato) para a repartição constitucional de competências pode ser insuficiente à sua perfeita compreensão. Veja-se, a título de exemplo, a CF: não há clarificação da função que precipuamente incumbe ao Poder Judiciário (art. 92 e seguintes), apesar da expressa consagração da separação dos poderes como princípio “petrificado” (art. 60). Há, de fato, na CF, a identificação dos órgãos que compõem esse poder; mas, não um artigo análogo ao 202º da CRP. Daí porque não basta

do do princípio a proibição de exercer funções que são atribuídas a um outro poder (separação dos poderes) e o controle e o refreamento recíproco dos poderes (equilíbrio dos poderes). O art. 1º, alínea 3, da GG, também se refere à tripartição de poderes e o art. 79, alínea 3, não admite sua modificação. V. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pág. 365 e seg.; e Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edição, Editora Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 861 e seg.

¹⁵² Cf. Paulo Bonavides, *Curso...*, pág. 511. V. Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 10.

¹⁵³ *In Direito Constitucional...*, pág. 514. V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 368.

¹⁵⁴ V., para um conceito de competência: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 503; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, 1990, pág. 413. A competência pode ser compreendida como a faculdade juridicamente outorgada (constitucional ou legalmente) ao órgão ou agente para que cumpra os seus fins-deveres específicos. Como ora se trabalha essencialmente com órgãos de soberania, centrar-se-á nas competências constitucionalmente atribuídas.

“decorar” esse “primeiro plano” do princípio da separação dos poderes; há de entendê-lo, em sua inteireza.

Decerto, se é a própria Constituição a quem compete a estruturação do poder político estatal (matéria respeitante à designada reserva de constituição¹⁵⁵), esta somente poderá ser destrinchada, de modo menos indene de dúvidas possível, estando-se primordialmente defronte dessa exata repartição de competências¹⁵⁶; cuja orientação é, para além de obstaculizar a união de poderes através de um arranjo equilibrado (dimensão primária – garantística), estabilizar, planejar, racionalizar e operacionalizar as funções estatais, otimizando resultados¹⁵⁷.

Aliás, Kelsen identificava, nesse particular, um “princípio de divisão do trabalho”, exórdio ainda pouco expressivo dessa hodierna “dimensão de racionalização” funcional do Estado; a qual ora é o acento tônico do princípio da “separação dos poderes”¹⁵⁸. Daí porque “Há uma funcionalização ao interesse público mediatizado pela norma jurídica”¹⁵⁹.

Realmente, o princípio da “separação e interdependência dos poderes” continua ocupando o seu lugar de destaque como princípio organizatório do Estado Constitucional; todavia, concretizado atualmente por uma distribuição de competências aos órgãos de soberania e

¹⁵⁵ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral...*, pág. 45: “A ordem superior fixa, soberanamente, as competências. É esse o verdadeiro laço que existe entre soberania e esta autoridade suprema em matéria de competência (*Kompetenzhoheit*)”.

¹⁵⁶ V. Wladimir Brito, “Sobre a Separação de Poderes...”, pág. 196; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, 502; Luiz Sanches Ageta, “División de Poderes...”, pág. 14; Nuno Piçarra, “A Separação dos Poderes na Constituição...”, pág. 156; e Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 116.

¹⁵⁷ V., a título de exemplo, Omar Francisco Do Seixo Kadri, “O Executivo-Legisador: o Caso Brasileiro”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, pág. 30; e Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 509.

¹⁵⁸ V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 377, falando em efeito *racionalizador* do princípio da separação dos poderes. Cf. Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 26: “O princípio da separação dos poderes evoluiu no sentido de uma função positiva racionalizadora da organização e actuação do poder estatal e onde a dimensão garantística que lhe é própria se concretiza num conjunto de institutos que garantem os direitos e liberdades individuais contra o poder e os poderes do Estado e não especialmente contra o Executivo ou a Administração”.

¹⁵⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 56.

também com suporte em fundamentos de operacionalização; estes em consonância com a atual complexidade dos fins do Estado¹⁶⁰, o que demanda que a sua satisfação se faça ainda por critérios de eficácia: buscar aproveitar ao máximo as potencialidades próprias de cada estrutura orgânica, objetivando melhores resultados.

Destarte, entre os “Poderes” do Estado (ou órgãos de soberania) e as suas correlativas funções faz-se imperioso averiguar a existência da competência: pré-requisito para a legitimidade da atuação dos órgãos. Certamente, “não basta que haja um determinado órgão do poder político do Estado (aquele que actua), é igualmente imprescindível que ele seja competente para actuar, isto é que disponha do poder funcional necessário à prática daquele acto”¹⁶¹. A competência contida na norma constitucional seria assim, simultaneamente, uma autorização (ou uma obrigação) para o agir do órgão por ela designado (vertente comissiva) e uma proibição de interferência para os demais (vertente omissiva), além de, evidentemente, servir de parâmetro para o controle da constitucionalidade/legitimidade da atuação (ou da omissão) do órgão¹⁶².

Desta forma, para se averiguar acerca da legitimidade de determinado ato jurídico-público¹⁶³, num dado quadro constitucional, deve-

¹⁶⁰ Cf. Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 38.

¹⁶¹ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 116. O Autor caracteriza a competência como pressuposto subjetivo-objetivado para a execução do ato do poder político do Estado e, de forma elucidativa, menciona que reúne os pressupostos privatísticos da capacidade e da legitimidade. V, ainda, Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 55.

¹⁶² Cf. Ernst Forsthoff pode-se extrair das normas constitucionais duas vertentes: normas de ação (de função, ativa) e normas de controle (quando se analisa se a aquela ação é conforme a Constituição). Assim, a ação e o controle contidos no preceito constitucional não se dirigem aos mesmos órgãos. *Apud* J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 353 e; *Direito Constitucional...*, pág. 505. Naquele texto, às pág. 355, há uma passagem de BARBEY: “A legitimidade do acto de um órgão não pode ser contestado com base em argumentos específicos, caracterizadores das competências para a decisão”. V. Ac./TC nº 71/84.

¹⁶³ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 106: ato jurídico-público é a “manifestação de vontade de um órgão ou agente do poder político do Estado respeitante à prossecução dos fins do Estado e ao exercício das suas funções (ou que como tal se apresentar) e que, por isso, lhe é imputável, manifestação de vontade essa que visa a produção de efeitos jurídicos”.

se, primeiramente, investigar se a pertinente competência fora plasmada ao órgão (ou ao agente) que o elaborou.

É fato, entretanto, que existem competências que não são exclusivas; mas, concorrentes: isso quando vários órgãos de soberania se encontram legitimados a concretizar a norma constitucional¹⁶⁴. Contudo, via de regra, as competências são atribuídas aos órgãos constitucionais em caráter restrito, haja em vista ser isso adequado às intenções que estão subentendidas na “divisão dos poderes”, especialmente evitar uma eventual “confusão ou usurpação de poderes”. Trata-se do “princípio da tipicidade constitucional de competências”¹⁶⁵, do qual se extrai que a interpretação das normas constitucionais de competências há de ser feita de maneira restrita ou moderada¹⁶⁶; sob pena de se esvaziar o próprio conteúdo do princípio constitucional da “separação dos poderes”.

Tal orientação é importante na hipótese de deparar-se com competências constitucionais implícitas, ou seja, aquelas não previstas claramente na Constituição e que, por isso mesmo, são fonte de controvérsias acerca do maior ou menor âmbito de atribuições de cada “Poder”.

Torna-se também complexa a distinção quando em jogo competências constitucionais (“sistematicamente”) implícitas e “competências abusivas”¹⁶⁷ (melhor ainda seria qualificá-las como verdadeiras “incompetências”, posto que não autorizam o exercício da função e a prática legítima do ato jurídico-público¹⁶⁸). Estas seriam autênticas “alienígenas”, irreconhecíveis pela Constituição. Aquelas, ao reverso,

¹⁶⁴ Seria esse o caso do art. 24 da CF, referindo-se à “competência concorrente”, em matéria legislativa, da União e dos Estados-membros (em face da separação vertical de poderes, portanto). Contudo, desfigurada pelo § 1º do dispositivo. V. Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso...*, pág. 299.

¹⁶⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 243 e 506.

¹⁶⁶ Frutífera, neste aspecto, uma analogia com o princípio da tipicidade da infração penal. Em matéria criminal, evidentemente, a interpretação há de ser feita de modo substancialmente restrito. Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 58: “A competência vem da norma, não se presume”. Assim também, Schnapp, *apud* Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 36.

¹⁶⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 508, seriam “competências não escritas”. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 236, também utiliza-se dessa expressão; mas, para designar as competências implícitas legítimas.

¹⁶⁸ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 118: “a competência para a prática de certo acto deve ser apreciada, não em abstracto, mas em concreto, perante o acto em causa”.

seriam constitucionalmente enquadráveis através de uma interpretação sistemática das normas de competências e de uma contraposição meio-fim do ato *sub examine* com a função correlativamente atribuída ao órgão¹⁶⁹.

Efetivamente, as competências implícitas não se prestam à inovação do conjunto jurídico-funcional dos órgãos de soberania (o que, aliás, seria inviável de realizar-se num Estado Constitucional mediante uma mera técnica interpretativa); mas, sim, para que seja possível a cabal execução da tarefa estatal constitucionalmente direcionada. Com isso, evitam-se embates no sistema normativo de competências, pois, conforme bem ressalta Konrad Hesse, o olhar dirigido ao princípio da separação dos poderes não pode ser puntual; mas, ao reverso, “deve ser dirigido *ao todo da Constituição*”¹⁷⁰.

Do que fora dito, nomeadamente no sentido de que as competências constituem o aparato constitucional para a execução das funções estatais¹⁷¹ e que são usualmente atribuídas aos órgãos de soberania em carácter peculiar, evidencia-se que, pelo menos por princípio, são as mesmas indisponíveis e, as respectivas normas constitucionais, inderrogáveis¹⁷². Ademais, os órgãos de soberania não podem estribar a sua atuação num “livre arbítrio”, ou seja, movimentarem-se em “espaços livres” de competências: condição *sine qua non* para a prática constitucional do ato jurídico-público.

Há que se perguntar ainda acerca do porquê daquela determinada fixação de competências: a Constituição se valeria de algum pré-juízo para confiar aos órgãos constituídos a concretização de certas tarefas ou, pelo contrário, seriam elas assinaladas de um modo mais ou menos automático, com supedâneo apenas na clássica, mas moderada corre-

¹⁶⁹ V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 508; Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 58; e Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 116.

¹⁷⁰ Cf. *Elementos...*, pág. 368.

¹⁷¹ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 54: “A competência é algo instrumental no confronto dos fins ou funções do Estado ou dos interesses públicos”. V., ainda, J. Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais da Separação de Poderes, da ‘Reserva do juiz’ e do Estado de Direito Democrático. Evolução do contencioso tributário aduaneiro”, *RDP*, Ano III, nº 5/6, Julho – Dezembro, 1989, pág. 70.

¹⁷² V., para confronto, como exemplo, o art. 111º/2 da CRP; o art. 22, caput, c/c § 1º, 68, § 1º, da CF.

lação Poder Judiciário/função jurisdicional; Poder Executivo/função executiva (direção política e administrativa) e, Poder Legislativo/função legislativa?¹⁷³

Ora, realmente esta hipótese fica imediatamente descartada quando se está ciente de que o princípio da “separação e interdependência dos poderes” possui uma faceta positiva, frise-se: a “dimensão de racionalização” das funções do Estado. Sendo assim, a oferta de competências constitucionais se efetua também com base em pressupostos de adequação estrutural do órgão¹⁷⁴, ou seja, com foco na sua peculiar habilidade para o trato de certas tarefas em relação aos demais, nomeadamente tendo em vista a sua racionalidade e organização próprias¹⁷⁵.

¹⁷³ Cf. J. J. Lopes de Almeida, “Princípios Fundamentais...”, pág. 78. V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 371.

¹⁷⁴ Cf. Zimmer, *apud* Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 38, há uma coordenação entre função, competência e legitimação, onde a legitimidade do órgão para a realização de determinada função está decisivamente marcada pelos atributos estruturais e pela margem de autonomia de que dispõe para o respectivo procedimento. V. Nuno Piçarra, “A separação dos poderes na Constituição”,..., pág. 172; Küster, *apud* Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 372; e Juan José Solozabal Echavarria, *Sobre el Principio de la Separación...*, pág. 231. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 515, haveria numa pressuposição de idoneidade e adequação do órgão ao exercício das funções que, a título específico ou primário, são lhe atribuídas.

¹⁷⁵ Cf. Jorge Reis Novais, *Ibidem*, pág. 45 e 46, o Executivo, pela sua peculiar especialização e qualificação técnica e pela sua capacidade de informação, conhecimento, proximidade, acompanhamento e possibilidade de reação imediata sobre problemas e situações está naturalmente mais apropriado para as regulamentações e decisões concretizadoras, especificadoras, aplicadoras dos critérios e das opções gerais, bem como para as decisões que requeiram um alto grau de especialização técnica, para as prestações fáticas e para o serviço público. O Parlamento, caracterizado pela sua legitimidade democrática eleitoral direta e pela pluralidade de sua composição, com representação das minorias, e por ter uma estrutura mais aberta ao controle por parte da sociedade, está mais habilitado a tomar decisões primárias de elevado grau de legitimação, as quais dizem respeito às questões e opções essenciais da comunidade. Cf. Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 203, focando esse particular na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*: “O Tribunal Constitucional Federal parece limitar o controle de apreciação àqueles supostos quando se trata de apreciação de situações e regulações complexas, predominantemente no terreno do econômico ou fiscal, para aos quais o Tribunal não é mais competente que outras instâncias (por exemplo, o Legislativo), ou quando, em re-

Contudo, não se esgota nisso a “dimensão positiva” do princípio da “separação dos poderes”, afinal, esta exige ainda que, a partir de então, o órgão de soberania se arranje em conformidade com a função que lhe fora confiada, especialmente no que diz respeito ao método e aos procedimentos formais a serem empregues para a legalidade (*lato sensu*), justeza, eficiência, transparência e eficácia da realização funcional¹⁷⁶. Tal incumbência impera designadamente sobre o legislador na qualidade de produtor de atos normativos primários. Efetivamente, o “dever constitucional do legislador no sentido da optimização das decisões colectivas parece impor-se no moderno direito constitucional, dado que a Constituição deixou de ser simples norma de limites para passar a direito definidor de linhas materiais de direcção de uma política racional da colectividade”¹⁷⁷. Trata-se do “dever de agir com a possível presteza e eficácia” que recai sobre o legislador; o qual, entretanto, por vezes da azo a formulações normativas apressadas, irrefletidas, arbitrárias e iterativas¹⁷⁸.

lação à sua limitada capacidade para tratar a informação, outros procedimentos, como o parlamentar, oferecem a garantia de uma proximidade maior com a realidade ou a possibilidade de uma análise objetiva mais profunda. O critério da apreciação reflete a idéia, enraizada no princípio da separação de poderes, de que nenhum órgão pode assumir nenhuma função que não corresponda à sua estrutura, formulando desta maneira a presunção de ‘correção institucional’”. V., ainda, Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 372.

¹⁷⁶ Ossenbühl, *apud* J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 356, afirma: “Um sistema de divisão de poderes constitucionalmente adequado exige uma distribuição das funções do Estado de modo que as tarefas e decisões sejam tomadas por aqueles órgãos que, segundo a sua estrutura interna, composição e modo de trabalho estão legitimados e são adequados para tomar decisões eficientes, observando os respectivos processos de decisão e cumprindo as tarefas correspondentes”. Cf., ainda, J. J. Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais”, ..., pág. 76.

¹⁷⁷ Cf. J. J. Canotilho, “A Concretização...”, pág. 357.

¹⁷⁸ V. Gilmar Ferreira Mendes, “Teoria da Legislação e Controle da Constitucionalidade: Algumas Notas”, *RJVPP*, [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista_03/revista_03.asp?cfm=arquivo&url=/revista_03/revista_03.asp?cfm=arquivo&url=/revista_03/revista_03.asp](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista_03/revista_03.asp?cfm=arquivo&url=/revista_03/revista_03.asp?cfm=arquivo&url=/revista_03/revista_03.asp?cfm=arquivo&url=/revista_03/revista_03.asp), pág. 1. Segundo o Autor, “o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar”. O argumento poderia ser bem empregado contra o abuso do poder legiferante na edição de Medidas Provisórias pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. De fato, segundo dados estatísticos, em seu 1º mandato, ele elaborou 2.609 desses atos e, em seu 2º mandato (até março/2001 e ainda não terminado), 2.330 unidades. V. *Jornal O Estado de Minas*, segunda-feira, 18/06/2001, caderno de Política, pág. 3.

Nesse sentido, para a prática legítima, em termos constitucionais, do ato jurídico-público, o órgão em causa deverá respeitar as suas competências – limites materiais de sua atuação –, bem como se ater aos seus correlativos limites formais (estes dizem respeito à maneira como dever-se-á processar essa específica realização da norma constitucional)¹⁷⁹.

Aliás, sobre o tópico em debate, a juspublicística vem reconhecendo um “âmbito nuclear funcional intangível” dos órgãos de soberania, acobertado das ingerências dos demais¹⁸⁰. Os contornos desse circuito, entretanto, são difíceis de precisar, não só porque os critérios doutrinários distintivos das funções estatais são falíveis, ressalte-se, mas, também porque nos quadros constitucionais hodiernos, tarefas materialmente executivas e legislativas são encarregadas simultaneamente ao Parlamento e ao Executivo, especialmente quando existe uma maior interpenetração desses dois “Poderes”; como se verifica na forma de governo Parlamentarista.

A função jurisdicional, todavia, mesmo nesses casos mais controversos, demonstra ter um “núcleo essencial” mais rijo, decorrência mesmo da necessidade de uma estrutura orgânica especial (os Tribunais), dotada de uma peculiar independência em face dos demais¹⁸¹. Fala-se que: “As funções jurisdicionais são reservadas aos órgãos judiciais, mas

¹⁷⁹ Cf. Wladimir Brito, “Sobre a separação dos poderes ...”, pág. 174.

¹⁸⁰ V., dentre outros, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 517; Wladimir Brito, “Sobre a separação dos poderes ...”, pág. 174; Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes...*, 34; J. Oliveira Ascensão, “Reserva Constitucional de Jurisdição”, *OD*, Ano 123, vol. I, Janeiro – Março, 1991, pág. 469; Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 198; Nuno Piçarra, “A Reserva de administração”, *OD*, nº 122 (3/4) Abril – Junho, 1990, pág. 325 e seg. e 571 seg. Com efeito, na juspublicística portuguesa, expressões como “reserva de governo”; “reserva de administração”; “reserva do legislador”, “reserva de jurisdição” ou “reserva do juiz” estão na ordem do dia. Veja-se no direito alemão: Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 367, apesar de falar que “onde esse âmbito essencial começa, permanece uma questão aberta”; e Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 200. Cf. Von Bartalanfy *apud* Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição...*, pág. 26: “há reservas por toda parte”.

¹⁸¹ V. Joaquim Pedro F. Cardoso Costa, “A reserva de juiz...”, pág. 26 e seg.; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 65; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 618; Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 20; Karl Loewenstein, *Teoria...*, pág. 295; e Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 35.

os órgãos jurisdicionais podem desempenhar acessoriamente outras funções, desde que não descaracterizem o núcleo das que lhe são atribuídas”¹⁸². A veracidade dessa assertiva depende, de toda forma, de uma clarificação do seja, exatamente, “função jurisdicional”¹⁸³.

Todavia, pairam sobre a “reserva de jurisdição” outras incertezas: será (e quando) a mesma absoluta ou relativa? Nesta, a possibilidade de posterior acesso à Justiça, mediante o respectivo recurso e exame do conflito pelo órgão judicial (“monopólio da última palavra do juiz”), bastaria à garantia da constitucionalidade da atuação jurídicopública. Lembre-se dos “julgamentos” proferidos por autoridades administrativas por razões de ordem técnica, celeridade ou em nome de interesses profissionais específicos¹⁸⁴. Na outra hipótese, a constitucionalidade da decisão apenas se satisfaria com a participação do órgão jurisdicional em todas as fases do conflito jurídico de interesses, de seu início ao fim (“monopólio da primeira – e da última, esta sempre – palavra do juiz”)¹⁸⁵.

¹⁸² Cf. J. Oliveira Ascensão, “Reserva Constitucional...”, pág. 466. V., ainda, Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 411.

¹⁸³ V. J. J. Gomes Canotilho e Paulo Canelas de Castro, “Constitucionalidade do sistema de liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários, previsto e regulados no Decreto-Lei nº 30.689, de 27 de Agosto de 1940”, *RB*, nº 23, 1992, pág. 60. Cf. Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição...*, pág. 40, com base nas lições de Afonso Queiró e na Jurisprudência do TC, são as características mais marcantes de um ato materialmente jurisdicional: “(a) a resolução de um conflito de interesses num caso concreto; (b) de acordo com cânones ou critérios normativos jurídicos (e, portanto, de acordo com um direito pressuposto), e (c) que não tenha outro fim senão esse mesmo de dar a solução jurídica ao conflito”. Cf. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 411, criticando a doutrina tradicional na caracterização da função jurisdicional: “Jurisdição é, antes, caracterizada em sua psicologia dos tipos fundamentais pela tarefa de decisão autoritária e, com isso, obrigatória, independizada, em casos de direito constatado ou violado, em um procedimento especial; ela serve exclusivamente à conservação e, com essa, à concretização e aperfeiçoamento do direito”.

¹⁸⁴ V. Joaquim Pedro F. Cardoso Costa, “A reserva de juiz...”, pág. 31, analisando casos portugueses onde a autoridade administrativa proferiu decisão sobre um certo conflito jurídico de interesses, v. g.: a competência das comissões de conciliação e julgamento para julgar questões laborais e a do capitão do porto para decidir litígios. V. o art. 211º/2 da CRP e o art. 114, §1º, da CRP.

¹⁸⁵ V. J. Oliveira Ascensão, “Reserva Constitucional...”, pág. 471; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 622. Cf. Paulo Castro Rangel, *Reserva*

Aliás, tem-se ainda discutido na juspublicística acerca da existência e configuração constitucional de uma “reserva de Administração” em face do legislador¹⁸⁶; isto é, de um âmbito constitucionalmente assegurado à Administração (de natureza material, formal ou, quiçá, “de latitude”), o qual deveria ser preservado pela lei à própria densificação administrativa. Tal reserva é usualmente fundamentada na peculiar racionalidade da Administração e na sua qualidade de conjunto orgânico estatal “depositário das respectivas atribuições constitucionais”¹⁸⁷ (ou “Poder”, conforme defende Peters)¹⁸⁸.

Poder-se-ia contra-argumentar, todavia, que em face da posição da Administração frente à lei (e, por sua vez, frente ao Poder Legislativo), tornando-se “dependente” da vontade legal (consoante aduz Jesch¹⁸⁹ – o que seria dizer haver sempre “previsão e preferência da lei”), não seria cabível se falar numa eventual “reserva de administração”; sob pena inclusivamente de prejuízos ao *standart* garantístico dos particulares. Além disso, tornou-se de uso corrente e, muitas vezes imprescindível, a lei-medida; usualmente identificada como sendo um ato formalmente legislativo e materialmente administrativo.

de jurisdição..., pág. 63; focando especialmente a CRP, a categoria da “reserva de jurisdição” não seria monolítica, intitulando como “reserva absoluta especificada de jurisdição” as hipóteses atinentes aos atuais arts. 27º/2; 28º/1; 33º/4; 34º/2; 36º/6; 46º/6 e 116º/7.

¹⁸⁶ V. Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 36; Nuno Piçarra, “A Reserva...”, pág. 571; Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pág. 247; e Mario Dogliani, “Riserva di Amministrazione?”, *DP*, nº 3, CEDAM, 2000, pág. 674 e seg. Este Autor argumenta no sentido de que a “reserva de administração” perante a Constituição Italiana ainda não se encontra indubitavelmente configurada. V., apontando essa controvérsia doutrinária, Vital Moreira, “Constituição e Direito Administrativo...”, pág. 1161.

¹⁸⁷ Cf. Luís Cabral de Moncada, “Direito Público...”, pág. 55.

¹⁸⁸ V. José Carlos Vieira de Andrade, “A Imparcialidade...”, pág. 226; e Rogério Soares, “Princípio da Legalidade...”, pág. 179. V., falando da Administração Pública como “poder autónomo e independente do Estado”, Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pág. 146.

¹⁸⁹ V. Diogo Freitas do Amaral, “Legalidade...”, pág. 990.

Com efeito, valendo-se da atual concepção de lei, preponderantemente relacionada à sua força jurídica e ao seu procedimento de feitura (inclusivamente, pelo Executivo-Legislador, fato que acarreta uma nova leitura da concepção garantística do princípio da legalidade); das implicações que subjazem ao princípio da separação dos poderes, especialmente na sua hodierna “dimensão positiva” (da qual se deduz a eficácia dos resultados com um de seus escopos, reitere-se); e, principalmente, da responsabilidade que é hoje confiada à Administração para conformar as necessidades sociais; ratificar uma determinada autonomia à Administração Pública (significante, evidentemente) será, assim, respeitar uma “liberdade de conformação do Administrador”¹⁹⁰; o que se entende essencial e inevitável neste contexto jurídico-histórico¹⁹¹.

Ademais, roga-se inclusivamente dessa Administração uma atuação impessoal; no sentido tentar abstrair-se (ou neutralizar-se), ainda que relativamente, é certo, das contendas político-partidárias; centran-

¹⁹⁰ Pode-se aqui utilizar a mesma *ratio* que fundamenta a autolimitação do Poder Judiciário (leia-se Corte Constitucional), quando toca na “liberdade de conformação do legislador”.

¹⁹¹ Assim, tb. Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 26: “Neste sentido, a eventual existência de uma reserva ou reservas de administração, no sentido de um núcleo essencial do poder executivo imune à invasão parlamentar, não só não é contraditória com o sentido actual do princípio da divisão dos poderes, como é antes, como procuraremos demonstrar, uma exigência da sua função como princípio organizatório fundamental da nossa ordem constitucional”. E continua às pág. 36: “uma resposta... tem de ser encontrada, em última análise, não apenas nos preceitos constitucionais de atribuição de competências específicos, mas no próprio princípio da divisão de poderes, dado que esse princípio, para poder funcionar como critério constitucional operativo – e é a própria ideia de Estado de Direito que assim o exige -, constitui necessariamente um critério jurídico fundamentador mais amplo que a mera soma das concretizações expressas específicas que encontrou noutras disposições constitucionais”. Cf., tb., Rogério Soares, “Princípio da Legalidade...”, pág. 180, fundamenta: “A Administração, como já alguém disse, tem um ‘um encargo geral institucional imanente’, fundamento e medida da sua liberdade. Só neste entendimento, a Administração conservará a dinâmica própria, indispensável para a realização da sua missão, que não é seguramente a do séc. XIX. Só assim se obedecerá à ideia central da teoria da separação de poderes...”. E, continua, às pág. 184: “a ideia de equilíbrio e contrapeso da separação de poderes, que, como dissemos, exige o reconhecimento dum poder administrativo autónomo, não pedestramente executivo, implica também que não se atribua a esse poder a liberdade de, em matérias essenciais, conformar a existências dos cidadãos”.

do as suas atenções nos interesses públicos que devem ser prosseguidos¹⁹². Além disso, se recai sobre os órgãos constitucionais a obrigação de outorgar melhores resultados às suas atividades (exigência de otimização e de eficácia, como um “limite intrínseco” da atuação do órgão competente); sobre os demais órgãos constitucionais impende a observância daquela obrigação (exigência de otimização e de eficácia como um “limite extrínseco” ao órgão incompetente para o exercício da função)¹⁹³.

Nesse sentido, ainda que não se consiga precisar *a priori* essa “reserva de administração”¹⁹⁴, o fato é o somatório dos princípios jurídico-constitucionais que nessa questão estão envolvidos converge realmente num sentido positivo, de modo que não se funda no legislador a figura do administrador. Aliás, Marcello Caetano afirma que “A administração deixa de se caracterizar como função para se afirmar como poder”¹⁹⁵.

Efetivamente, essa propensão doutrinária de isolar a função (ou “partes” dela) a um determinado órgão de soberania (ou a todo o “Poder”) indica, numa análise perfunctória, situar-se na “contramão” da outra inclinação do princípio da separação dos poderes; ou seja, da-

¹⁹² V. art. 266º/2 da CRP, inserido como princípio da imparcialidade, e art. 37, caput, da CF, inserido como princípio da impessoalidade. V. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 147 e seg.; José Carlos Vieira de Andrade, “A Imparcialidade...”, pág. 224; e Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da imparcialidade...*, ob. cit. Aliás, mesmo na Administração denominada “Independente”, a independência política do órgão é gradual. V. Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, pág. 131. Cf. Keane *apud* Rita Mae Kelly, “Productividad, bienestar social y política pública”, *DA*, nº 218 – 219, Abril – Sept., pág. 232: “A tarefa política do Estado consiste em responder o mais eficiente e eficazmente possível às exigências das distintas bases, porém, utilizando-se ‘estratégias burocráticas despolitizadas’”.

¹⁹³ V. em analogia, sobre o princípio chamado “o princípio do respeito funcional”, nomeadamente para se clarificar as searas de competência própria da legislação e da jurisdição constitucional, J. J. Gomes Canotilho, “A Concretização...”, pág. 355 e seg.

¹⁹⁴ Cf., ainda, Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 62: “Não sendo o âmbito nuclear do Poder Executivo material e abstractamente delimitável, – ... – a sua eventual violação só pode ser definitivamente determinada perante as circunstâncias do caso concreto”.

¹⁹⁵ *Apud* Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. II, 1988, Lisboa, pág. 14.

quela que permite (e até considera salutar) um maior jogo de interferências e intercessões interorgânicas¹⁹⁶. Mas, a incompatibilidade é apenas aparente, porquanto, do que se depreende, trata-se justamente de um técnica para que tais inter-relacionamentos permaneçam sem que incorram malefícios à “dimensão de racionalização” do princípio.

Destarte, em termos ainda teóricos, reiterar a tese da existência de “zonas reservadas de funções” aos órgãos de soberania é procedimento escorreito. A uma, porque se as competências constitucionais são pressupostos para o exercício da função e, via de regra, são atribuídas de modo particular, particularmente deverá ser aquela realizada. A duas, porque os “Poderes” apresentam racionalidade e peculiaridades estruturais que os diferem dos demais; as quais, dependendo do caso, poderão ser necessárias à prática do ato ou ser com este incompatível¹⁹⁷.

Tal “zona circunscrita” se torna, então, mais fortemente delineada quando em causa funções que se enquadram no rol de competências do Poder Judiciário, uma vez que a independência pessoal e funcional dos juízes e a posição institucional ocupada por este Poder em face dos demais (muito mais protegida contra interferências políticas) demonstram ser essenciais à própria função de julgar¹⁹⁸. Sendo assim, o próprio aparato organizatório (com suas respectivas características) em que se sustenta a função jurisdicional e esta indicam fazer parte de um todo indissociável¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cf. Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição...*, pág. 30: “A consagração constitucional de ‘reservas’, nos termos expostos, vem corresponder à necessidade de instituir poderes separados, num sentido que seja (de novo) simultaneamente “material”, “organizatório” e “político”. Ou dito de outro modo, pela instituição de reservas constitucionais logra-se a realização do princípio da separação dos poderes, em sentido material, político e organizatório, a ponto de se poder afirmar, descontado que seja algum exagero, que a reserva é o novo nome da separação dos poderes”. Isso porque, consoante explica em outra obra, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 254: “É que convém lembrar que a complexificação dos Estados modernos conduziu a um ‘amolecimento’ ou ‘esbatimento’ da rigidez com que inicialmente foi entendido o princípio da separação dos poderes”.

¹⁹⁷ V., tb. nesse sentido, Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 268.

¹⁹⁸ Cf. Requejo Pagés *apud* Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição...*, pág. 34, em nenhum caso pode-se partir de um conceito de jurisdição que retire dos titulares do cargo ou do modo de exercício da função os critérios orgânicos. V., ainda, Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 55.

¹⁹⁹ V. Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 268.

Nessa linha, teórica e genericamente, poder-se-ia falar na ocorrência duma “crise de legitimidade constitucional”²⁰⁰ quando há a vulneração do “núcleo duro exclusivo” das funções de um certo órgão de soberania pelos outros²⁰¹; principalmente se praticadas funções judiciais pelos demais “Poderes”, afinal, estão elas ainda mais intimamente afixadas aos órgãos jurisdicionais. Resta, todavia, verificar isso, *in concreto*, nos ordenamentos constitucionais.

Demais do exposto, não se pode deixar de mencionar que o princípio da “separação dos poderes” consagrado numa determinada Constituição também apresenta estreita conexão com a forma de governo por ela definida (sentir-se-á aqui o maior peso do sentido político do princípio, para além dos seus sentidos material e organizatório). Isso porque, os controlos interorgânicos primários e, por conseguinte, o tipo de relacionamento político estabelecido entre os respectivos órgãos de soberania (no especial, entre o Executivo/Governo e o Legislativo, dada a peculiar posição institucional do Judiciário, dotado de maior proteção contra interferências interorgânicas²⁰²) dependerão,

²⁰⁰ Fala-se, no texto, em usurpação de poderes. Quando um órgão pratica um ato pertencente à função de um outro órgão, ele ficará viciado por causa dessa incompetência (*lato sensu*), a qual, consoante o caso, será incompetência *stricto sensu*, usurpação de poderes ou desvio de poder. Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 58. Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 133 e 134, os vícios de incompetência abarcam: (1) “a carência absoluta de fundamento constitucional para que qualquer órgão do Estado actue num determinado caso concreto”, (2) a usurpação de funções do Estado e (3) a invasão de competência alheia no âmbito da mesma função ou incompetência *stricto sensu*.

²⁰¹ Nesse aspecto, é elucidativa a analogia desenvolvida por Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 60, em relação à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no direito constitucional português: “qualquer possível restrição de direitos, liberdades e garantias não pode, entre nós, afectar o seu conteúdo essencial, não será pelo facto de nem sempre ser possível delimitar *a priori*, com segurança, o referido conteúdo essencial, que o poder judicial e, designadamente o Tribunal Constitucional, se pode eximir de extrair daquela garantia todas as consequências jurídicas que caibam nos casos concretos que decide”.

²⁰² Cf. Rudolf Smend, *Constitución...*, pág. 160, ratificando, nesse ponto, a afirmação de REDSLOB: “Por esse motivo se pode falar com razão que ‘um Estado obtém sua individualidade graças a um tipo especial de vinculação entre o poder executivo e o legislativo’”, pois, “somente estes dois poderes formam parte do verdadeiro sistema funcional e integrativo estatal”. V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 414.

substancialmente, dos mecanismos colocados à disposição dessa exata forma de governo.

Efetivamente, no Presidencialismo clássico o Poder Executivo e o Poder Legislativo possuem um elevado grau de autonomia política no exercício de suas funções, não havendo a possibilidade do Presidente dissolver o Parlamento, nem deste censurar aquele ou demiti-lo da chefia do Governo (diz-se que o “Governo é irresponsável e o Parlamento indissolúvel”²⁰³), apesar de existirem sempre outros tipos de interferências orgânicas (tais como o veto presidencial e o *impeachment* – controles objetivos).

Diferentemente, há no Parlamentarismo uma relação de confiança entre Parlamento e Governo, podendo o primeiro censurar e demitir o último, para cuja composição participa, bem como o Parlamento pode ainda ser dissolvido pelo Chefe do Estado, após ouvido aquele. Na maioria das vezes, o “Governo se converte em comitê diretivo da maioria parlamentar”²⁰⁴. Assim, a responsabilização política (cuja consagração se relaciona com o reconhecimento de uma certa liberdade de atuação do órgão, ou melhor dizendo, com uma margem de autovinculação no exercício das funções²⁰⁵) e os controles políticos sobre essa mesma concretização funcional diferenciar-se-ão, então, em cada uma dessas formas “básicas” de governo, bem com nas suas variantes (v.g. na forma mista lusitana parlamentar-presidencial).

O raciocínio até agora desenvolvido pode ser também aplicado no outro tipo da “separação dos poderes”: aquele efetuado à maneira

²⁰³ *Apud* J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 545. Cf. o Acórdão do STF (ADIn nº 221-0-DF): “No presidencialismo, sabemos todos, a responsabilidade do Executivo é uma ilusão constitucional”.

²⁰⁴ *Apud* Sabino Cassese, “El poder ejecutivo em los sistemas parlamentarios de gobierno”, *RVAP*, nº 34, 2 (1992), pág. 23. V. Paulo Bonavides, *Do Estado Social...*, pág. 86.

²⁰⁵ Cf. Zimmer *apud* Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 54, só será possível a responsabilização quando aquele que é responsável não esteja sujeito, no âmbito da decisão objeto da sua responsabilização, a uma heterovinculação. Cf. J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 352; a delimitação das competências dos órgãos de soberania pode ser expressa através da seguinte “fórmula”, na qual responsabilidade e controle do órgão são algumas de suas “variáveis”: “competência – tarefa – funções – responsabilidade – resultado – controle”. V., tb, Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 216.

territorial. Realmente, o que se referiu em atenção ao princípio constitucional da “separação dos órgãos de soberania” vale, *mutatis mutandis*, para o princípio da “divisão vertical dos poderes”.

Assim, resumidamente, para a constitucionalidade/legitimidade da atuação dos diversos entes do “Estado Complexo” (Poder Central, Estados-membros, e municípios; e, Poder Central, Regiões Autônomas e Poder Local), há que se ter em vista se houve conformidade com as respectivas normas de competências, dispostas no Texto Magnó do Estado. Este, contudo, poderá estabelecer, tal como fez a CF, em seu art. 25, § 1º, que “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Tal dispositivo visa garantir a autonomia dos Estados-membros e limitar a atuação da União estritamente às suas esferas de competências.

Demais disso, tal distribuição de competências entre os entes do “Estado Complexo” não se atém essencialmente a uma dada função primordial; mas, a ela se entrecruza uma divisão horizontal de poderes²⁰⁶, usualmente fixada por matérias e funções determinadas²⁰⁷. Esse direcionamento de competências demonstrará se trata-se de um Estado com o poder político mais ou menos centralizado (conforme tenham sido outorgados poderes decisórios mais ou menos amplos aos entes federados da organização total)²⁰⁸.

Não bastasse o aduzido, essa repartição de competências verticalizada, para além de obstaculizar a centralização do poder e pressupor uma independência relativa (autonomia)²⁰⁹ aos entes integrantes do

²⁰⁶ V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 188.

²⁰⁷ V., por exemplo, os arts. 21 e 22 da CF, nos quais são definidas as competências exclusivas e privativas da União, destacando-se a competência para legislar sobre determinadas matérias. A aplicação dessa leis federais também deverá ser efetuada pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário do Estado-Membro.

²⁰⁸ Karl Loewenstein, *Teoria...*, pág. 356. V., tb., Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 290.

²⁰⁹ Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, 284, soberania é atributo diverso de autonomia. Em decorrência da primeira, “Um Estado não deve obediência jurídica a nenhum outro Estado. Isso coloca, pois, numa posição de coordenação com os demais integrantes da cena internacional e de superioridade dentro do seu próprio território”. A autonomia, por outro lado, confere uma margem de discricção para a pessoa coletiva para decidir sobre determinados assuntos, não sendo uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponi-

Estado, também requer que haja entre eles uma coordenação de atuação em determinadas medidas, designadamente quando há necessidade de uniformidade de resultados em todo o território nacional²¹⁰. Efetivamente, “a distribuição de competências no Estado federal é equilibrada por forma a que nem os órgãos centrais da federação, nem os órgãos dos Estados membros possuem, por si sós, a supremacia das competências” e “As funções dos órgãos centrais da federação (órgãos federais) e as dos órgãos dos Estados membros completam-se reciprocamente, formando uma unidade de acção em termos de Estado global”²¹¹. Outrossim, existe cá a “dimensão positiva” do princípio, porquanto, mais eficiente se pressupõe ser aquela tarefa estatal desenvolvida de modo mais próximo da comunidade correlativa; a qual poderá exercer sobre a mesma, por outro lado, um controle mais intenso²¹².

bilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre princípios fixados na Constituição. Sem esse rigor científico, Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 225, diz que a essência do Estado federal consiste na “soberania distribuída”, onde “cada estado singular (federação ou estados federados) é soberano e autônomo, ou seja, exclusivamente competente naqueles âmbitos que lhe são confiados pela Constituição para o cumprimento de sua tarefa”.

²¹⁰ V. Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 224.

²¹¹ *Apud* Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 511 e 512. Cf. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 179, sobre a atual configuração da Federação alemã: “O que os estados perderam em possibilidade de configuração autônoma, eles ganharam em influência sobre o estado-total”. De fato, Cf. Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 237, os estados federados aplicam cada vez mais o direito federal.

²¹² V. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 511 e 512. Cf. Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 229: “A alta complexidade do processo político no moderno estado industrial corresponde um sistema descentralizado de decisão, que, na medida em que está diferenciado em unidades autônomas a nível nacional, regional e local é muito melhor que um sistema centralizado”. Cf., ainda, José Alfredo de Oliveira Baracho, *O princípio de subsidiariedade – Conceito e Evolução*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 44: “Com os mecanismos da separação horizontal de poderes e a separação vertical, propicia-se no Estado federal, decisões ou técnicas de atuação que permitem um processo mais transparente, mas balanceado e mais controlável”.

1.6. As Exigências de Racionalização na Administração Pública.

O Princípio da Eficácia Administrativa *versus* o Princípio da Legalidade Administrativa. O Princípio da Juridicidade da Atuação da Autoridade Administrativa

Ao longo do século XX, enraizou-se definitivamente, a busca pela eficácia nas atividades públicas²¹³. De fato, tornou-se lugar comum falar-se em economicidade, celeridade, eficiência, produtividade, qualidade total, boa gestão e outras variáveis do gênero, designadamente na Administração Pública, conjunto orgânico estatal aonde, certamente, a idéia de racionalização²¹⁴ obteve o campo mais fértil. Impera *sempre* o aumento quantitativo e qualitativo do Bem-Estar Social através de um aproveitamento ideal dos recursos econômicos e humanos (pressupõe-se o que se denomina “Axioma de Taylor”²¹⁵).

Com efeito, no Estado Social, a dilatação do aparato administrativo, inclusivamente sobre atividades de preponderante natureza econômica, agregada ao incremento de um sistema altamente burocrático, trouxeram para a cena principal as novas máximas: macro-condução e planificação; auto-regulação; descentralização e desconcentração²¹⁶;

²¹³ Cf. Albert Calsamiglia, “Justicia...”, pág. 113: “As transformações do Estado contemporâneo produziram uma crise de legitimação. Os critérios tradicionais de justificação das decisões públicas são hoje insuficientes”. ... “Ao mesmo tempo a intervenção, a agilidade, a tecnologia e a eficácia dos poderes públicos são imprescindíveis para cumprir a tarefa de governo. E esses critérios – ao mesmo tempo – se usam para legitimar a atividade administrativa”.

²¹⁴ Cf. Heinz Schäffer, “Racionalización y creación del Derecho”, *DA*, nº 218 – 219, Abril – Sept., 1989, pág. 156: “De maneira geral, sob o conceito de racionalização pode entender-se a substituição das formas tradicionais de proceder por outras racionais fundadas no intelecto, analisadas em ordem à melhora das situações atuais”.

²¹⁵ Cf. Heinz Schäffer, “Racionalización...”, pág. 162: “O ponto de partida especulativo de qualquer operação de racionalização é o reconhecimento de que toda situação de produção ou de trabalho é susceptível de ser melhorada (o chamado axioma de Taylor), o que resulta válido para todo procedimento de distribuição de trabalho e também para a criação do Direito”.

²¹⁶ V., a título de exemplo, para distinção entre os conceitos administrativos de descentralização e desconcentração, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 117; Paulo Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 97 e seg. Para o primeiro: “A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originalmente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela outra ou aquelas às quais foi atribuído o desempe-

desburocratização; privatização *stricto sensu* e utilização de formas de organização/atuação jurídico-privadas (a usualmente chamada “Fuga para o Direito Privado”²¹⁷); redução de custos, *etc.* Enfim, visa-se criatividade, dinamismo e flexibilidade na Administração Pública²¹⁸.

E, conforme se viu, essa diligência pela racionalização, antes de estar diretamente fundada num avanço interdisciplinar do Direito com outras ciências (Econômicas), encontra já guarida no próprio princípio da separação dos poderes, em sua dimensão positiva, reitera-se²¹⁹. Constitucionalizado, assim, implicitamente, o princípio da eficácia administrativa, autonomizado no art. 37, *caput*, da CF e pressuposto nos arts. 266º/2 (princípio da justiça, como justiça distributiva) e 267º/2 da CRP²²⁰.

Por “princípio da eficácia administrativa”, entenda-se, então, buscar alcançar um nível ótimo de satisfação dos objetivos da Administração Pública. Não é, como é óbvio, uma eficácia própria das atividades empresariais privadas, a qual se reduz, muitas vezes, num aumento da rentabilidade econômica e numa minimização de despesas. Trata-se de um tipo de rentabilidade ainda mais complexo, que

nho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador de hierarquia”.

²¹⁷ V. Maria João Estorninho, *A Fuga ...*; ob. cit. A expressão “fuga para o Direito Privado” ou “fuga do Direito Administrativo” remete a Fleiner, em sua obra *Institutionen des Verwaltungsrecht*, 1928, *apud* Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 219.

²¹⁸ V., para confrontação, como exemplos: arts. 81º/a/c; 267º/1/2/5/6/ e 296º, da CRP. V., na CF, os arts. 170, VII, VIII; 173; 174; 175; 176 e 177 da CF. V. Clemente Talavera Pleguezuelos, *Calidad total en la Administración Pública*, CEMCi, Temas de Administración Local, Granada, 1999, introdução, pág. 28.

²¹⁹ Cf. Afonso Rodrigues Queiró, “Competência”, *DJAP*, vol. II, Lisboa, pág. 526: a distribuição de competências de um ente público pelos seus vários órgãos tem como justificação primeira assegurar “a melhor realização possível do interesse público específico ou de um dos vários interesses públicos que constituem as atribuições de um dado ente público”.

²²⁰ No Brasil, apesar da CF, em seu art. 37, *caput*, mencionar “eficiência”, a doutrina a compreende como sendo a “eficácia” da corrente doutrina européia. V., como exemplo, Paulo Modesto, “Notas para um debate sobre o princípio da eficiência”, *RJVPP*; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_18/Artigos/art_paulomo.htm, texto também publicado na *RIP*, Ano 2, nº 7, Julho – Setembro, 2000, São Paulo, Ed. Notadez, pág. 65; e Marino Pazzagliani Filho, *Princípios Constitucionais...*, pág. 30.

também envolve variáveis sociais²²¹. À esse princípio a doutrina relaciona, usualmente, o dever jurídico de “Boa Administração”²²².

De fato, “a racionalidade jurídica vai cedendo terreno em todo Estado à ‘racionalidade managerial’”. Assim, “mais que a correção jurídica da ação estatal importa a sua “eficaz” gestão, seus resultados reais ou fáticos medidos em termos de eficácia”²²³. Nesse sentido, evidencia-se que a atuação da Administração também se legitima em critérios de eficácia e, não somente, de legalidade *stricto sensu*²²⁴.

Não obstante isso, essa procura desenfreada por meios mais flexíveis e vantajosos e, principalmente, por um regime jurídico menos rijo, tem acarretado uma peculiar tensão com o princípio da legalidade, cujo outro nome é “segurança jurídica”²²⁵. Isso porque, radicali-

²²¹ V. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 10; e Paulo Modesto, “Notas para um debate”, pág. 2 e seg. Cf. Luciano Parejo Alfonso, “La Eficácia como princípio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *DA*, nº 218 – 219, Abril – Sept., 1989, pág. 51 e seg. Este Autor ainda explica o princípio na Ciência da Administração: “Na ciência da Administração se considera a eficiência ou eficácia, em geral, o grau de efetividade da gestão técnico-racional ou da capacidade de prestação, medido pela relação tempo-custo-benefício; no entendimento de que todo incremento desse dito grau de efetividade deve supor ou bem, permanecendo constantes os meios, o maior aumento dos benefícios em menor tempo possível, ou bem, permanecendo constantes os benefícios, a maior redução de custos no menor tempo possível”.

²²² V. Airtton Rocha da Nobrega, “O Princípio Constitucional da Eficácia”, *BPD*, web: http://users.cmg.com.br/~bpdir/nartigo_06.htm, 27/05/2001; Marino Pazzagini Filho, *Princípio Constitucionais...*, pág. 47; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 928. Por isso, discorda-se do posicionamento doutrinário no sentido de que a violação do dever de boa administração não pode ser controlado contenciosamente; uma vez que se insere na legalidade *lato sensu* do ato administrativo. De fato, o juiz não deve se substituir ao agente administrativo (pode anular), mas isso, por si só, não é suficiente para obstaculizar o exame acerca da justiça da eficiência do ato. V., tb. assim, Celso Antônio Bandeira de Mello, “Legalidade/Discrecionalidade – Seus limites e controle”, *RDP*, nº 86, Ano XXI, Abril – Junho, 1988, São Paulo, pág. 42 e seg.

²²³ Cf. J. Chevallier e D. Loschak, *apud* Luciano Parejo Alfonso, “La Eficácia...”, pág. 17.

²²⁴ V. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 12; e Albert Calsamiglia, “Justicia...”, pág. 150.

²²⁵ Cf. Elías Días *apud* Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador, “Seguridad jurídica...”, pág. 198: “A segurança jurídica alude assim a um conteúdo valorativo, a um conteúdo de justiça expresso em termos de direitos e liberdades que a consciência

zando-se e levando-se o princípio da eficácia às suas últimas consequências, retornar-se-ia ao estágio em que “fins justificam os meios”²²⁶. E daqui para redução das garantias dos particulares, não se carece de longos passos, afinal, em nome “dessa” eficácia, pode-se muito bem reduzir a estabilidade e a previsibilidade da atuação administrativa, em manifesto prejuízo à vertente garantística do princípio da legalidade e, via de consequência, a um dos pilares do Estado de Direito (o “princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança”²²⁷). São estes, aliás, os argumentos para tentar controlar o subterfúgio da Administração Pública no Direito Privado.

De fato, essa luta dialética entre a eficácia *versus* a legalidade tem sido correntemente reduzida ao conflito da Administração, por um lado, na busca pela conquista de um maior espaço de autonomia e de flexibilidade, com os particulares de outro, estes pela manutenção de seus direitos – preservação/ampliação do *standart* garantístico²²⁸. Daí

humana e história consideram estar suficientemente protegidos e realizados na altura do tempo em que se vive”.

²²⁶ V. Luciano Parejo Alfonso, “La Eficácia...”, pág. 32. V., tb., Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 8. Cf. Albert Casalmiglia, “Justicia...”, pág. 115: “Qualquer decisão pública tomada pela Administração ou pelo Legislador deverá enfrentar-se com o conflito latente entre eficácia e direitos individuais, produção e distribuição”.

²²⁷ V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 252. Não se ignora, todavia, eventuais conflitos entre o próprio princípio da legalidade administrativa e o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança. Cf. Almiro do Couto e Silva, “Os Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, *RPGE*, v. 18, nº 46, 1988, Porto Alegre, pág. 12: “a invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquitos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se este fosse dado, sempre, invalidar os seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar desmanhá-la – sob o argumento ... que eles eram ilegais”.

²²⁸ Cf. Alejandro Nieto, *apud* Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador, “Seguridad jurídica...”, pág. 208. V., dentre outros, Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 15; Albert Casalmiglia, “Justicia...”, pág. 139; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo...*, pág. 84. Cf. Debbasch *apud* Maria João Estorninho, *A Fuga...*, pág. 90: “um sistema de direito administrativo pode tender a realizar dois objectivos diferentes e, em alguma medida ‘contraditórios’: garantir a maior eficácia possível à acção da Administração..., ou, por outro lado, assegurar a maior protecção possível dos administrados em face das actividades da Administração”.

porque, realmente, “a problemática da eficácia é um bom posto de observação para se aquilatar do alcance da figura da reserva de administração, quer perante o legislador, quer perante o juiz”²²⁹.

Todavia, se há embates entre o princípio da eficácia e o princípio da legalidade na atuação da Administração Pública e, se ambos são impostos à autoridade administrativa, não se pode, *a priori*, chegar-se a uma interpretação que anule ou aniquile qualquer um deles. A ponderação é que há prevalecer, afinal, o Estado Democrático de Direito não avaliza uma Administração ineficiente, do mesmo modo que não afiança a afronta aos direitos e garantias dos administrados. Sendo assim, nem um nem outro princípio podem reinar de forma absoluta e a análise precedida deve ser sistêmica²³⁰.

Aliás, v. g., no Direito Administrativo Francês, há muito Charles Eisenmann registrou a existência de determinadas exceções ao princípio da legalidade *stricto sensu*, na sua vertente mínima de “princípio da não contrariedade ou da compatibilidade”. As “derrogações” excepcionais ao princípio da não contrariedade (ou, segundo o Autor, declarar “permitidas e regulares condutas contrárias ao direito legislativo; dito de outra forma, autoriza(r) a Administração a ir contra a lei, desrespeitá-la”) seriam de alcance geral em duas hipóteses: 1ª), quando houver desrespeito, por parte da autoridade administrativa, a leis de procedimento ou de forma “não substanciais” ao ato administrativo e, 2ª), quando da aplicabilidade da “teoria dos poderes em crise”. Esta disporia, fundamentalmente, “o direito reconhecido ao Governo, em período de circunstâncias excepcionais, de não observar nas decisões individuais prescrições le-

²²⁹ *Apud* Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 16.

²³⁰ Sobre a interpretação dos princípios constitucionais, a título de exemplo, V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, especialmente pág. 1108; pág. 14; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 28 e seg.; e Vitalino Canas, “Proporcionalidade (Princípio da)”, *DJAP*, vol. VI, Lisboa, 1994, pág. 591. Consoante este Autor, às pág. 599: “O princípio da proporcionalidade estaria ligado à própria natureza dos princípios, uma vez que o carácter de princípio implica a proporcionalidade. Isto é, a aplicação de um princípio e a resolução de colisões entre princípios, não passa sem a concretização de uma ideia de proporcionalidade. Sendo os princípios instrumentos de optimização das possibilidades jurídicas e fácticas, cada uma das máximas inerentes ao princípio da proporcionalidade tem uma missão nesse campo”.

gislativas incondicionais, ou mesmo suspender, como medida geral, a aplicação de tais prescrições”²³¹.

Também com fundamentos semelhantes ao que sustentam a “teoria dos poderes em crise” (ou ainda a “teoria das circunstâncias excepcionais”²³²) e, especialmente diante da CF, Celso Antônio Bandeira de Mello, extrai três restrições ao princípio da legalidade em seu sentido mais restrito (ato normativo legal): 1ª), a edição de medidas provisórias pelo PR, *com força de lei*, com base no art. 62, em caso de relevância e urgência; 2ª), a decretação pelo PR do estado de sítio (art. 137) ou 3ª), a decretação do estado de defesa (art. 137)²³³.

Decerto, o princípio da legalidade *stricto sensu* efetivamente apresenta raízes mais profundas no ordenamento jurídico e, especialmente, como é sabido, no regime jurídico administrativo²³⁴. Daí porque deve ser visto como uma regra geral, apesar de suas eventuais restrições. Nesse sentido, pode-se visualizar uma escala de graduação, na qual se parta de uma mínima (exceção) para uma máxima (*mas*

²³¹ Cf. Charles Eisenmann, “O Direito Administrativo...”, pág. 67 e 68. Em Portugal, fala-se que o princípio da legalidade pode ser comprimido pelo Estado de Necessidade. V. Vital Moreira, “Sumários de Direito Administrativo (2ª Turma) – Vinculação Jurídica da Administração”, pág. 5. V. arts. 3º/2 e 151º do CPA.

²³² V. Jean Rivero, *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1981, pág. 98 e seg. Cf. elucida o jurista francês, às pág. 99: “Em certas situações de crise, o respeito pela legalidade traria o risco de paralisar a Administração, impedindo-a de tomar as medidas necessárias, ou retardando-as. Será preciso escolher entre a *eficiência* e o *respeito pelo direito*? (g. n.) O Conselho de Estado preferiu tentar conciliá-los: admite que as situações excepcionais autorizem a Administração a infringir as leis perante as quais devia normalmente curvar-se; mas os actos praticados nessas circunstâncias, embora por um lado escapem à legislação ordinária, nem por isso estão menos submetidos ao direito: somente estão submetidos a um direito especial, distinto daquele que se aplica em tempo normal. Por circunstâncias excepcionais entendem-se certas situações de facto que têm o duplo efeito de suspender a autoridade das normas ordinárias em relação à Administração e de desencadear a aplicação a esses actos de uma legalidade particular, cujas exigências o juiz define”. Seriam, v. g., guerra; tensão política; ameaças de greve geral; perturbações sociais.

²³³ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos...*, pág. 64; e *Curso...*, pág. 70.

²³⁴ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os Regulamentos...*, pág. 131, o princípio da legalidade é o “eterno” tema dos administrativistas.

*ainda relativa*²³⁵) legalidade administrativa; o que é dizer, uma vinculação extrema ao ato normativo²³⁶. Tal variação de intensidade é ainda corroborada quando se tem em vista a atual substância do princípio da legalidade.

De fato, ampliou-se o conteúdo do princípio da legalidade administrativa: de vinculação positiva à lei (fundamento), passou-se a se falar que a Administração Pública vincula-se ao “Bloco legal” (M. Hauriou)²³⁷. Neste conjunto heterovinculante encontram-se as normas infraconstitucionais e a Constituição. Assim, fala-se já em princípio da constitucionalidade dos atos administrativos; em “Constituição Administrativa”²³⁸; sem olvidar, evidentemente, dos tantos princípios fundamentais constitucionalmente consagrados (ainda que implícitos) e que se impõem especialmente à função administrativa: o princípio prossecução do interesse público; o da finalidade; o da igualdade; o da proporcionalidade e o da razoabilidade; o da justiça; o da imparcialidade ou impessoalidade; o da boa-fé; o da moralidade; o da publicidade; *etc.* Outrossim, são também heterovinculantes os princípios gerais do Direito; as regras de Direito Internacional (comum e convencional), conforme sejam admitidas pelo Direito Interno; o Direito Comunitário primário e derivado imediatamente aplicável (para o caso da Administração Pública Portuguesa). Daí porque se distingue (e se deve distinguir) entre o princípio da legalidade estrito e o amplo.

²³⁵ Cf. Vinício A. P. Ribeiro, *O Estado de Direito...*, pág. 89: “Quem observar a realidade facilmente se apercebe que não é possível amordaçá-la (a Administração Pública) com uma ‘camisa de sete forças’, ou seja, por outras palavras, ao legislador escapa a vinculação total dos movimentos da Administração”.

²³⁶ V. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 118, falando na “teoria que escalona as qualidades dos comportamentos do administrador em categorias”. V., tb., Vital Moreira, “Sumários Desenvolvidos do Curso de Direitos Administrativo (2ª Turma – §12)”, pág. 10; e Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos...*, pág. 173. V., diferentemente, Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Dissertação de Doutoramento, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 435.

²³⁷ V. Charles Eisenmann, “O Direito Administrativo...”, pág. 49; contestando as noções de André Laubadère (ampla) e Georges Vedel (amplíssima). Aliás, Cf. Vedel *apud*, Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”, *DDC*, pág. 499, “legalidade exprime conformidade ao Direito, é sinónimo de regularidade administrativa”.

²³⁸ V. Vital Moreira, “Constituição e Direito Administrativo...”, pág. 1141.

Há também a “autovinculação” da Administração Pública aos regulamentos por ela editados e em vigor, aos atos administrativos elaborados, nomeadamente quando concessivos de direitos aos particulares, e aos contratos administrativos pactuados²³⁹.

Já não fosse suficiente, a Administração está ora vinculada “a todo o Direito”²⁴⁰. Não só normas jurídicas postas no ordenamento consoante um processo específico preestabelecido; mas, também, a jurisprudência; os usos e costumes e, até mesmo, critérios de ética (também apontados como constantes do princípio da moralidade administrativa) passaram a integrar esse “imenso emaranhado hetero e auto vinculador”. Ora, “ninguém negará que a jurisprudência constante, uniforme, plenamente consolidada, exerce papel semelhante ao que desempenhava o *ius honorarium*, nos seus conflitos com *ius civile*, no Direito Romano”²⁴¹.

Trata-se, com efeito, do “princípio da juridicidade” da atuação administrativa: o “princípio da juridicidade da administração substitui o princípio da legalidade, englobando-o”²⁴². Isso porque, conforme elucida Cármen Lúcia Antunes Rocha, “o Estado Democrático de

²³⁹ V., para confrontação, como exemplo, os art. 3º; 119º, 124º e 140º/1/2 do CPA. Na Lei 9.784/99, V. arts. 1º, caput, 2º, parágrafo único, I, 50 e 54.

²⁴⁰ Cf. Diogo Freitas do Amaral, “Legalidade...”, pág. 981: “Finalmente, nos regimes democráticos de tipo ocidental vigora o Estado social de Direito. Neste, o princípio da legalidade sofre algumas alterações importantes relativamente ao seu entendimento que dele tinha no Estado liberal. Naturalmente que é próximo do princípio da legalidade tal como ele foi concebido a seguir à Revolução Francesa nos regimes liberais, mas sofre algumas transformações. A primeira delas é que a ideia de *subordinação à lei* é completada pela ideia de *subordinação ao Direito*, no sentido de que não existe apenas um dever de obediência à lei, como lei ordinária, antes existe sobretudo um dever de obediência a mais qualquer coisa que a lei ordinária.” V., tb., Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 70; e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 923.

²⁴¹ Cf. Almiro do Couto e Silva, “Os Princípios...”, pág. 18. Cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 26: “... é seguro dizer que ante decisões reiteradas, de pacífica orientação jurisprudencial num dado sentido, a Administração Pública pode, por ato normativo seu, estender seus efeitos a outras situações idênticas”. V., especialmente, o art. 50, VII, da Lei nº 9.784/99.

²⁴² Cf. Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal – Sua origem e evolução*, 1ª edição, Teses, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994, pág. 639. V. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos...*, pág. 134 e seg.

Direito quer-se de Direito Material, e não apenas de Direito Formal, ou Estado da Lei”, o que leva o princípio da juridicidade a ter “a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia”²⁴³.

Aliás, tem-se mesmo tornado arcaica a radical oposição entre a Administração Pública e “administrados” (melhor, por isso, utilizar-se, o termo “particulares”). Estes não podem ser visualizados como meros objetos estáticos. Num Estado Democrático, pressupõe-se cidadãos ativos, donde se requer interação e *feedback*: “O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática da democracia... A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia*”²⁴⁴. Sendo assim, deve ser também implementada uma maior abertura da Administração à comparticipação dos particulares; fator que ainda influi, mesmo que mediatamente, na compreensão do princípio da legalidade, criado sob o culto da separação Estado-Sociedade.

Ora, não é mesmo sem razão que a CRP elevou ao nível de “Poder Local” as Administrações Autônomas constituídas por base territorial. Veja-se, ainda, o que se lavrou no Preâmbulo do Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro (Código do Procedimento Administrativo – CPA, de Portugal), no sentido de reforçar a eficiência do agir da Administração Pública e garantir a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito. Também assim no art. 3º da Lei Federal brasileira de nº 9.784/99 (Lei que regula o “processo administrativo” em nível Federal).

Destarte, se entre o princípio da legalidade da administração, designadamente em sua faceta garantística, e o da eficácia fizeram-se notar faíscas; estas se ofuscam quando defronte ao hodierno princípio da juridicidade, no qual aqueles têm de conviver numa harmoniosa síntese, após criteriosa conformação²⁴⁵.

²⁴³ In *Princípios Constitucionais...*, pág. 15 e 69, respectivamente. V. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, Coimbra, 1992, pág. 14.

²⁴⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 283 e 284, respectivamente. V., por exemplo, para confrontar, os art. 38º/5/6; 77º/1; 235º e seg.; 267º/1 e 268º/1/2 da CRP. V., tb., os arts. 7º, 8º, 115º e 118º do CPA. V., por exemplo, na CF, arts. 5º, LXXIII, 37, caput (publicidade) e parágrafo 3º e 205. V., na Lei 9.784/99, nomeadamente o art. 3º, II.

²⁴⁵ V. Adolf Merkl *apud* Francisco Rubio Llorente, “El Principio da Legalidad”, *REDC*, Ano 13, nº 39, Setembro – Dezembro, 1993, pág. 12; o qual teria formulado o conceito de juridicidade. Cf. Luciano Parejo Alfonso, “La Eficácia...”, pág.

Mas, como a Administração pode vincular, simultaneamente, “a todo o Direito”? Não seria isso um discurso, apesar de imponente, demasiado impreciso? Ou, consoante sintetizado por Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, “um máximo de indeterminação num máximo de vinculação”²⁴⁶? De fato, as fontes da juridicidade administrativa têm forças diversas, a serem ponderadas e conformadas caso a caso. Por isso, por certo, a lei formal continua constituindo *a priori* a fonte do Direito Administrativo por excelência²⁴⁷; o que é mesmo justificado quando se leva em conta ser ela o instrumento mor de especificação dos comandos constitucionais e dos interesses públicos a serem posteriormente prosseguidos e, portanto, de densidade normativa mais elevada; pelo seu peculiar procedimento de feitura e pela sua força jurídica; pelo eventual conteúdo especializado (ou técnico) que contenha; isso tudo agregado aos já vistos princípios que fundam imediatamente o Estado de Direito, berço do Direito Administrativo.

Ressalte-se, contudo, que poderosos argumentos de eficácia podem mitigar a “heterovinculatividade” do princípio da legalidade, especialmente em searas aonde o dinamismo da atividade impõe um maior espaço para a liberdade e a maleabilidade de sua implementação, em prol da melhoria dos resultados; possivelmente fazendo com que o regime jurídico administrativo (menos flexível) interpenetre-se com o privado-negocial (mais flexível).

33: “Com inteira independência do conteúdo e alcance que se dê ao princípio da legalidade da Administração, o problema da eficácia administrativa não consiste em optar entre os elementos da disjuntiva: Direito ou eficácia, senão em determinar as condições em que a atuação da Administração, sendo conforme o Direito, seja também efetiva, idônea para a satisfação real dos interesses gerais. Consequentemente, o Estado de Direito não facilita suporte algum a um ambiente hostil à eficácia, demanda tão somente a precisão jurídica deste princípio”.

²⁴⁶ *In Da Justiça Administrativa...*, pág. 648.

²⁴⁷ V., a título de exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 71; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 85; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 251. Cf. Adolf Merkl *apud* Francisco Rubio Llorente, “El Principio da Legalidad”, pág. 13: “o princípio da legalidade é um caso especial de aplicação do princípio da juridicidade, pois a lei não é mais que uma das fontes de Direito, e a legalidade, portanto, uma juridicidade qualificada”.

Aliás, para corroborar o expendido, descrevendo as alterações paradigmáticas que vem sofrendo o Direito e, no caso, especialmente o Direito Administrativo, na atual conjuntura, sob as “vagas” da eficácia em sentido amplo, José Eduardo Faria registra: “A principal delas é a relativização da premissa em torno do qual foi originalmente organizado: a idéia de limitação do poder e racionalização formal de seu exercício. Com a revogação dos monopólios estatais, a desoneração da administração direta a favor de órgãos descentralizados, a progressiva privatização dos serviços essenciais, a abertura à concorrência de setores econômicos antes proibidos ou de acesso controlado e a introdução de formas empresariais de gestão nas atividades cuja responsabilidade permanece dentro da administração pública convencional, essa premissa tende a ser considerada como enorme obstáculo aos processos de racionalização gerencial. Com a redução tanto do tamanho quanto do alcance do Estado, que deixa de ser produtor direto ou prestador de serviços públicos para atuar como regulador das atividades privatizadas, como indutor e garantidor da concorrência e como comprador de serviços essenciais, o controle formal de suas decisões passa a ser combinado com premissas basicamente voltadas à lógica de mercado, como a eficiência empresarial e a valorização dos resultados. Deste modo, em vez de condicionar os modos de agir do Executivo, estabelecendo suas prerrogativas e suas obrigações com base nos princípios da legalidade e da discricionariedade, o direito administrativo se converte em instrumento de gestão da máquina governamental”²⁴⁸.

Finalizando, incumbe mencionar que, se a lei é, de fato, a principal fonte da legalidade administrativa em sentido amplo (e também da juridicidade administrativa) e, se ela passa a desempenhar o papel de um projeto, o qual a Administração Pública deve concretizar e otimizar²⁴⁹, é intuitivo depreender que, conseqüentemente, a lei não pode, em nome do princípio constitucional da eficácia administrativa, estabelecer com o administrador uma relação de “dependência umbilical”²⁵⁰ ou, se quiser, “de ordem/cumprimento estrito”, como se isso fosse dois lados de uma mesma moeda. A autoridade administrativa

²⁴⁸ In “As metamorfoses do Direito”, pág. 19 e 20.

²⁴⁹ Cf. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 54 e seg.

²⁵⁰ Cf. Rogério Soares, *apud* Maria João Estorninho, *A Fuga...*, pág. 95.

não pode ser vista como um autômato em face da lei²⁵¹; em que nada pode otimizar-la²⁵².

Ao reverso, fortificados estão os argumentos daqueles que rogam uma maior autonomia para a Administração em face do legislador²⁵³ e uma concessão mais ampla de poderes discricionários; os quais em nada se confundem com poderes arbitrários²⁵⁴, porque também submetidos ao Direito. Da mesma forma, robustecidos também os fundamentos daqueles que defendem, como ora se ratifica, um âmbito peculiar da Administração onde a lei não deva, em princípio, penetrar. Não se trata isto de um espaço de natureza material ou formal; mas, sim, de profundidade (fundado na peculiar racionalidade administrativa) e, por isso, de contornos bastante tênues. Do mesmo modo, não está este intervalo liberto do Direito como fonte de juridicidade administrativa.

²⁵¹ Cf. Temistocles Brandão Cavalcanti, "Parecer", *AMJNI*, Ano XXIII, nº 95, Setembro, 1965, Rio de Janeiro, pág. 46.

²⁵² Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 187.

²⁵³ V. José Carlos Vieira de Andrade, "A Imparcialidade...", pág. 234, já no ano de 1974, aduzia: "Simplesmente esquece-se, desta maneira simplista, a tendência actual da Administração para se libertar do rígido controle apriorístico da lei, tal como é concebido nos quadros da legalidade tradicional. À "conformidade" à lei substituiu-se, em certos casos, a "compatibilidade" em face da lei (Eisenmann), o que indica uma menor dependência da Administração com respeito às determinações legais antecipadoras". V. reconhecendo a "reserva de administração" em face do juiz (ou, se quiser, em termos de controle aposteriosísticos), em razão da responsabilidade atribuída constitucionalmente à Administração, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa...*, pág. 641: "Por isso, sempre que o legislador conceder, em exclusividade, à administração, poderes de avaliação pelos quais só ela é responsável – "reserva de administração" –, o que pode suceder pelas mais diversas formas – desde o delinear de conceitos indeterminados a específicas atribuições da faculdade de agir –, a concretização da norma não pode ser controlada pelos tribunais, sob pena de atropelo do princípio da separação de poderes".

²⁵⁴ Cf. Afonso Rodrigues Queiró, *apud* Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa...*, pág. 635, acerca da juridicização da discricionariedade administrativa: "querer discricionariamente não pode ser o mesmo que querer caprichosa ou arbitrariamente; querer, nesta matéria, significa tanto como querer o que se concebeu como mais justo e adequado ao fim que se deve procurar alcançar".

PARTE II

QUAL A QUALIFICAÇÃO DO PODER?

POSICIONAMENTO FUNDAMENTAL: LEGITIMIDADE OU PODER DE FATO ?

2. O “PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS” PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMO EXTRAORDINARIAMENTE LEGÍTIMO

2.1. Considerações Iniciais

Com efeito, desenvolveu-se, até o presente momento, uma exposição substancialmente analítica e de cunho mais geral. Entendeu-se, efetivamente, que não se poderia partir diretamente para o enfrentamento da *questio* acerca do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa sem antes fornecer, ainda que de modo perfunctório, os alicerces jurídicos nos quais a controvérsia a ser tratada se vê envolvida; nomeadamente porque, como referenciado na Introdução da Dissertação, tal *questio* se mostra demasiado complexa. Assim, a apresentação dos pressupostos que subjazem o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa contribuirá para que a sua qualificação esteja menos sujeita a falhas no campo concreto.

De fato, não se pode tomar partido sobre a legitimidade ou ilegitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa sem cogitar, ainda que de modo breve, no princípio constitucional da separação dos poderes (ou na distribuição de competências aos órgãos constitucionais); na competência da jurisdição constitucional; no princípio da legalidade administrativa como traço fundamental do regime jurídico administrativo; no princípio da prossecução do interesse público pela autoridade administrativa; na atual configuração orgânica da Administração Pública *etc.* Todos esses institutos jurídicos, os quais, de alguma forma, podem ser relacionados (ou sintetizados) ao “complexo” do princípio da separação dos poderes, não permanecem “imaculados” ou “inertes” perante o denominado “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Todos eles (com interseção no princípio constitucional da separação dos poderes) podem ter algo a dizer relativamente ao designado “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Dáí se ter achado necessário e frutuoso o registro apriorístico dos fundamentos que poderão vir a ser utilizados adiante, quer para rechaçar ou quer para aprovar a uma dada configuração do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa; isso se levando em conta a CRP e a CF e os ordenamentos por ela comandados, obviamente.

Doravante, portanto, analisar-se-á a *questio* de um modo mais direto, tentando dar contornos ao designado “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa: Assim, procurar-se-á responder, no decorrer da Dissertação, algumas incógnitas, tais como: (i) *qual* a sua qualificação, poder legítimo ou ilegítimo? (ii) Se legítimo, *quando* ele pode ser exercido? (iii) E, ainda, neste caso, por *quem*, por todas as autoridades administrativas ou por algumas delas apenas? (iv) Mas, *como* ? Será legítimo a autoridade apenas repudiar o cumprimento da lei? (v) Aliás, será *poder* ou será *dever* ?

A resposta à primeira questão, acerca da qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa será apresentada já nessa parte, por se entender que se trata do “posicionamento fundamental” da tese, do qual dependerá a sorte das demais respostas e, via de consequência, do resto da discurso. Nesse sentido, com base nos tópicos precedentes e em outros argumentos

que poderão ser colacionados para uma melhor clarificação, fundamentar-se-á a tomada de posição feita no cume do presente tópico, concedendo o *atributo de extraordinariamente legítimo* ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Extraordinário no sentido de que é um poder incomum; que não deve ser pressuposto; que é singular, anormal, excepcional.

Além disso, também nesse tópico, desde já, demarcar-se-ão escopos que não legitimarão, mesmo extraordinariamente, o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa; apontando quando (ou para qual fim) este poder não se prestará à escusa da inconstitucionalidade do ato normativo primário para justificar o seu descumprimento. Deste modo, parte-se de uma exclusão (pela negativa) para tentar aproximar-se de uma identificação (pela positiva). Com efeito, consoante já asseverou certo jurista, se no Direito determinada figura apresenta-se incerta, nebulosa, de difícil conceituação, o primeiro passo a ser dado (muitas vezes o único possível) é afirmar aquilo que essa figura não pode ser²⁵⁵.

2.2. O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa como Extraordinariamente Legítimo

2.2.1. O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa Afigura-se Ordinariamente Ilegítimo

Efetivamente, existem vários fundamentos específicos que podem ser levantados para contraditar a configuração do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como ordinariamente legítimo²⁵⁶, alguns deles, aliás, anteriormente referenciados, tais

²⁵⁵ Cf. Vital Moreira, sobre a definição de “minorias”, in aulas ministradas na Disciplina Direito Administrativo, no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Ano Letivo 1999 – 2000.

²⁵⁶ Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 149 e seg., desenvolve a sua tese de Doutoramento no sentido de que é legítimo, em termos ordinários, o “poder administrativo de rejeição das leis inconstitucionais”. Conforme aduz: “O princípio da subordina-

como: o monopólio do juiz constitucional para o exercício do controle da constitucionalidade das leis; o princípio da legalidade administrativa como traço básico e fundamental do regime administrativo; o princípio da prossecução do interesse público como obstáculo ao estacionamento das atividades administrativas; a presunção de constitucionalidade das leis como decorrência da legitimidade democrática direta do órgão legiferante parlamentar; a possível anulabilidade da lei inconstitucional, donde os seus possíveis efeitos jurídicos; a sanção e a promulgação presidencial sobre a lei (ou o não exercício do veto por inconstitucionalidade) como resultado de um primeiro exame de constitucionalidade por parte do Chefe de Estado (consoante, aliás, os arts. 134º /b/h e o 136º da CRP e art. 84, inciso IV, c/c o art. 66, da CF)²⁵⁷; dentre outros.

ção da Administração à Constituição aponta, pelo contrário, para o reconhecimento de uma competência administrativa de fiscalização da constitucionalidade das leis e, mais concretamente, para a admissibilidade de um poder administrativo de *rejeição* das leis inconstitucionais” (pág. 167). Em todo caso, “*se existir uma instância hierárquica com o poder de direcção sobre a não aplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade estará, em regra, reservada ao cume da Administração*” (pág. 244). Para além das leis que afrontem o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, qualquer lei inconstitucional pode ser objeto de rejeição administrativa. A argumentação do jurista foi desenvolvida tendo em vista, designadamente: (1) o princípio da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos, consagrado de modo expresse no art. 3º/3 da CRP; (2) o princípio da constitucionalidade dos atos administrativos, nos termos do art. 266º/2; (3) a incapacidade do princípio da presunção (relativa) de constitucionalidade das leis para inviabilizar o poder administrativo de rejeição de leis inconstitucionais, (4) a hierarquia administrativa e o dever de representação em face de ordens superiores que se apresentem ilegais; (5) a atuação da Administração Pública em relação ao Direito Comunitário, designadamente em relação às leis nacionais que devem ser desaplicadas para dar lugar à aplicação das normas comunitárias com estas incompatíveis (pág. 194); (6) a responsabilidade que recai sobre os agentes administrativos. Contra-argumentando, tem-se, Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 262, no sentido de que: “as estruturas de fiscalização da constitucionalidade têm de estar funcionalmente adequadas às estruturas substantivas da Constituição”. Na doutrina italiana, V. Sergio Pomodoro, “Di un Sindicato degli organi amministrativi sulla costituzionalità delle leggi”, *RTDP*, Ano IX, Milano, 1959, pág. 529 e seg.

²⁵⁷ Assim o posicionamento de Oscar Saraiva, “Parecer”, *RF*, ano XLV, vol. CXVI, Fascículo 537, Março, 1948, Rio de Janeiro, pág. 42. Para o Autor, “Reconhecida a constitucionalidade da lei através de outorga da sanção, extingue-se, sob esse aspecto, qualquer outra atribuição executiva, cumprindo aos agentes desse Poder dar execução à lei tal como redigida”.

Todavia, sob o imediato enfoque do princípio constitucional da separação de poderes, nos termos previamente precisados, aterra-se um eventual posicionamento no sentido da legitimidade *ordinária* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

De fato, conforme se demonstrou, as competências constitucionais devem ser funcional, sistemática e restritivamente interpretadas. Trata-se, é certo, de um dos reflexos do princípio da tipicidade constitucional de competências. Com isso, evitam-se choques no princípio constitucional da separação dos poderes e, nomeadamente, uma possível concentração de poderes. Hodiernamente, o princípio constitucional da separação dos poderes passou a ser representando por uma distribuição equilibrada e funcionalmente orientada de competências constitucionais, designadamente visando a implementação de sua “dimensão positiva”, qual seja: otimização de resultados pelos entes respectivos no cumprimento das funções primordiais.

Por sua vez, como se também elucidou, do princípio da tipicidade constitucional de competências sucede que elas são usualmente atribuídas em caráter exclusivo. Daí porque, no essencial, discorda-se da argumentação desenvolvida por Rui Medeiros, sobre a interpretação do art. 204º da CRP, no sentido de que “não se percebe por que razão não se há de admitir *igualmente* um *juízo* administrativo de inconstitucionalidade da lei”²⁵⁸-g.n., de modo amplo, como consequência da incumbência constitucional (isto é, da competência) da autoridade administrativa para fiscalizar a constitucionalidade das leis que devem ser executadas. Ainda, por outras palavras, como decorrência da configuração da autoridade administrativa como uma “autora de decisão de inconstitucionalidade”, num patamar análogo ao que a autoridade judiciária detém nesse campo.

Ora, via de regra, apenas aquele órgão cuja função fora confiada pela Constituição detém a correlativa competência. Assim, ratifica-se que “a competência é algo instrumental no confronto dos fins ou fun-

²⁵⁸ In *A Decisão...*, pág. 209 e 227. Todavia, reconhece, logo às pág. 168: “Sob pena de inconstitucionalidade – e logo, de invalidade – cada acto há-de ser praticado apenas por quem possui *competência* constitucional para isso, há-de observar a *forma* e seguir o *processo* constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu *conteúdo*, nenhum princípio ou preceito constitucional”.

ções do Estados ou dos interesses públicos”²⁵⁹. Excepcionalmente, é verdade, poderão ser verificadas competências concorrentes; bem como competências sistematicamente implícitas. Mas, no “jogo interpretativo” para a descoberta destas, não se permite uma interpretação demasiado ampla, nomeadamente que as iguale às competências constitucionais expressas e fundamentais de um outro órgão de soberania, sob pena de se incidir numa abominável “usurpação de poderes”.

Nesse sentido, não há como se falar que as autoridades administrativas têm, regra geral, legitimidade para fiscalizar a constitucionalidade das leis e para rejeitar aquelas que repute desconformes a Constituição; ou ainda, que tal poder (aqui no sentido de faculdade) lhe seja inerente²⁶⁰. Para além da fiscalização da constitucionalidade das leis encontrar-se no âmbito de competência dos tribunais (art. 204º/CRP²⁶¹ e arts. 97 c/c 102, inciso III, b), c), da CF)²⁶²; os quais

²⁵⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 54. V., tb., Schnapp *apud* Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 36; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 503.

²⁶⁰ V. Ac./TC nº 24/85, de 6 de Fevereiro, em sentido bastante restrito: “Ao exercer a sua competência regulamentar, a Administração aplica directamente a Constituição ou actua-a através da lei intermediária. Nesta segunda alternativa, à Administração é proibido desobedecer à lei por inconstitucionalidade, desde logo, porque tal controlo cabe unicamente aos tribunais, difusamente, e ao Tribunal Constitucional, centralizadamente (art. 207º e 277º a 283º da Constituição)”.

²⁶¹ No ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais -, Lei nº 49/96, de 04 de Julho, e Decreto-Lei correlativo, nº 229/96, de 29 de Novembro; a norma do art. 204º é reproduzida no art. 4º/3.

²⁶² Com argumento semelhante, Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 389 e seg.: “O Texto Constitucional poderia consagrar expressamente mesmo essa faculdade deferida a todos de examinar a adequação da norma à Constituição e de descumprir-la em caso de concluir pela negativa. Tal sistema é inviável, nunca tendo sido adoptado em parte alguma, por equivaler na prática à supressão quase total da eficácia própria da lei. ... Tal situação não permitiria ao direito cumprir a sua eminente função de garantidor da ordem, da paz, da tranquilidade, que se expressa na presunção de legitimidade de todo ato público em geral. Ao conferir-se a qualquer um a competência de declarar uma lei inconstitucional, como escusa para o seu descumprimento, chegaríamos ao absurdo de ver o Executivo deixar de cobrar tributos, de efetuar prisões, de interditar estabelecimentos, toda vez que reputasse a lei como contrária à Constituição”. Em julgamento proferido em 1993, o STF acatou a tese contrária, contudo: “O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Recurso Especial nº 23.121/92-GO, DJU de 8/11/93, pág. 23.521).

foram e estão vocacionados para esse tipo de função; não foram nem estão as autoridades administrativas especialmente vocacionadas à rejeição das leis; ao reverso, estão expressamente direcionadas à sua “boa execução” (art. 199º/c; c/c art. 266º/1/2, da CRP e art. 84, inciso IV, c/c art. 37, *caput*, da CF); o que é dizer, para além de concretizar os comandos nela contidos, realizá-los de modo mais satisfatório possível (o que demanda critérios de eficácia).

Ora, à Administração Pública (ainda que não considerada como “Poder”, como os demais restantes, não obstante o seu apartado tratamento constitucional, tanto na CF, como na CRP) foi histórica e constitucionalmente atribuído um papel de destaque na prossecução dos interesses coletivos e na conformação das necessidades sociais, usualmente lavrados na lei; donde se falar numa legitimidade ordinária para o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” (ou seja, numa corrente legitimidade da conduta da autoridade administrativa em não cumprir o ato normativo primário com fundamento na sua inconstitucionalidade), pode bem significar um golpe forte na estrutura jurídico-institucional na qual o Estado Constitucional foi erigido e no qual *ainda hoje* se desenvolve, em sua dinâmica funcional: o princípio constitucional da separação dos poderes²⁶³. Não é sem razão que logo no art. 2º da CRP (alterado pela Revisão Constitucional de 1997) se encontra, dentre os princípios basilares do Estado de Direito Democrático Português, o princípio da “separação e interdependência dos poderes”, aliás, princípio pétreo (art. 288º/j). De modo análogo, tem-se os arts. 2º e 60, §3º, inciso III, da CF (princípio da “separação, independência e harmonia dos Poderes”). Sendo assim, se a Carta Magna outorga meios para que a inconstitucionalidade normativa seja apurada seguramente pelos tribunais, é com esses recursos que se deve, em caráter *ordinário*, contar.

Do mesmo modo que os tribunais estão especialmente vocacionados para o exercício da função jurisdicional e, a Corte Constitucional, por sua vez, precipuamente vocacionada à defesa jurídica da Constituição (pense-se, a título de exemplo, na sua especial composi-

²⁶³ V., sobre o assunto, em especial, Ruy Carlos de Barros Monteiro, “O Argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”, *RF*, Outubro – Dezembro, 1983, vol. 284, Ano 79, Rio de Janeiro, pág. 101 e seg.

ção, nos fundamentos jurídico-históricos que levaram à sua instituição, no seu atual significado para o Estado Constitucional Democrático de Direito – art. 221º e 277º e seguintes da CRP e art. 102, *caput*, da CF), mister este que essa Corte realiza principalmente por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; e, ainda, tendo em conta a posição institucional bastante peculiar do Poder Judiciário frente aos demais “Poderes” (dotado de especial independência contra possíveis ingerências externas que possam pôr em risco o exercício imparcial da função jurisdicional); por sua vez, também o Legislador (quer o Parlamento, quer o Executivo-Legislator) está especialmente vocacionado para a concepção do procedimento legislativo, para além de outras funções tradicionais, como, no caso do Parlamento, a função de fiscalização e controle político do Executivo (pense-se na sua organização e composição interna próprias e na sua legitimidade democrática direta – no Brasil, inclusivamente do Chefe do Governo).

Do afirmado à justificação da presunção de constitucionalidade das leis não colocam grandes distâncias²⁶⁴. Aliás, reitere-se que, nos termos do art. 97, da CF, “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgãos especial poderão os tribunais – salvo juízes monocráticos de 1ª instância – declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Portanto, vê-se que não se pode verdadeiramente compreender o princípio da separação dos poderes constitucionalmente consagrado se não se tiver em vista, além de seus fundamentos e suas raízes históricas, essa dimensão positiva que orienta a distribuição de competências constitucionais. Ora, os caracteres estruturais dos órgãos de soberania não podem ser olvidados nessa interpretação que se pretende fornecer uma maior justeza, operacionalidade e eficácia às funções estatais

²⁶⁴ V., trazendo para a discussão a posição da doutrina, nesse ponto, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 224. Mas, às pág. 266, esclarece, sob argumentos de João Baptista Machado: “Toda a decisão do legislador, legitimada democraticamente, ‘é em si mesma portadora de uma presunção elidível de intrinsecamente adequada e justa. Desde que não seja possível demonstrar que essa decisão é falsa e uma outra verdadeira, tem de aceitar-se como correcta a decisão tomada pela instância institucionalmente organizada e definida como componente para a decisão’”.

primordiais²⁶⁵. E as autoridades administrativas, ainda que dotadas de uma alta especialização técnica (por exemplo, lembre-se das autoridades administrativas independentes, as quais têm normalmente uma vertente de “tecnocracia”) não foram funcionalmente concebidas para o exercício do controle da constitucionalidade das leis.

Daí, mesmo que fosse possível extrair das disposições escritas da Constituição (ainda que numa interpretação mais “arrojada” e menos histórica do Direito) a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como ordinariamente legítimo (no sentido de que tal faculdade ou incumbência é inerente à função que ela exercita), essa própria interpretação não seria legítima, no sentido de não estar juridicamente fundada.

2.2.2. A Legitimidade do “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa não é uma “Impossibilidade Jurídica”

A legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa não é, igualmente, uma “impossibilidade jurídica”.

Isso porque, consoante asseverado, a lei, apesar de ser a fonte por excelência da legalidade administrativa em sentido amplo (por ser o principal instrumento de explicitação dos interesses públicos a serem prosseguidos pela Administração Pública), bem como da juridicidade administrativa, não é a única. Recorde-se que a Administração Pública está ora vinculada “a todo o Direito”. Aliás, já se pode bem cogitar num grande “bloco de juridicidade administrativa” (com conteúdo hetero e autovinculante): Constituição, inclusivamente com seus os princípios relativos ao regime democrático, princípios fundamentais da atividade administrativa; direitos, liberdades e garantias individuais; leis infraconstitucionais; Direito Comunitário primário e derivado; princípios gerais do direito; normas infralegais; critérios de ética;

²⁶⁵ Cf., aliás, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 1067: “A reserva de constituição não deve ser entendida em termos fixistas. Ela compatível com a ideia de *desenvolvimento constitucional*. O chamado “núcleo duro” ou “essência constitucional” não deve ser compreendido (apenas!) a partir de paradigmas antigos.”

critérios de economicidade; jurisprudência; usos e costumes; regulamentos; atos administrativos; contratos administrativos... “Em resumo, o direito não se reduz à lei, não se esgota ou exaure nela, antes envolve a actuação e aplicação unitária de um complexo de fontes, se se quiser, de um ‘sistema’”²⁶⁶. Nem sempre, concorde-se, todas essas várias fontes do Direito Administrativo convergirão para um mesmo vértice; no caso, para a Constituição, e serão compatíveis entre si²⁶⁷.

Ademais, ressalte-se a relatividade do princípio da legalidade, sujeito a compressões e ponderações de variadas ordens, nomeadamente originárias do princípio da eficácia administrativa. Sendo assim, a heterovinculação da Administração Pública ao ato normativo primário, já não sendo plena (no sentido de absoluta), pode ainda ser sensivelmente reduzida pela concreta conformação de um outro princípio fundamental à atividade administrativa.

Ainda, corroborando, conforme se mencionou, há muito foram reconhecidas circunstâncias excepcionais nas quais o princípio da legalidade *stricto sensu* e em sua faceta mínima de não contrariedade deveria ser posto em segundo plano por parte da Administração Pública, em nome de ponderosas razões. Em Portugal, de fato, o estado de necessidade foi inclusivamente admitido *expressis verbis* pelo CPA (art. 3º/2). Aliás, mencione-se que isso não diz respeito às leis inconstitucionais diretamente; mas leis ineficazes para uma situação concreta, tendo em vista a sua especialidade. Por maioria de razão, em benefício do dogma da supremacia constitucional, rejeita-se a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como uma “impossibilidade jurídica”.

Apesar de se entender que não é necessário tecer maiores delongas no presente tópico, mesmo porque, uma interpretação que *sempre* qualificasse de ilegítimo o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela

²⁶⁶ Cf. Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 240.

²⁶⁷ Cf. Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, Malheiros Editores, 2000, São Paulo, pág. 69, comentando exatamente o princípio da juridicidade inserido nessa lei brasileira: “a locução ‘conforme a lei e o Direito’ é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância do todo do ordenamento jurídico. Ao distinguir os dois termos, o artigo disciplina que para o processo administrativo a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restrita”.

autoridade administrativa já se apresentaria, à partida, de duvidosa subsistência, tendo em conta o seu próprio radicalismo (o que, aliás, facilitaria a sua refutação, desde ponto de vista)²⁶⁸, pode-se ainda trazer à baila, v.g., a questão da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias (art. 18º/1 da CRP e art. 5º, parágrafo único, da CF)²⁶⁹.

Não se quer com isso, absolutamente, subestimar a força vinculante das demais disposições constitucionais, própria da validade e eficácia da Constituição como norma jurídica²⁷⁰. Ora, “Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais”²⁷¹. Por agora, pretende-se, exclusivamente, colocar rapidamente uma pá-de-cal nesse ponto, rechaçando a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como uma eventual “impossibilidade jurídica”.

²⁶⁸ Assim tb. Antônio Carillo Flores, “O Executivo e as Leis Inconstitucionais”, *AMJNI*, nº 30, Ano VII, Junho, 1949, pág. 31, 32 e 35, tendo como pano de fundo a Constituição Mexicana, o Autor salienta: “...creio que se há de aceitar, como conclusão forçada, que a regra constitucional é que o Executivo está obrigado a cumprir as leis do Congresso, inclusive se ele pensa que são inconstitucionais (se o veto não foi apostado nos termos do inciso “b” do art. 72, o projeto de lei “reputa aprovado” pelo Executivo e, se foi aprovado em tão importante ocasião, não é senão natural que toda dúvida posterior careça de significado e transcendência. Admitir o contrário levaria a dotar o Presidente de um poder indefinido e ilimitado ali aonde a Constituição quis que só gozasse dele por dez dias). ... É a regra absolutamente geral e não admite excepção em caso algum? Não chego, tampouco, a tal extremo. ... Como, com efeito, negar em absoluto que uma lei contrária a textos da Constituição seja obedecida com infração das supremas normas do país? Logicamente uma coisa não pode ser ao mesmo tempo falsa e verdadeira; em direito, ao contrário, uma lei pode ser – se não ao mesmo tempo, em momentos muito próximos – constitucional ou inconstitucional ...”.

²⁶⁹ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais ...*: “A aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias não visa, quanto a nós, apenas garantir a prevalência destes preceitos ao nível da *validade*, mas também ao nível da *aplicação*, incluindo, portanto, a sua *eficácia imediata*.”

²⁷⁰ V. J. J. Gomes Canotilho, “¿Revisar la/o romper...”, pág. 13; ou “Prefácio” da *Constituição Dirigente...*, pág. V e seg.

²⁷¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 43.

Com efeito, demonstrar-se-ia pouco (ou, quiçá, nada) sustentável a argumentação no sentido de que, estando defronte de uma lei que ofendesse grosseira e literalmente o núcleo essencial de um determinado direito fundamental, nada poderia fazer a Administração Pública senão cumpri-la; o que equivaleria dizer; afrontar o direito, maculá-lo em seu íntimo.

De fato, ainda que nenhum direito fundamental possa ser considerado “absolutamente absoluto”, *radicalizando a situação*, pense-se numa lei ordinária que atentasse diretamente contra o núcleo essencial do direito à vida, condenando a morte todos os indivíduos que eventualmente deixassem de pagar as suas dívidas tributárias tempestivamente, não obstante o que reza o art. 5º, *caput*, e inciso LXVII, da CF, e art. 24º da CRP. Apesar de tal hipótese ser fictícia (tendo em vista o atual estágio das concepções sócio-culturais e jurídicas), é certo que a Administração Pública não poderia dar cumprimento a tal mandamento legal. Ainda, valendo-se de um exemplo fornecido pela doutrina lusitana: “O funcionário ou agente administrativo deverá, porém, *desobedecer* a ordens concretas de aplicação de *leis inexistentes*, violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (art. 271º/3). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos (art. 19º/6)”²⁷².

Também como outra alternativa, imagine-se, por exemplo, uma determinada lei que viesse dispor, em situações regulares (não se cogita de estado de sítio, estado de emergência ou estado de defesa – art.

²⁷² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 418. Todavia, Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico...*, pág. 438, afirma, com supedâneo nos argumentos de J. J. Gomes Canotilho, que a Administração não tem *qualquer* “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, ainda que sejam materialmente inconstitucionais. Assim, especialmente num eventual conflito entre o princípio da igualdade e o princípio da legalidade, “A resposta não pode ser hesitante: a observância do princípio da legalidade deverá ter procedência em face da consideração do princípio da igualdade”. Diversamente, mas especificadamente em relação ao conflito entre os princípios da imparcialidade e da legalidade administrativa, Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 142 e seg., entendeu que a Administração deve dar prevalência ao primeiro princípio e rejeitar a lei inconstitucional pela sua ofensa.

136 a 140 da CF e art. 19º/CRP), acerca da violabilidade plena do domicílio pela polícia, em contrariedade ao que consagra o art. 5º, XI, da CF (ou o art. 34º da CRP); isto é, sem qualquer observância aos requisitos lá explicitados. O que deverá fazer a autoridade policial defronte de um tal ato legal, cuja execução lhe fora ordenada de modo literal? Mais arrazoada será, certamente, uma interpretação da Constituição que possibilite uma solução para um tipo de situação como a desenhada (aliás, em termos razoáveis, também excepcional, tal e qual a medida saneadora a ser aplicada); de modo que fique resguardado o *status* daquele direito²⁷³. Neste caso, mais arrazoada e justa será a decisão administrativa que recuse a execução da lei em sua literalidade, pelo menos até a existência de um mandado judicial autorizador.

Portanto, somente uma qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo pode se compatibilizar, simultaneamente, com o conteúdo do princípio da separação dos poderes hodiernamente constante da CRP e da CF e com a excepcionalidade da situação na qual deverá ser exercido esse poder²⁷⁴. Aqui se entende que está o “ponto chave” para a

²⁷³ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 260: “Já será mais complicada a questão quando se trate de órgãos administrativos, em virtude da sujeição da actividade administrativa (regulamentar ou concreta) ao princípio da legalidade. Poderá admitir-se que a Administração, directamente obrigada pelos direitos fundamentais, possa ou deva não aplicar uma lei por a considerar inconstitucional?”. O Autor expõe a tese de BACHOF: “Segundo ele, a Administração *poderia e deveria* comprovar a constitucionalidade das normas a aplicar, embora deva partir de uma presunção de constitucionalidade – bastaria uma apresentação sumária susceptível de detectar sinais “patentes” de inconstitucionalidade. Se o órgão administrativo estivesse hierarquicamente subordinado, *deveria* comunicar as suas dúvidas ao superior ou pôr a questão ao Governo se se tratasse de um órgão de uma autarquia. Porém, se isso obrigasse a suspender a aplicação da lei, só poderia fazê-lo se não fosse contra o interesse público nem prejudicasse direitos individuais. Se a suspensão não fosse possível, teriam de optar pela aplicação ou não aplicação. *Teriam o dever* de não aplicação se a inconstitucionalidade da lei fosse *evidente*. Se o não fosse, *poderiam* não aplicar, mas só se, possuindo conhecimentos jurídicos para isso, estivesse *convencidos* (não bastaria a dúvida) da inconstitucionalidade e se os efeitos negativos da não-aplicação não sobrelevasse os prejuízos que poderiam resultar da sua aplicação”.

²⁷⁴ Cf. Temistócles Brandão Cavalcanti, “Parecer”, pág. 46 e seg., sobre a pretérita Constituição brasileira, dotada de dispositivos análogos à CF em matéria de divisão horizontal de competências: “É de toda evidência que, em princípio, uma lei

perfeita compreensão do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”: *tentar harmonizar a sua natureza excepcional e limitada com a subordinação da Administração Pública à Constituição e com o mandamento de otimização da eficácia das normas constitucionais.*

Conforme ressaltado por Paulo Otero, não obstante no tratamento específico de leis inconstitucionais que ostensivamente violam os direitos, liberdades e garantias, o entendimento de que a Administração pode rejeitar a aplicação de um ato infraconstitucional inconstitucional “não envolve, sublinhe-se, qualquer reconhecimento da possibilidade do Poder Administrativo declarar a inconstitucionalidade de actos jurídicos. Admitir esta última solução seria adoptar uma interpretação frontalmente contrária ao modelo de repartição de poderes consagrado pela Constituição e atentar contra um elemento integrante do Estado de Direito”²⁷⁵.

Aliás, como se afirmou anteriormente, a autoridade administrativa não pode ser vista como *reles ou médiocre* executora dos comandos legais, como subordinada auxiliar do legislador. À Administração Pública compete a responsabilidade de prosseguir os interesses públicos legalmente definidos e da *melhor* forma possível. Este é o programa legal que lhe compete otimizar. E tal incumbência da autoridade administrativa coaduna-se com a legitimidade (em termos excepcionais) do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”: a uma, porque se pressupõe aqui uma autoridade administrativa responsável e vinculada constitucionalmente, para além de “guardiã dos direitos

votada pelo poder legislativo e cuja execução dependa do poder executivo, deva merecer desse último poder toda atenção, a mais rigorosa obediência. ... Só, portanto, excepcionalmente, quando ocorrerem circunstâncias que imponham comportamento divergente do poder executivo, será lícito a este rebelar-se contra a aplicação de uma lei que contraria o interesse público, por ser inconstitucional. ... Nesse sentido é que se pode admitir a presunção e o reforço da autoridade do poder legislativo. ... Esta regra é conjugada com a outra que exige, evidentemente, que a inconstitucionalidade esteja acima de qualquer dúvida razoável (...), que haja razões poderosas para a sua decretação (...) ou, na expressão de João Barbalho, haja razões peremptórias”.

²⁷⁵ *In O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional* -, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. II, Lex Editora, Lisboa, 1995, pág. 536.

fundamentais”²⁷⁶; e, a duas, porque não se trata aqui de um “poder” que pretende subverter o regime administrativo (um “poder *ad terrorem*” consoante as palavras de Rui Medeiros²⁷⁷), construído sobre as bases do princípio da legalidade administrativa; ao reverso, trata-se de um poder (limitado e moderado), alçado no princípio da constitucionalidade administrativa que finaliza, em últimos termos, com respeito ao princípio da juridicidade da atuação da Administração Pública, *atribuir uma maior eficácia possível às normas constitucionais*²⁷⁸.

Deste modo, estando configurado o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como *extraordinariamente* legítimo (cabível apenas em determinadas circunstâncias, quando demonstrada a necessidade de seu exercício para a garantia da eficácia normativa dos preceitos constitucionais), dever-se-á investigar agora, portanto, as limitações que ele certamente pressupõe, em face de sua própria invulgar e excepcional natureza, tais como: limitações de exercício (hipóteses nas quais pode ser legitimamente exercido; a exigência do exercício; a sua fundamentação, razoabilidade e proporcionalidade *etc*); limitações dos efeitos no tempo (“provisoriidade” do exercício, dado que os interesses públicos não se compadecem com a inércia da atividade administrativa e que se deve viabilizar a fiscalização da inconstitucionalidade da lei e da atuação administrativa pelos tribunais, decorrência mesmo da competência destes para o exercício do controle sobre a constitucionalidade dos atos normativos e sobre a legalidade dos atos administrativos); limitações acerca da autoridade competente para formular o ato de desaplicação (ponderando-se, para tanto, o princípios da hierarquia administrativa e da unidade da ação administrativa e a pluralidade de Administrações Públicas hoje existentes) *etc*.

²⁷⁶ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, pág. 537. V., ainda, o posicionamento análogo do Autor em relação ao comportamento da Administração Pública frente aos casos julgados inconstitucionais violadores dos preceitos constitucionais respeitantes dos direitos, liberdades e garantias, in *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex Edições, Lisboa, 1993, pág. 152 e seg.

²⁷⁷ In *A Decisão...*, pág. 265.

²⁷⁸ Aliás, o art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99 dispõe que compete à autoridade administrativa, nos processos administrativos conceder: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

De fato, sem a observância desses limites, que se podem considerar inerentes ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo, o seu exercício passa a ser arbitrário e, daí, repellido (ou não reconhecido) pelo Direito²⁷⁹.

2.2.3. *O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa como Ilegítimo, ainda que Exercido de Modo Extraordinário.*

Sendo assim, definido o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo, identificar-se-ão, antes da investigação acerca do *quando* – isto é, das hipóteses nas quais se poderá cogitar no seu legítimo exercício –; alguns escopos que não darão qualquer respaldo ao exercício desse poder. Ao reverso, serão esses fins “deturpadores” da excepcional legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”.

De fato, não obstante se entender que os propósitos que serão abaixo referenciados não necessitariam de um apontamento *expressis verbis*, porquanto, certamente se opõem aos objetivos da atividade administrativa, motivo pelo qual não se prestariam ao exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” (levado a efeito por ocasião da execução da tarefa administrativa incumbida à autoridade), seu registro mostra-se importante na medida em que corrobora não se tratar de um “poder” que corrompe o Direito Administrativo e que se sobrepõe ao seu regime. E, tal fato deve ser mesmo relevado quando de uma futura interpretação ou utilização do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Efetivamente, pressupõe-se tratar de uma autoridade administrativa responsável (como corolário de um Estado Democrático de Direito), atenta ao seu papel constitucional de colaboradora do legislador na eficaz concretização dos interesses públicos prosseguidos.

²⁷⁹ Cf. Norberto Bobbio *apud* Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 105, nota: “o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente, o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário”.

Por isso, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” se afigura ilegítimo se a autoridade administrativa tiver em vista paralisar ou distorcer a prossecução dos interesses públicos para os quais até então está especialmente vocacionada. Isso em consequência do princípio da supremacia do interesse público²⁸⁰ ou da finalidade pública²⁸¹; do princípio da continuidade do serviço público e do princípio da indisponibilidade das competências administrativas^{282/283}.

Com efeito, o legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não pode significar uma libertação do múnus que impera sobre a autoridade administrativa: prosseguir o interesse público até então definido como tal e para o qual está especialmente direcionada, na qualidade de agente integrante da Administração Pública (em sentido material).

Não se trata, evidentemente, de uma “carta de alforria”, com a qual a autoridade administra se livra de sua competência constitucional, bem como do fim a que sua atividade se destina²⁸⁴. O “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa efetivamente não pode acarretar a implantação duma “anarquia administrativa”²⁸⁵; antes, aliás, o seu exercício pressupõe “responsabilidade e lealdade institucional”, tanto em relação aos demais Poderes do Esta-

²⁸⁰ Apesar da dificuldade em se definir abstratamente o que seja “interesse público”, tem-se o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 59: “... o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”. V. art. 2º, caput, da Lei 9.784/99 e art. 266º/1º da CRP e art. 4º do CPA.

²⁸¹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, pág. 68.

²⁸² V. art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.784/99 e art. 29º do CPA.

²⁸³ V., por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, pág. 603 e seg.

²⁸⁴ Ilustrando essa questão, mas num contexto diverso, Antônio Carillo Flores, “O Executivo...”, pág. 36, conclui o seu entendimento: “Por isto, o empenho de obrigar os órgãos do Governo a exercer ainda contra a vontade deles mesmos a delicada função de examinar a constitucionalidade das leis, capacitando-os, assim, para desobedecê-las, quando precisamente a sua principal tarefa dever ser de acatá-las, me recorda a deliciosa moça de uma bela novela de aventuras que se entretinha em fazer andar para trás o seu relógio, ‘rindo-se das pecinhas que cumpriam com o seu dever equivocado’. Só que os frutos que mui provavelmente se lograriam conceder ao Executivo, de modo geral, a exorbitante autoridade de não cumprir com as leis quando as julgasse inconstitucionais, talvez não provocasse risos, porém lamentos”.

²⁸⁵ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 265.

do (e suas correlativas competências), como para com a coletividade que a Administração Pública diretamente se relaciona. Ora, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não pode deixar de pressupor um desenvolvimento atrelado ao princípio da segurança jurídica.

Assim, seria ilegítimo que a autoridade administrativa se valesse do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” com o fito de, designadamente, paralisar ou interromper as suas atividades de modo permanente ou “*ad eternum*” ou, ainda, renitente.

De fato, ainda que a suspensão das atividades se afigure necessária em face da desaplicação da lei que à autoridade competia executar, é de se intuir que providências devem ser tomadas por ela própria para que, na medida do possível e dentro dos quadros da ordem jurídica e da legalidade democrática (aliás, princípio fundamental da CRP, art. 3º/2), possa ser a controvérsia constitucional devidamente solvida e a juridicidade de seu ato de desaplicação devidamente fiscalizado jurisdicionalmente. Pensa-se numa conseqüente e obrigatória notificação do Ministério Público pela autoridade administrativa autora do “ato de desaplicação”, de modo que a legitimidade deste possa a ser devidamente analisada pelos tribunais. Com efeito, está a falar-se de Estados Democráticos de Direito e, nestes, reitere-se, a decisão final sobre a constitucionalidade das leis e sobre a legalidade dos atos administrativos impera sobre os tribunais.

Do mesmo modo, seria absolutamente ilegítima (e repugnante) a atitude da autoridade administrativa que, fazendo uso de um ‘poder’ de rejeição, escusasse cumprir leis, com argumento na sua inconstitucionalidade, mas objetivando, em termos finais, de alguma forma, “retaliar” determinadas decisões políticas, sejam governamentais, sejam parlamentares. Efetivamente, o que se pretende com o reconhecimento do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa é conceder maior eficácia às normas constitucionais no âmbito da função administrativa e não, por lógico, instituir recursos injurídicos para o enfrentamento das questões constitucionais. A rejeição administrativa da lei deve apresentar-se como realmente necessária à preservação da Constituição; mas, também, evidentemente, como pressuposto (*conditio sine qua non*) da eficácia da atividade que a autoridade está dirigida a executar.

Decerto, a intenção não é instituir um super Poder Administrativo (ou reforçar a posição institucional do Poder Executivo— ressalte-se que o sistema de governo do Brasil é o Presidencialismo), pelo contrário, é robustecer a vinculação constitucional da Administração Pública e mitigar a sua posição de simples subalterna perante o legislador e, enfim, salientar que à autoridade administrativa, dentro das suas competências e responsabilidades, também recai a obrigação de maximizar a efetividade das normas constitucionais.

Por isso, apenas quando se afigurar ser medida exigível à juridicidade e à constitucionalidade da ação administrativa, pode se cogitar na legitimidade do exercício do extraordinário “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

2.2.4. *Quando o “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” pela Autoridade Administrativa Afigura-se Extraordinariamente Legítimo?*

A partir de então, passar-se-á à parte substancial dessa Dissertação. Com efeito, não basta qualificar o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo, como dantes clarificado; é necessário ainda tentar identificar *quando* ele poderá ser legitimamente exercido; o que dizer, *quando* se poderá legitimar um comportamento estritamente ilegal da autoridade administrativa, nomeadamente porque, frise-se, trata-se de um poder que, pela sua própria essência, é demasiadamente restrito.

Efetivamente, algumas das hipóteses que serão referenciadas foram deduzidas da argumentação alinhavada nas páginas precedentes. Também por tal razão se resolveu realizar lá uma exposição, apesar de superficial, mais extensa. Outras hipóteses, contudo, foram mencionadas pela doutrina que eventualmente se debruçou sobre a *questio*. Sendo assim, entende-se que são passíveis de serem alvo de discussão no âmbito do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa as seguintes hipóteses:

1ª Hipótese: Leis que já tenham sido objeto de decisão de inconstitucionalidade por parte da Corte Constitucional (Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal Federal), oriunda de uma fiscalização preventiva da constitucionalidade ou de uma fiscalização concreta,

valendo a jurisprudência constitucional como fonte de Direito Administrativo e, via de consequência, da juridicidade administrativa.

2ª Hipótese: Leis manifestamente inconstitucionais (Mas, como se pode considerar uma lei “manifestamente inconstitucional”?)²⁸⁶.

3ª Hipótese: Leis inconstitucionais violadoras da essência dos Direitos, Liberdade e Garantias. Isso porque, os preceitos constitucionais que consagram os direitos, liberdades e garantias (art. 18º/1, da CRP, e art. 5º, parágrafo único, da CF) têm aplicabilidade imediata, vinculando diretamente a Administração Pública. Por causa desse regime jurídico reforçado, tal hipótese é aquela que tem sido correntemente referenciada pela doutrina, designadamente pela doutrina portuguesa²⁸⁷.

4ª Hipótese: Determinadas situações em que a autoridade administrativa é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material, em âmbitos estreitamente relacionados com a proteção dos direitos fundamentais (pense-se nos citados “julgamentos” proferidos pela Administração Pública, seja por razão de ordem profissional ou desportiva, designadamente, quando não se carece de garantir o “monopólio da primeira palavra do juiz”)²⁸⁸ e, desde tais autoridades estejam dotadas de certos atributos especiais para a realização desses “julgamentos” (“peculiar imparcialidade e independência”). A inconstitucionalidade da lei é apreciada concretamente, em traços que podem fazer lembrar uma fiscalização jurisdicional concreta.

5ª Hipótese: Leis supervenientemente inconstitucionais, afinal, como efeito da incompatibilidade do Direito Pretérito para com a Constituição posterior tem-se a sua revogação (ou caducidade). Con-

²⁸⁶ V. Otto Bachof, “Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz”, *AöR*, 1962, pág. 1 e seg; e *Vewaltungsrecht*, München, 1999, pág. 389 e seg; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 260 e seg.

²⁸⁷ Na doutrina brasileira, dentro da discussão sobre os direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 326, fez alusão à *questio*, não obstante apenas com base na doutrina portuguesa.

²⁸⁸ V., falando em “Justiça Administrativa”, Jorge Miranda, *Manual...*, vol. IV, pág. 319. V. Diogo Freitas do Amaral, *Direito...*, II, pág. 180 e seg.

tudo, por razões de certeza e segurança jurídica, a autoridade administrativa poderá ser levada a observar o entendimento dos tribunais acerca da vigência ou não da lei pré-constitucional, manifestada pela jurisprudência, ainda que não oriunda da Corte Constitucional.

6ª Hipótese: Reserva de Administração em face do legislador. Com efeito, se é possível se falar na existência de um âmbito de atuação específico da autoridade administrativa, no qual seria constitucionalmente vedada a ingerência do legislador e, via de consequência, da lei; em suma, se há efetivamente um núcleo da Administração “liberto da lei”²⁸⁹; isso em consequência nomeadamente das exigências de eficácia e racionalização das atividades administrativas, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo poderia ser assim focado como um instrumento de defesa desse espaço administrativo exclusivo contra as investidas legislativas ilegítimas.

Antes, porém, de adentrar-se nas hipóteses versadas, no especial, esclarecer-se-á o motivo da exclusão, na presente Dissertação, de um estudo relativo ao valor jurídico negativo da lei inconstitucional e, designadamente, sobre a sua respectiva sanção nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro; o que será alinhavado na próxima parte. Tal esclarecimento se faz importante na medida em que demonstra que a inconstitucionalidade da lei nem sempre significa a sua total inabilidade para fundar atos jurídicos e, ato contínuo, direitos e deveres (isso tendo em vista uma possível sentença constitucional sem efeitos retroativos); fator que, por sua vez, robustece a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo.

²⁸⁹ Cf. Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 247.

PARTE III
RAZÃO DE ORDEM
LEI INCONSTITUCIONAL E
HETEROVINCULAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO NÃO INVIABILIZA ABSOLUTAMENTE O RECONHECIMENTO DE SUA PRECÁRIA VIGÊNCIA.
A REGRA DA HETEROVINCULAÇÃO APRIORÍSTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LEI INCONSTITUCIONAL

- 3.1. Inconstitucionalidade e Princípio da Segurança
Jurídica: Sentença Constitucional com Efeitos
Ex Nunc. Heterovinculação Apriorística da
Administração Pública à Lei Inconstitucional

Consoante mencionado, excluiu-se da presente investigação o estudo pormenorizado sobre o valor jurídico negativo da lei inconstitucional (ou valores jurídicos, consoante se entenda haver diversos

valores: inexistência²⁹⁰, nulidade, “nulidade atípica”, anulabilidade, ineficácia e irregularidade); bem como o da sua respectiva sanção (relacionada com os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão jurisdicional pertinente), nos moldes dos sistemas jurídicos então em debate (português ou brasileiro)²⁹¹.

²⁹⁰ V. art. 137º; 140º/1/2 e 172º/1/2 da CRP. Assim, por expressa determinação constitucional, o ato não promulgado ou não assinado pelo PR ou, no segundo caso, não referendado pelo Governo, é considerado inexistente juridicamente. Seria, portanto, um ato sem relevo para o ordenamento jurídico e, via de consequência, não vinculante para a Administração Pública (não consegue ter “heterovinculação”). De fato, em face dessa taxativa e inequívoca determinação constitucional, há que se entender que os atos mencionados nestes artigos não se inserem na *questio* versada nessa Dissertação. As autoridades administrativas têm que os rejeitar, isso desde que os atos normativos inexistente possam ser claramente identificados com sendo as hipóteses previstas constitucionalmente. Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, comentando o atual art. 140º/CRP (antigo art. 143º), pág. 608: “Daqui derivam duas consequências ... (b) os cidadãos e as autoridades não devem qualquer obediência aos actos a que falte a referenda”.

²⁹¹ Cf. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 243: “O vício de inconstitucionalidade legislativa corresponde à desconformidade estática (de conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida sempre em favor desta. Não se confunde com a sanção de inconstitucionalidade que é a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, podendo atuar espontaneamente ou na dependência de instrumentos garantidores, que integram o controle de constitucionalidade”. Daí porque, às pág. 244: “Não se pode estudar a sanção de inconstitucionalidade sem reportar a um específico ordenamento jurídico e ao regime sancionatório nele previsto”. V., acerca do tema: Marcelo Rebelo de Sousa, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Lisboa, 1988; Rui Medeiros, “Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional”, *OD*, nº 121, 1989, pág. 485 e seg.; Marcelo Rebelo de Sousa, “Inexistência Jurídica”, *DJAP*, vol. V, Lisboa, 1993, pág. 231 e seg.; Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, coord. Jorge Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pág. 326 e seg.; e Jorge Miranda, “Inconstitucionalidade”, *DJAP*, ob. cit., pág. 177 e seg. Todavia, conforme bem elucidada Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da imparcialidade...*, pág. 147: “E apesar da doutrina admitir um leque muito variado de valores jurídicos, como a inexistência, a nulidade, a anulabilidade, a eficácia e a mera irregularidade, tende invariavelmente a identificar a lei inconstitucional exclusivamente com um desses valores – a nulidade -. Esta tendência para construir a inconstitucionalidade como figura unitária, e que foi própria da construção clássica, levanta sérios problemas quando os próprios autores discordam acerca do significado e verdadeiro alcance do valor jurídico da nulidade”. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. XII: “Reconhece-se

Isso porque, apesar de se entender que o tema sobre a invalidade da lei inconstitucional apresenta relevo dogmático²⁹², não seria ele capaz de resolver *a priori* a *questio* acerca da legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, tendo em vista os sistemas jurídico-constitucionais *sub examine*.

Conforme noticiado, o objetivo da presente Dissertação (designadamente, das próximas páginas) é justamente tentar demarcar *quando*, em termos apriorísticos, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa pode ser considerado *extraordinariamente* legítimo. Pressupõe-se, portanto, como é óbvio, que a lei inconstitucional acaso desaplicada não tenha sido expurgada do ordenamento jurídico através de um controle abstrato de normas levado a efeito pelo TC ou pelo STF; pois, se assim for, não há que se falar em *questio* alguma a ser solvida, em face dos efeitos *erga omnes* da decisão correlativa, os quais inequivocamente vinculam a Administração Pública.

Destarte, apesar da (possível) desconformidade constitucional da lei (seja orgânica, formal ou material, seja originária ou superveniente²⁹³), ela apresenta-se para os particulares e para as autoridades públicas, nomeadamente, para as administrativas, como tal. Pode-se dizer que o ato normativo, ele próprio, “pretende-se lei”²⁹⁴ (“presunção de constitucionalidade das leis”).

que a nulidade da lei inconstitucional alça-se ao patamar de um princípio constitucional não-escrito também entre nós”. Assim tb., J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *apud* Rui Medeiros, “Os valores jurídicos...”, pág. 485 e seg. V., diferentemente, sem rigor científico, Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 389: “em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente”.

²⁹² Cf. Ross Alf *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite, “Justiça, Validade e Eficácia das normas Jurídicas”, *RJVPP*, nº 24, http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/revista/Ver24/artigos/Art_Carlos.htm; pág. 2, a concepção de validade foi empregada para significar que um ato jurídico tem ou não os seus efeitos desejados.

²⁹³ “Inconstitucionalidade superveniente” pode ser compreendida como a desconformidade da lei pré-constitucional com a constituição posterior. V. art. 282º/2 da CRP. V. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 221 e seg.; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 115 e seg.

²⁹⁴ Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 390: “O direito empresta força coativa a tudo aquilo que provém, como pretensão de lei, do órgão específico criado para sua produção pela própria Constituição”.

Isto posto, entende-se que não se afiguraria escorreito fazer depender a legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa do valor jurídico negativo do ato normativo então recusado, correlacionado à sua sanção; especialmente porque esta somente será incontroversamente definida pela Corte Constitucional²⁹⁵.

Portanto, se procedesse-se dessa forma, sujeitar-se-ia a legitimidade da rejeição administrativa da lei reputada inconstitucional (ato anterior) à sanção por esta recebida por meio da sentença constitucional (ato posterior). Ora, *sob a ótica da autoridade administrativa*, não será isso materialmente possível; uma vez que ela não poderá se estribar numa decisão futura e incerta; ao reverso, a rejeição administrativa deve procurar justificar-se em critérios também apriorísticos.

Evidentemente, o ato administrativo de desaplicação da lei não exclui um posterior controle jurisdicional, através do qual a legalidade *lato sensu* (desse ato) poderá ser ou não ratificada pelo juiz. Todavia, o valor jurídico negativo da lei então desaplicada (a ser definido pelo juiz constitucional da Corte Constitucional, lembrando que os tribunais inferiores apenas consideram a lei inconstitucional inaplicável ao caso) não serve de parâmetro apriorístico da legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa (e do ato que lhe é contínuo). Tal fato, contudo, releva em termos aposteriorísticos, acaso a lei não seja considerada inconstitucional ou, ainda que seja, a sentença constitucional correlativa não seja dotada de efeitos retroativos.

Com efeito, a eventual declaração de inconstitucionalidade por parte do TC ou do STF não exclui, em absoluto, a possibilidade do reconhecimento duma “precária vigência” da lei, pois é ainda facultado a essas Cortes proferirem decisão sem efeitos retroativos típicos. Trata-se do que correntemente se denomina de “poder de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”²⁹⁶.

²⁹⁵ Cf. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 94: “A vinculação entre sanção e controle de constitucionalidade é tanta que a primeira constatação que fazer é a de que onde inexistia um verdadeiro sistema de controle inexistia, também, sanção para o vício de inconstitucionalidade”.

²⁹⁶ Cf. Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, pág. 330: a sentença será, neste caso, “co-constitutiva e conformadora dos efeitos limitados da lei inconstitucional”. V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 952; e

Decerto, consoante prevê o art. 282º/1/2 da CRP, via de regra, “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória e geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado” e “Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última”. O nº 3, por sua vez, põe a salvo os casos julgados, via de princípio²⁹⁷. Sendo assim, em geral, no sistema português, a declaração de inconstitucionalidade da norma provoca efeitos retroativos e repristinatórios, sendo tal desconformidade origem da nulidade *ab initio* do ato normativo²⁹⁸. Todavia, o nº 4 excepciona: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais retrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”²⁹⁹.

Do mesmo modo, a Lei 9.868³⁰⁰, de 10 de Novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitu-

José de Oliveira Ascensão, “Os Acórdãos com força obrigatória...”, pág. 260. V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 741 e seg., que, de modo minoritário na doutrina, propugna por uma interpretação mais ampla do art. 282º/4 da CRP, podendo também os tribunais em geral manipular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no caso concreto.

²⁹⁷ V., sobre o art. 282º/3 da CRP, Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita...”, pág. 329.

²⁹⁸ V., como exemplo, José Manuel Cardoso M. da Costa, *A Jurisdição ...*, pág. 59; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 952.

²⁹⁹ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 234, o Direito Constitucional Português consagra a “nulidade atípica” como sendo a invalidade do ato jurídico-público inconstitucional, pois: “dentro das nulidades, a que traduz a ponderação, mitigada ou esbatida embora, de interesses públicos como o da certeza e segurança jurídicas, o da equidade, o que decorre do sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptada e ainda qualquer outro interesse público de excepcional relevo é a nulidade atípica”.

³⁰⁰ Antes dessa Lei, contudo, o STF teve possibilidade de pronunciar-se, em termos excepcionais, pela anulabilidade da lei inconstitucional, tendo como Relator o Ministro Leitão de Abreu: “... Acertado se me afigura, também o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não

cionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê, em seu art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Nesse sentido, mesmo que haja procedência da alegação de incompatibilidade constitucional na fiscalização jurisdicional abstrata realizada, essa não faz decorrer, em termos absolutos, no Direito Português e no Direito Brasileiro, uma decisão com efeitos reotrativos³⁰¹; o que equivale dizer que eventuais atos jurídicos produzidos sob a precária vigência da lei inconstitucional podem ser posteriormente reconhecidos e ratificados. Isso em nome da segurança jurídica, valor profundamente assegurado pelo Estado de Direito, como é sabido.

Efetivamente, “o direito não pode ser considerado unicamente como técnica pura, desvinculado das injunções que se tem de submeter no contato da realidade social que pretende regular. Se pudéssemos compreender o direito somente como técnica abstrata, não há dúvida de que o problema da constitucionalidade das leis estaria resolvido pela adoção do princípio acima concluído”; isto é, de que a lei inconstitucional é inexistente ou nula³⁰². Daí porque razões de segurança jurídica podem impor que uma lei inconstitucional possa validamente dar guarida a atos jurídicos praticados sob o seu fundamento.

declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos” (RTJ vol. 82, pág. 791), in Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág; 262.

³⁰¹ A doutrina portuguesa, pela sua maioria, entende não ser possível, com amparo no citado artigo 282º/4 da CRP, decisões de inconstitucionalidade com a manutenção provisória da lei inconstitucional. V. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 957. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, pág. 953: a “publicação oficial da decisão do TC é um limite oficial absoluto”.

³⁰² Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 390. E continua: “Por força da necessidade de ser efetivo, o direito passa por cima do princípio que a técnica jurídica impõe de somente acolher como norma jurídica aquela adotada segundo o disposto na norma superior, tanto do ponto de vista formal como sob o aspecto material ou substancial”.

Imagine-se, a título de exemplo, uma lei que somente após dez anos de sua publicação venha a ter a sua inconstitucionalidade declarada. Seria neste caso totalmente desarrazoado proferir uma decisão com típicos efeitos *ex tunc*, a qual somente geraria entorses no princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança³⁰³. Assim, bem mais prudente e justa seria a decisão que reafirmasse os direitos e os deveres (ainda que parcialmente) decorrentes das relações jurídicas estabelecidas com base na lei inconstitucional, inclusivamente para privilegiar os particulares e as autoridades públicas que atuaram de boa-fé.

Nesse sentido, já não fosse bastante o princípio da legalidade administrativa (o qual, consoante se viu, tem como fonte por excelência a lei, pela sua própria função de determinar os interesses públicos a serem perseguidos pela Administração Pública; o que não provoca arranhão algum ao posto máximo ocupado pela Constituição no ordenamento jurídico do Estado, como fonte primeira do Direito) e o princípio constitucional da separação dos poderes; a argumentação supra expedida clarifica o posicionamento da Administração Pública em face da lei inconstitucional: deve-se efetivamente reconhecer que esse ato normativo é, por princípio e em termos apriorísticos (isto é, antes que haja a declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte Constitucional), heterovinculante para a autoridade administrativa³⁰⁴. As exceções a essa regra são justamente

³⁰³ Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 188: "... a inclinação mais importante do controle jurisdicional da constitucionalidade, quanto aos efeitos da declaração, é fugir do rigorismo técnico-jurídico, das posições inflexíveis e dogmáticas, considerando as consequências práticas e políticas, a justiça do caso concreto, permitindo que o tribunal, com prudência e cautela, exerça um poder normativo determinando a eficácia da decisão a respeito da inconstitucionalidade".

³⁰⁴ O Supremo Tribunal Administrativo (STA), num Acórdão de 19 de Janeiro de 2000, in *ADSTA*, Ano XXXIX, nº 461, Maio de 2000, pág. 737 e seg., Recurso nº 37.652, decidiu no sentido da heterovinculação apriorística da Administração Pública ao ato normativo inconstitucional, como princípio. V. "Ementa: Direito de reversão de bem expropriado. Aplicação da Lei no tempo. Efeitos da inconstitucionalidade. Princípio *tempus regit actum*. Indeferimento tácito. Recurso para o Pleno da Secção. Matéria de facto. ... V – A inconstitucionalidade de uma norma de direito ordinário não afasta, *em princípio*, o dever do seu acatamento por parte da Administração e dos cidadãos, até que sobrevenha uma declaração com força obrigatória geral, e, mesmo neste caso, com ressalva dos casos julgados e com possibilidade de restrição dos efeitos de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de especial relevo. VI – Esta

aquelas hipótese em que se poderá cogitar no legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Por isso, discorda-se, no essencial, da assertiva no sentido de que “a regra no Direito português é a de que a lei inconstitucional não vincula a

relevância positiva do acto normativo inconstitucional impede que se considere que, face ao juízo de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização concreta, da norma do art. 7º, nº 1, do Código das Expropriações de 1976, na parte em que não reconhecia o direito de reversão de bens de particulares expropriados por entidades de direito público e não aplicados ao fim determinante da expropriação, tudo se passa como se esse reconhecimento nunca tivesse existido. O não reconhecimento desse direito existiu efectivamente ao nível do direito ordinário, vinculando a Administração e os particulares, pelo que não há qualquer incongruência em afirmar-se que, apesar da inconstitucionalidade daquele não reconhecimento, o Código das Expropriações de 1991 veio introduzir inovatoriamente o direito de reversão na situação em causa, pelo que não lhe são aplicáveis os princípios de direito transitórios enunciados em II, III e IV.”. No inteiro teor, registrou-se: “Para essa solução também concorrem razões de segurança jurídica que, como se viu, podem até justificar a restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. ... Esta necessidade de protecção da sua confiança impõem também que não se atribua ao juízo de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização concreta, da norma do artigo 7º, nº 1, do Código das Expropriações de 1976 – norma esta a que, repete-se, a Administração estava vinculada, não podendo recusar a sua aplicação com fundamento na sua inconstitucionalidade – o efeito de privar instantaneamente a entidade expropriante (ou seu sucessor) de qualquer período de tempo para afectar o bem expropriado ao fim determinante da expropriação”. Diversamente, mas com resultado semelhante, Paulo Otero, *Ensaio julgado sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, pág. 153, em relação ao Direito Português, servindo igualmente para o Direito Brasileiro: “os actos inconstitucionais não podem criar uma situação de autovinculação ou de heterovinculação para a Administração ou para qualquer outra estrutura decisória do poder público. Trata-se, afinal de uma mera consequência da sua invalidade agravada. Porém, isto não significa que se reconheça à Administração uma competência genérica para desaplicar os actos jurídicos que considere desconforme com a Constituição, salvo, eventualmente, em casos de autocontrolo da legalidade/constitucionalidade das suas próprias decisões individuais ou normativas. No entanto, quanto aos actos jurídicos provenientes de outras funções do Estado, o Direito português desconhece qualquer norma genérica que habilite a Administração a exercer tais faculdades. Por isso mesmo, perante actos jurídicos provenientes da função legislativa ou da função judicial feridos de inconstitucionalidade, em princípio, a Administração encontra-se subordinada em termos decisórios. A inexistência de mecanismos de fiscalização da sua validade jurídica condena a Administração, em regra, a ter de respeitar situações de heterovinculações inconstitucionais”.

Administração ou, por outras palavras, não é executória”³⁰⁵; afinal, conforme o ponto de vista exposto, *em termos apriorísticos*, a regra geral é a contrária: a heterovinculação da Administração Pública à lei inconstitucional.

De fato, reconhecendo-se à autoridade administrativa legitimidade genérica para recusar as leis que entenda desconforme a Constituição, corre-se um risco de maior proporção: primeiramente, o de não serem julgadas inconstitucionais as respectivas leis (trata-se verdadeiramente de uma incerteza) e, acaso isso ultrapassado, de não serem atribuídos efeitos retroativos típicos à sentença pertinente. Sendo assim, a eventual decisão administrativa que desaplicou a lei, ela própria, poderá entrar em conflito com a posterior decisão jurisdicional da Corte Suprema³⁰⁶. Além disso, a atividade administrativa, pensada sobre o princípio da prossecução do interesse público, não se compa-

³⁰⁵ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 278.

³⁰⁶ Diversamente, de uma forma abrangente, Elival da Silva Ramos, *Inconstitucionalidade...*, pág. 236: “A postura do Poder Executivo diante da lei por ele reputada inconstitucional também varia de acordo com o sistema sancionatório utilizado pelo Constituinte... Ainda nesse sistema sancionatório, contudo, se é admitida certa eficácia retroativa à decisão anulatória, parece-nos que, em princípio, se deve reconhecer à Administração a faculdade de recusar execução à lei inconstitucional, porquanto, desse modo, estará sendo resguardado o patrimônio público, evitando-se consumação de situações irreversíveis, mesmo com o advento da anulação do ato legislativo pelo órgão de controle... Nos ordenamentos em que a constituição estabelece a sanção de nulidade para as leis que a violem, é irrecusável a competência do Poder Executivo para negar cumprimento à lei inconstitucional”. Em contradição com esta, Zelo Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 322 e seg.: “E, neste passo, já devemos adiantar a nossa opinião de que *não é lícito* ao Poder Executivo deixar de cumprir a lei por entender que a mesma é inconstitucional... O principal argumento dos que pregam que o Executivo tem a faculdade de recusar o cumprimento de disposições legais que lhe pareçam inconstitucionais reside na premissa de que a lei que viola preceito da Lei Fundamental é nula, “como se não existisse, desde a sua origem”, não podendo obrigar, não devendo ter eficácia, cabendo ao Executivo interpretar a norma, negando-lhe execução, se for o caso, para afinal, resguardar e cumprir a Constituição, garantindo-lhe a integridade e supremacia. Há exagero nesta concepção. Não se deve sinonimizar inconstitucionalidade e nulidade. Em nosso sistema, a inconstitucionalidade, em regra, determina ou acarreta a nulidade. A consequência – nulidade – é um corretivo que o dogma da supremacia constitucional exige, diante de uma violação da Carta Magna, que precisa ser declarada jurisdicionalmente. E a Lei 9.989/99 veio trazer importantes inovações nesta matéria, como vimos”.

tibiliza com a argumentação de que, via de princípio, em termos apriorísticos, a lei inconstitucional não é heterovinculante para a Administração Pública.

Isto posto, partindo-se da premissa de que lei inconstitucional é, via de regra e *a priori*, vinculante para a Administração Pública³⁰⁷, tem-se que as exceções a essa regra, nas quais se poderá levar a efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, deverão dizer respeito, em princípio, a situações aonde essa vinculação se apresenta bastante sensibilizada por conta da gravidade da desconformidade constitucional ou por efeito de uma outra fonte de Direito Administrativo.

³⁰⁷ No sentido da heterovinculação apriorística da lei inconstitucional sobre a Administração Pública como regra geral, tem-se os seguintes pareceres da Procuradoria-Geral da República (Portugal): Parecer nº 8/85, de 16 de Maio de 1985, *BMJ*, nº 350, Novembro, 1985, pág. 79 e seg., Parecer nº 52/84 (Inédito) e Parecer nº 90/83, de 12 de Maio de 1983, *BMJ*, nº 332, pág. 245 e seg. No primeiro, registrou-se em sua Ementa: “VI – A inelegibilidade prevista no artigo 4º, nº 1, alínea c), do Decreto-Lei nº 701-B/76, na redacção do Decreto-Lei nº 757/76, consagra, maugrado a carga axiológica que encerra, uma restrição desproporcionada aos direitos fundamentais, não se confinando nos limites da necessidade a que alude o nº 2 do artigo 18º da Constituição da República, pelo que é materialmente inconstitucional. VII – No entanto, enquanto não for declarada a sua inconstitucionalidade, nos termos do nº 2 do artigo 281º da Constituição, a Administração deverá continuar a obedecer ao seu comando”. No último parecer, em linha análoga, firmou-se na Ementa: “II – O Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública, aprovado pelo Decreto-Lei nº 440/82, de 4 de Novembro, está ferido de inconstitucionalidade orgânica originária ao dispor, sem autorização legislativa, sobre matéria reservada da Assembleia da República. III – Enquanto aquela inconstitucionalidade orgânica não for declada pelo Tribunal Constitucional, com força obrigatória e geral, a Administração continuará a aplicar o Regulamento Disciplinar aprovado pelo Decreto-Lei nº 440/82, de 4 de Novembro.” Tal posicionamento foi ratificado em *Pareceres*, vol. V, Procuradoria-Geral da República, coord. José Augusto Sacadura Garcia Marques e Luís Novais Lingnau da Silveira, Lisboa, pág. 587 e seg. Veja-se ainda os pareceres da Procuradoria-Geral República de nºs 190/81; 16/92 (*Pareceres*, vol. I, pág. 51); 60/95 e 4/96 (*Pareceres*, vol. V, pág. 90).

PARTE IV

O QUANDO DO PODER

1ª HIPÓTESE

O Juízo Administrativo sobre a Inconstitucionalidade da Lei Fundado num Prévio Juízo Jurisdicional de Inconstitucionalidade: A Jurisprudência Constitucional como Fonte de Juridicidade Administrativa

4. O PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMO EXTRAORDINARIAMENTE LEGÍTIMO

- 4.1. A Jurisprudência Constitucional como Fonte de Juridicidade Administrativa.**
O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”
Extraordinariamente Legítimo com Supedâneo
no Entendimento das Cortes Constitucionais

Conforme alinhavado na primeira parte dessa Dissertação; a Administração Pública ora se vincula ao princípio da juridicidade, cujo conteúdo congloba fontes heterogêneas do Direito: Constituição; leis infraconstitucionais; normas infralegais; regulamentos administrativos e outros atos; princípios gerais do direito; usos e costume;

critérios éticos e de economicidade; e, em especial para o presente momento; a jurisprudência³⁰⁸.

Aliás, neste particular, esclarece Jorge Manuel Coutinho de Abreu: “a legitimidade do direito jurisdicional (*Richterrecht*) é hoje geralmente reconhecida. E essa sua afirmação no domínio das “fontes” não lhe vem apenas (nem tanto) do seu papel interpretador-concretizador (...). O cerne do *Richterrecht* situa-se em outro nível. ‘É que das decisões concretas da realização do direito vão-se inferindo (por uma generalização integrante das suas *rationes decidendi*), normas, *topoi* normativos, princípios normativo-jurídicos e mesmo institutos jurídicos, enquanto explicitações dogmáticas das intenções normativas que as informam como seus pressupostos fundamentantes – ou seja, recuperam-se por essa inferência, em termos explícitos, aqueles elementos normativos que as decisões jurisprudenciais foram assimilando (e manifestando) em termos implícitos ao ultrapassarem constitui-

³⁰⁸ Cf. Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo...*, pág. 25: “Como conjunto de decisões num mesmo sentido, proferidas quando da aplicação de certo preceito jurídico na solução de casos iguais, a jurisprudência é fonte não escrita relevante do Direito Administrativo, embora assim não entendem alguns autores. Reunidos, nessas condições, os julgados dos tribunais acabam por integrar as formas de revelação do Direito”. Ainda sobre a jurisprudência como fonte, designadamente do Direito Administrativo francês, e de um modo ainda mais robusto, Jean Rivero, *Direito Administrativo...*, pág. 85 e seg.: “1º – É exacto que juridicamente o juiz não está vinculado pela regra que formula do mesmo modo que o está pela regra escrita. Ao contrário do que se passa nos países em que, como na Grã-Bretanha, a autoridade do precedente o obriga a não se afastar da jurisprudência anterior, o juiz pode decidir num sentido diferente. Mas, na prática, quando enuncia uma regra é porque a considera boa e que doravante deseja respeitá-la: o espírito de continuidade que caracteriza os grandes corpos do Estado, a preocupação com a segurança jurídica dos particulares, impõem ao juiz essa fidelidade ao seu próprio pensamento. ... 2º – Se, em teoria, o juiz não está vinculado pela própria regra, a Administração e os particulares são praticamente obrigados a respeitá-la, uma vez que, se a infringirem, o juiz aplica a essa violação as mesmas sanções que à das regras escritas; talvez se mostre mesmo mais rigoroso quando a regra desrespeitada emana de si, porque então é a sua autoridade que está em jogo. Daqui resulta, para os administrados e administradores, um sentimento de obrigação relativamente à regra jurisdicional idêntico ao que experimentam em relação à norma escrita, ligado à identidade da sanção. Assim a regra jurisprudencial apresenta todas as características da regra do direito, tanto sob o ponto de vista objectivo – existência de uma sanção – como do subjectivo – sentimento de obrigação que pesa sobre os sujeitos”.

vamente os limites normativos materiais da legislação. E dessa interferência explicitante resulta uma objectivação normativo-dogmática que, embora não possa obter-se sem a casuística em que ela tem a sua experiência problemático-normativamente constituinte, acaba todavia por também normativamente a superar, e é essa objectivação normativo-dogmática que se vem a inserir no *corpus juris*, adquirindo desse modo vigência jurídica”³⁰⁹.

De fato, nessa mesma vaga de juridicizar integralmente a atividade administrativa, tanto o CPA, como a Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999³¹⁰ (a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e é aplicável, por força de seu art. 1º, parágrafo 1º, aos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no exercício de função administrativa), consagram “o direito” como fonte da legalidade administrativa em sentido amplo. Já não fosse isso suficiente, essa lei ainda se manifestou de forma específica em relação à jurisprudência, dispondo em seu art. 50: “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando: VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão”. E, não obstante a não expressividade do CPA acerca desse ponto específico, apesar do que reza o seu art. 124º/1/d, como já notou Diogo Freitas do Amaral, “a verdade é que também em Portugal a jurisprudência tem grande influência no Direito Administrativo”³¹¹.

Ora, não se pode mesmo negar que uma jurisprudência uniforme e duradoura é fonte de Direito (não escrito), uma vez que os aplicadores da lei têm nessa interpretação um parâmetro para a sua própria. Aliás, por vezes a jurisprudência desempenha um papel substancial na clarificação de conceitos jurídicos imprecisos, como no Brasil ocorreu

³⁰⁹ *In Sobre os regulamentos...*, pág. 147. O Autor lança mão de argumentos de Castanheira Neves.

³¹⁰ Esclarece-se que essa lei, por ser apenas relativa à Administração Pública de nível Federal, não regula a atuação da Administração Pública de nível estadual. De fato, a matéria administrativa (em termos genéricos) não encontra na competência privativa da União (art. 22 da CF), devendo ser incluída na competência reservada dos Estados-membros (art. 25º, parágrafo primeiro, da CF). Todavia, outras matérias específicas de Direito Administrativo (v. g. desapropriação e licitação) fazem parte da competência privativa da União. Apenas a referida lei federal será citada nessa dissertação, tendo em vista a variedade de Estados-membros brasileiros.

³¹¹ *In Curso...*, pág. 152.

em relação ao conceito de “justa indenização” (ora elevada ao *status* de direito fundamental, constante do art. 5º, inciso XXIV, da CF)³¹². Também assim em Portugal³¹³. Do mesmo modo, em relação à explicação das normas constitucionais, nomeadamente quando a interpretação é originária da Corte especialmente incumbida da guarda da Constituição: o TC e o STF.

Diga-se de passagem, apenas para ilustrar, a sedimentação do princípio da igualdade na jurisprudência do TC, inclusivamente em sua dimensão positiva³¹⁴. Aliás, a jurisprudência constitucional oriunda das Cortes Constitucionais desempenha também um papel importante face ao próprio Constituinte derivado, na medida em que ele se orienta por essa interpretação quando da revisão constitucional. Foi ocorrido designadamente em Portugal, em relação ao art. 228º da CRP, com a consagração da alínea “I” (“turismo, folclore e artesanato”), critério esse antes posto em evidência pelo TC.

Daí porque se deve efetivamente considerar a jurisprudência (especialmente aquela provinda do TC ou STF³¹⁵) como fonte legitimadora da ação da Administração Pública; isso na medida em que a matéria nela consubstanciada apresente relevo para o exercício da função

³¹² V. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo...*, pág. 26.

³¹³ V. Diogo Freitas do Amaral, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, Lisboa, 1967, pág. 318, *apud*, Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 152.

³¹⁴ V. sobre o princípio da igualdade na jurisprudência do TC, José Casalta Nabais, “Os Direitos Fundamentais...”; pág. 101 e seg.: “Analisando a jurisprudência do TC nesta matéria, facilmente podemos concluir que ela se tem movido, fundamentalmente, nos quadros de uma concepção do princípio da igualdade como proibição do arbítrio. Isto é, o princípio da igualdade tem, essencialmente, um sentido negativo: ele reconduz-se à ideia da proibição de distinções arbitrárias, de distinções desprovidas de justificação racional (ou de fundamento material suficiente).” Todavia, menciona às fls. 118 que o TC também admite, em algumas decisões de sua jurisprudência, que “o princípio da igualdade ... implica, não só a proibição de discriminações arbitrárias, mas também, por vezes, a imposição de discriminações positivas orientadas para compensação das desigualdades fáticas, afim de obter uma igualdade de resultados”.

³¹⁵ Ressalte-se que se está a tratar de leis (“leis inconstitucionais”) que se defrontam com a Constituição da Federação. Por essa razão, não se irá mencionar, em especial, sobre a fiscalização abstrata das leis municipais e/ou estaduais que afrontam a Constituição do Estado-Membro. Não obstante isso, salienta-se apenas que se a lei viola a Constituição do Estado, o Tribunal competente para proceder a fiscalização da constitucionalidade é o Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

administrativa que a esta autoridade compete realizar concretamente. E essa conclusão importa à *questio*.

Realmente, assim sendo, há que se reconhecer que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” legitima-se, extraordinariamente, quando a autoridade administrativa sustenta o seu juízo de inconstitucionalidade num prévio juízo jurisdicional sobre essa desconformidade constitucional; e, desde que esse juízo tenha sido formulado pela Corte que, em última instância, é competente para o exercício da fiscalização da constitucionalidade, *in casu*: TC e STF³¹⁶. Logicamente, a jurisprudência que tem relevância à *questio* é aquela que não tem força obrigatória e geral. No Brasil, tal jurisprudência provém do julgamento dos recursos extraordinários (art. 102º, III, alíneas *b* e *c*) – controle concreto; e, em Portugal, da fiscalização concreta, da fiscalização prévia abstrata e da fiscalização sucessiva abstrata; neste caso, quando não há declaração de inconstitucionalidade.

De fato, apesar de todos os tribunais lusitanos e brasileiros estarem habilitados para o exercício do controle da constitucionalidade nos casos submetidos a seu julgamento (controle difuso); donde se pode cogitar na existência de jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo primário formada ainda em 2ª instância (pressupondo que a sentença de 1º grau não forma jurisprudência); deve-se limitar, para efeitos do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, à jurisprudência da Corte Constitucional. Isso porque, para além de se viabilizar com isso maior justeza à decisão administrativa e se evitar fundamentações administrativas diversas (uma, por exemplo, consoante a jurisprudência de um dado tribunal administrativo e, outra, no sentido de um outro tribunal); é a esta Corte a quem compete a última palavra sobre a inconstitucionalidade do ato normativo (“monopólio da última palavra” na fiscalização incidental). Tanto é assim que, seja no Brasil, seja em Portugal, existe um sistema de intervenção obrigatória do Ministério

³¹⁶ Aqui, portanto, não se poderá contra-argumentar com os fundamentos utilizados por José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 262, em face da controvérsia atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, no sentido de que se está em causa é “o juízo que sobre essa constitucionalidade possam fazer os órgãos administrativos”.

Público nos feitos aonde haja arguição de inconstitucionalidade (Brasil, nomeadamente o art. 480 do Código de Processo Civil – CPC³¹⁷) ou julgamento de inconstitucionalidade (Portugal: art. 280º/1/a da CRP). Rui Medeiros sobre isso fala, inclusivamente, em relação ao sistema português, num “*fenómeno da concentração parcial da competência de controle dos actos normativos do poder político*”³¹⁸.

Todavia, afirmar a capacidade da jurisprudência constitucional para estribar o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não basta, por si só, para solver a *questio*. Impera ainda saber como, concretamente (isto é, tendo em vista as peculiaridades do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos primários de cada ordenamento jurídico *sub examine*), pode a jurisprudência constitucional prestar-se ao embasamento e à fundamentação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” (aliás, nos termos do art. 50 da Lei nº 9.784/99 e art. 268º/3 da CRP e art. 124º do CPA, o dever de fundamentação expressa da autoridade administrativa é regra positivada). Afinal, em prol do princípio da segurança jurídica, o âmbito do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa deve restar bem delimitado.

Para tanto, apresentar-se-ão adiante os dados reputados necessários acerca desse controle (concreto e abstrato) desempenhado pelos tribunais. Primeiramente e mais detalhadamente, o respeitante ao vigente em Portugal após a Revisão Constitucional de 1982. Posteriormente, o relativo ao sistema brasileiro, menos complexo.

Por fim, registre-se, desde já, que não está incluído na presente hipótese do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa o Direito Ordinário pré-constitucional. Para este foi desenvolvido um apartado tratamento.

³¹⁷ “Art. 480 – Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo”.

³¹⁸ *A Decisão...*, pág. 90.

4.2. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e a Jurisprudência Constitucional que Importa ao “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” Excepcionalmente Legítimo

4.1.2.1. Portugal

Consoante noticiado, a Constituição Portuguesa de 1.911 (ou seja, muito antes da instituição do Tribunal Constitucional Austríaco) achou por bem consagrar um modelo de controle de constitucionalidade difuso, não obstante incompleto e primitivo³¹⁹. Daí porque, diferentemente da atual tendência europeia, que monopoliza num órgão jurisdicional (na Corte Constitucional) a competência para apreciação (positivamente) e decisão sobre a questão prejudicial de inconstitucionalidade, nos termos do já citado art. 204º da CRP, *todos* os órgãos jurisdicionais estão constitucionalmente habilitados a pronunciarem-se acerca da inconstitucionalidade dos atos normativos nos feitos submetidos ao seu julgamento³²⁰.

Não obstante a validade dos atos do poder público depender do respeito ao princípio da constitucionalidade, reluzente no art. 3º/3 da CRP, “No sistema português, em princípio, só as normas jurídicas são objecto de fiscalização da constitucionalidade”³²¹. Esse âmbito apa-

³¹⁹ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 56; um Decreto datado de 07 de Agosto de 1826 teria sido o primeiro diploma que taxativamente aludia à validade da lei como decorrência de sua conformidade com a Constituição lusa; apesar de ser com a Constituição portuguesa de 1911 que o princípio da constitucionalidade projetou-se com um “princípio da garantia de constitucionalidade”. Somente estavam incluídos nesse sistema as leis e os diplomas regulamentares do Poder Executivo e o exercício do controle dependia da arguição da inconformidade do ato normativo pela parte. V. tb., José Manuel M. Cardoso Costa, *A Jurisdição...*, pág. 28, este falando num *allgemeinen richterlichen Prüfungs- und Verwerfungrecht*; denominação que, entretanto, não destaca as suas raízes americanas. V., tb., Jorge Miranda, *Manual...*, I, pág. 290; e Sálvio de Figueiredo Teixeira, “Controle da Constitucionalidade no Brasil e em Portugal”, *RDP*, Março-Abril, nº 28; 1974; pág. 22. Acerca da fiscalização na CP de 1933 (híbrida, jurisdicional e política, dependendo do tipo de ato normativo), V. Marcelo Rebelo de Sousa, *Ibidem*, pág. 66 e seguintes; e Marcello Caetano, *Curso...*, pág. 232 e seg.

³²⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização da constitucionalidade...”, pág. 364, sob o título “Tribunais, todos os tribunais, só os tribunais”.

³²¹ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 947.

rentemente restrito do controle sucessivo mostra a sua verdadeira amplitude quando se tem em vista o conceito de “normas jurídicas” sedimentado na jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC)³²², afinal, podem ser alvo do controle repressivo quaisquer normas jurídicas do ordenamento (art. 277º/CRP e art. 280º/1/a/CRP); não sendo imprescindíveis sequer os caracteres de generalidade e abstração³²³.

Conforme se tem elucidado, a jurisprudência constitucional fixou um conceito funcionalmente orientado de “normas jurídicas”; capaz de dar guarida aos propósitos do controle sucessivo, onde se “está subjacente uma componente de protecção jurídica típica do Estado de direito democrático-constitucional”³²⁴.

Não estão, entretanto, abrangidos pelo aludido significado de “normas jurídicas”, ficando excluídos do controle de constitucionalidade: (i) os “atos de governos” ou “atos políticos” (especialmente os

³²² O TC foi efetivado na data de 06/04/1983. As normas constitucionais atinentes ao TC encontram-se dispostas em Título próprio da CRP (Título VI, da Parte III – separado dos demais Tribunais, que estão no Título V, dessa Parte); sendo, contudo, mencionadas no Título I, da Parte IV (relativa à garantia e revisão da Constituição) as normas referentes à fiscalização da constitucionalidade. A organização e o funcionamento do TC constam da Lei nº 28/82, de 15/11, com as suas posteriores alterações, nomeadamente as oriundas da Lei nº 13-A/98, de 26/02. Por causa desse destacado tratamento constitucional do TC, ao nível dos demais órgãos de soberania, sendo dotado de peculiar autonomia administrativa e financeira, discute-se se seria um “quinto” órgão de soberania, paralelamente aos demais Tribunais. V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 629; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 22; e Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 43.

³²³ V. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 24; e Fernando Alves Correia, “Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América”, *DDC, Separata*, Lisboa, 1997, pág. 70.

³²⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 864. V. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 948. Ou, Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 91: “a opção por uma perspectiva funcionalmente adequada ao sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído na Constituição e consequentemente com a sua justificação e com o seu sentido”. Realmente, se o TC tivesse trilhado em sentido diverso, conferindo uma interpretação mais rigorosa ao conceito de “normas jurídicas”, certos atos de carácter normativo mais questionável (tais como aqueles não dotados de generalidade e abstração ou não provindos de um poder constitucionalmente legiferante, como as “leis-medida” e os “Assentos”, nessa ordem) mesmo que inconstitucionais, poderiam permanecer ileso ao controle de constitucionalidade e, dessa forma, estariam sendo excluídos da esfera da respectiva competência constitucional. V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 93.

não normativos)³²⁵; (ii) os atos administrativos³²⁶ e (iii) as decisões jurisdicionais³²⁷.

Ademais, vale elucidar que Portugal desconhece um tipo de “queixa constitucional” como o *recurso de amparo* espanhol³²⁸; o *mandado de segurança* brasileiro ou o *Verfassungsbeschwerde* alemão³²⁹; mediante os quais os direitos fundamentais (ou alguns deles) ilegítimamente lesados (ou ameaçados) por atos do poder público, inclusivamente por atos legislativos, administrativos ou decisões jurisdicionais, podem fazer jus à proteção advinda da Corte Constitucional, acaso esgotadas as instâncias jurisdicionais ordinárias³³⁰. Entretanto, o TC não deixa de exercer o papel de defensor dos direitos fundamen-

³²⁵ Exceção são os atos de convocação dos referendos e das consultas populares locais, sujeitos ao controle preventivo de constitucionalidade (art. 223º/f da CRP c/c art. 11º da LOTC). V., de um modo crítico, Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 187, apontando uma discrepância entre o art. 3º da CRP e o sistema de fiscalização da constitucionalidade. De fato, Cf. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 74; os “atos políticos” são insusceptíveis de fiscalização de constitucionalidade pelo TC, ainda que inconstitucionais. Para o TCF, os “atos de governo” dispensam de tratamento semelhante ao dado pelo TC, pois: “ao Governo o Tribunal concede uma ampla discricionariedade política”. Cf. Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 217.

³²⁶ Existe uma certa tranquilidade sobre a possibilidade de haver controle de constitucionalidade num ato formalmente legal que incorpora um ato administrativo, já que a fiscalização abstrata não se sujeita a prazo. V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 100.

³²⁷ V. Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado...*, pág. 31.

³²⁸ V. Eduardo García de La Enterría, *La Constitución...*, pág. 149.

³²⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 15, essa competência do TCF foi introduzida pela Lei do TCF (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), em 1951 e foi incorporada na GG (art. 93, I, nº4) em 1969. O recurso constitucional alemão rege-se pelo princípio da subsidiariedade. V, ainda. Helmut Simon, “La Jurisdicción Constitucional”, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual...*, pág. 834.

³³⁰ Cf. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 101: o controle de constitucionalidade efetivado pelo TC, no que se refere ao âmbito dos direitos fundamentais, “não assume, contudo, nem a amplitude, nem a eficácia do ‘recurso de amparo’”. Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Para uma Teoria Pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático Português”, *RMP*, Ano nº 9, nº 33 e 34, Janeiro – Junho, 1988, pág. 25: “A acção constitucional de defesa tem um âmbito diverso do da via judiciária normal. Através do acesso aos tribunais, garante-se a via judiciária contra medidas dos poderes públicos, mas não contra sentenças proferidas em última instância e transitadas em julgado ou contra a violação autónoma de direitos fundamentais em sede processual jurisdicional (ex.: acção do “acesso ao direito” pela demora de solução judicial)”.

tais reflexamente por meio do controle de constitucionalidade, especialmente tendo em vista esse conceito “lato” de “normas jurídicas”.

No que diz respeito ao controle concreto, em face da decisão de acolhimento da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo primário caberá sempre recurso de constitucionalidade para o TC; aliás, obrigatório para o MP (art. 280º/2/3/5 da CRP c/c art. 72º/3/4 e 70º/1 da LOTC). Ainda é admissível o recurso de constitucionalidade contra a decisão que tenha rejeitado a inconstitucionalidade da norma jurídica (“decisão negativa de inconstitucionalidade”³³¹), na medida em que ela tenha sido suscitada pelas partes. Em qualquer das duas hipóteses, portanto, detém o TC o benefício de uma “reserva relativa de jurisdição constitucional”³³².

O TC não pode substituir o juízo *a quo*, uma vez que a sua específica competência para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221º/CRP c/c art. 71º da LOTC) apenas o autoriza a resolver a questão prejudicial de constitucionalidade; cuja decisão tem efeitos vinculativos para o processo (efeitos *inter partes* – art. 10º/1/2/3 da LOTC)³³³.

Contudo, há que se perguntar se, diante do que ordena especialmente o art. 2º da LOTC (V. os arts. 205º e 221º da CRP)³³⁴, tal decisão incidental (decisão de inconstitucionalidade ou de provimento)³³⁵

³³¹ Isso porque, o TC se manifesta numa perspectiva essencialmente negativa (ou “julga inconstitucional a norma” ou “não julga inconstitucional a norma”), não afirmando *expressis verbis* a regularidade constitucional da norma. Cfr. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 28; e J. J. Gomes Canotilho, *Di-reito Constitucional...*, pág. 938.

³³² V. Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição...*, pág. 33; Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 26; e Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 263. V. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 31.

³³³ Cf. Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 33: “tudo o que extravase a questão de estritamente jurídico-constitucional, a CRP 76 organizou uma reserva de jurisdição (e, desta feita, absoluta) a favor de uma dada ordem de jurisdição e, por conseguinte, os tribunais respectivos poderão fazer valer “contra” o Tribunal Constitucional essa sua competência (absolutamente) reservada”.

³³⁴ Art. 2º da LOTC: “As decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras entidades”. Trata-se de uma norma análoga à que consta no art. 205º/2 da CRP, relativa aos tribunais em geral.

³³⁵ V. Vitalino Canas, “Algumas notas sobre o valor e o alcance das decisões do Tribunal Constitucional”, *PD*, Ano III, nº 3 – 4, Outubro, 1986, pág. 93: decisões

alcançaria ainda alguma “eficácia externa” ou, ainda, de modo mais específico para a *questio*, se já seria capaz de constituir uma fonte de juridicidade administrativa para fins de dar suporte jurídico ao extraordinariamente legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Investigar-se-á, de início, em termos gerais, o sentido do art. 2º da LOTC.

Reconhece-se que o art. 2º da LOTC reflete uma regra cuja interpretação não é unívoca³³⁶; afinal, generaliza a obrigatoriedade das decisões do TC sem se ater, contudo, aos seus efeitos específicos, decorrentes do tipo de controle efetuado. Alguns vislumbram uma possível e “peculiar *força obrigatória geral* a todas as decisões” do TC³³⁷; outros entendem que tal artigo carece de ser conjugado com os

de provimento são, neste caso, as “decisões do TC que declarem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma”.

³³⁶ Cf. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 97; e José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 55.

³³⁷ V. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 97, comparando com a disposição da LOTC da Espanha de semelhante teor: “Estas formulações legais parecem atribuir uma peculiar *força obrigatória geral* a todas as decisões dos Tribunais Constitucionais, para além do específico efeito ou eficácia (“*erga omnes*”, caso julgado, efeito preclusivo) que deva reconhecer-se a cada espécie ou categoria em particular. Saber qual é o tipo exacto desse outro tipo de eficácia das decisões dos Tribunais Constitucionais não é tarefa fácil. No Relatório espanhol – o único que aborda expressamente esta problemática –, salienta-se que a locução ‘vincularão todos os poderes públicos’ expressa um efeito geral exterior vinculativo da sentença de rejeição de inconstitucionalidade (uma espécie de *força de precedente* deste tipo de decisões). Efectivamente – adianta-se no Relatório espanhol –, as sentenças de não acolhimento (ou de rejeição de inconstitucionalidade) não têm efeitos inovadores no ordenamento jurídico, mas, apesar disso, não deixam de conter “doutrina constitucional” – sobretudo se se tratar de sentenças interpretativas de rejeição – que há-de ser tomada em consideração tanto pelo legislador, como por outros operadores jurídicos, na medida em que definam um determinado entendimento “constitucionalmente adequado” da matéria regulada pela norma impugnada e cuja constitucionalidade é indirectamente declarada ao rejeitar-se a acção empreendida contra a mesma”. Contudo, é fato que no sistema espanhol, todas as decisões do TC que acolhem a inconstitucionalidade da lei examinada, mesmo originárias de um caso concreto (‘questão prejudicial de inconstitucionalidade’), têm efeitos *erga omnes*. A LOTC espanhola ainda consagra um efeito preclusivo às sentenças de não acolhimento proferidas em fiscalização abstrata. V. Fernando Alves Correia, “A Justiça Constitucional...”, pág. 204. V. Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 68.

demaís referentes à particular fiscalização de constitucionalidade da qual se originou a decisão³³⁸.

Com efeito, para os fins da *questio* relativa ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, o art. 2º da LOTC pode ser interpretado no sentido de que acrescentar algo mais aos efeitos específicos da fiscalização jurisdicional; mas isso não relativamente à decisão (isoladamente considerada) proferida no controle difuso; onde o exame da questão de compatibilidade constitucional está estreitamente relacionado ao caso concreto.

Realmente, “a questão de constitucionalidade é uma *questão incidental*, ‘enxertada’ na questão principal de natureza cível, criminal ou administrativa, e mesmo quando é destacada como *recurso de constitucionalidade* para o TC, não se autonomiza, permanecendo delimitada pelo caso concreto em que surgiu. Por isso seus efeitos são *limitados ao caso concreto*”³³⁹

Diversamente, contudo, já se poderá verificar na hipótese de haver na jurisprudência do TC mais outras duas decisões de provimento, nas quais a referida norma jurídica tenha sido igualmente julgada inconstitucional (art. 281º/3 da CRP c/c art. 82º da LOTC), afinal, conjuntamente, poderão ser instrumentos para a “passagem” do exame incidental, dependente do feito, para o abstrato, através do denominado “processo de generalização”³⁴⁰.

³³⁸ José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 55; e Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 962.

³³⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 274. V., tb., Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita...”, pág. 311. V. Vitalino Canas, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional – Natureza e princípios estruturantes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, pág. 38; e A. Castanheira Neves, *apud* Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 68.

³⁴⁰ Cf. Fernando Alves Correia, “A Justiça Constitucional...”, pág. 171, há semelhança desse instituto com a “auto-questão de inconstitucionalidade” espanhola, através da qual o TC da Espanha tem a possibilidade de “conhecer de um recurso de amparo por violação de um direito fundamental, quando a causa da mesma for a aplicação de uma lei.” Isso porque, “a Sala do Tribunal Constitucional, para além de conceder o amparo e reparar a lesão sofrida, levará ao Plenário a questão de inconstitucionalidade da norma, com o objectivo de impedir potenciais e sucessivas violações de direitos fundamentais, em consequência da sua aplicação em casos similares. Numa tal situação, o Plenário do Tribunal Constitucional poderá emitir uma sentença declarativa de inconstitucionalidade da norma legal em causa”.

Decerto, com supedâneo em três decisões de inconstitucionalidade, poderá ser instaurada, por iniciativa do MP ou de um dos Conselheiros do TC (art. 82º da LOTC), uma ação de fiscalização abstrata sucessiva, na qual a análise de compatibilidade constitucional da norma jurídica em causa será realizada de forma objetiva e autônoma (independentemente de sua eventual aplicação em casos concretos); e onde o interesse (público) acautelado é somente a supremacia da Constituição³⁴¹. Isso porque, no entendimento do Constituinte, havendo três decisões de provimento do TC sobre uma determinada norma jurídica, torna-se relevante, em prol da segurança jurídica, da celeridade da resolução jurídico-constitucional controvertida e, evidentemente, da supremacia constitucional, que se proceda ao exame de sua constitucionalidade de modo abstrato, longe das influências de um caso concreto³⁴². Para a CRP, destarte, tais reiterados arestos abalam a presunção de constitucionalidade do ato normativo primário, especialmente na parte que toca à norma então reiteradamente julgada inconstitucional.

Com isso, obviamente, não se diz que as três decisões de provimento, conglobadas, alcançam alguma eficácia externa, sendo capazes de vincular as autoridades públicas, para além do Poder Judicial. Todavia, por outro lado, já se pode asseverar que tal jurisprudência é constitucionalmente relevante e que a lei, na parte relativa à norma reiteradamente julgada inconstitucional, pode agora carregar uma “*presunção de inconstitucionalidade*”³⁴³.

³⁴¹ V., como exemplo, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição ...*, pág. 27; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República...*, pág. 1032; Fernando Alves Correia, “A Justiça Constitucional...”, pág. 15; e Vitalino Canas, *Os processos...*, pág. 31.

³⁴² Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 97 e 98, respectivamente: “Todavia, mesmo nestes casos em que não é conveniente a existência de uma decisão de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, introduz-se um sistema de recursos e um regime de passagem da fiscalização concreta para a abstracta capazes de evitar, não só a proliferação de juízes contraditórios sobre a invalidade da lei, mas também a perpetuação da questão de constitucionalidade e a subsistência da norma inconstitucional no ordenamento jurídico” e “garantir, em geral, a segurança jurídica e a igualdade de tratamento das pessoas colocadas em idênticas condições”.

³⁴³ Locução que pertence à J. J. Gomes Canotilho, *apud* Jorge Miranda, “Apreciação da dissertação...”, pág. 269.

Nessa linha de raciocínio, a constatação da existência das três decisões de provimento na jurisprudência do TC indica já se ter percorrido um caminho significativo em direção à “exteriorização” dos efeitos da fiscalização concreta; havendo, se pode assim dizer, uma verossimilhança de efetiva inconstitucionalidade da norma (ou, se quiser, um “*fumus mali iuris*”), a qual não deve por princípio ser ignorada; mormente por aqueles que têm por incumbência atuarem como *custos legis*.

Todavia, acaso exista “jurisprudência constante” do TC (art. 72º/4 da LOTC) em sentido contrário àquele adotado nas três suscitadas decisões de provimento, indicando que estas constituem ainda arestos isolados ou extraordinários, não se deve invocar a ocorrência duma “abalada” *presunção de constitucionalidade* para fins de legitimar, em termos excepcionais, o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Em todo caso, o “processo de generalização” pode se apresentar frutuoso para a resolução definitiva da questão de constitucionalidade.

Assim sendo, diante da importância da solução da controvérsia constitucional, a qual levou que fosse instituído o “processo de generalização” no próprio texto da CRP (art. 281º/3), havendo três decisões de provimento do TC acerca da desconformidade constitucional de determinado ato normativo primário (ou de determinada norma nele inserida), considera-se estar defronte a uma jurisprudência que constitui fonte de juridicidade administrativa para efeitos da *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Aliás, conforme se registrará mais detalhadamente na parte atinente ao *quem* e ao *como* da *questio* acerca do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo, o ato de desaplicação formulado pela autoridade administrativa pressupõe a notificação do MP na qualidade de garante da “legalidade democrática” e de fiscal da lei. E este, por sua vez, além da fiscalização jurisdicional do próprio ato administrativo estritamente *contra legem*, pode ainda viabilizar a resolução definitiva da controvérsia constitucional, instaurando o “processo de generalização”.

Passar-se-á, a partir de agora, à análise do controle abstrato, tendo sempre em vista que o que se objetiva com isso é essencialmente

descortinar a jurisprudência constitucional que importa ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” como fonte de juridicidade administrativa.

Segundo dispõe o art. 221º c/c os arts. 223º/1; 278º; 279º; 281º e 282º da CRP, compete expressamente ao TC apreciar diretamente a *inconstitucionalidade* dos atos normativos mediante a denominada fiscalização preventiva da constitucionalidade e da fiscalização abstrata da constitucionalidade. O destaque da palavra “inconstitucionalidade” foi feito propositadamente, uma vez que a CRP atribuiu uma visão essencialmente negativa ao controle da constitucionalidade. Assim, depois de realizado o exame abstrato de compatibilidade constitucional sobre a norma, o TC deverá pronunciar-se pela inconstitucionalidade (aqui, na hipótese de controle preventivo) ou declarar a inconstitucionalidade ou, inversamente, não se pronunciar ou não declarar essa desconformidade com a CRP³⁴⁴.

O exercício da fiscalização abstrata (preventiva e repressiva) é incumbência exclusiva do Plenário do TC (224º/2 da CRP: “monopólio da primeira e da última palavra do Plenário do TC”)³⁴⁵. Desse modo, a decisão plenária respectiva será consequência de uma reflexão mais profunda e de uma discussão jurídica mais abrangente da controvérsia e dos fatores que com ela se correlacionam (em consonância com a própria dimensão de racionalização do princípio constitucional da separação dos poderes, nomeadamente se levando em conta as suas repercussões exteriores³⁴⁶).

³⁴⁴ V. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 28; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 1037; e Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 90.

³⁴⁵ V., sobre monopólio da primeira e última palavra do TC no âmbito da fiscalização abstrata; J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização da constitucionalidade...”, pág. 366; e *Direito Constitucional...*, pág. 624. Cf. Paulo Castro Rangel, *Reserva de jurisdição...*, pág. 32, a reserva absoluta do TC, nesse particular, não é discutível. Diferentemente, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 149 e seg., defende uma ampla fiscalização não jurisdicional (administrativa e política) da constitucionalidade dos atos normativos (nomeadamente legais), bem como a não exclusividade do TC para aplicar o que dispõe o art. 282º/4 da CRP.

³⁴⁶ Cf. Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 262; e “Art. 115º (Conformidade dos Actos com a Constituição)”, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, pág. 388.

Quanto aos legitimados a pleitearem a declaração de inconstitucionalidade, encontram-se identificados no art. 281º/2, alíneas *a* a *g*, da CRP, de forma taxativa³⁴⁷. Assim são, respectivamente: o PR; o Presidente da AR; o PM; o PJ (art. 23º da CRP, para a defesa dos direitos dos cidadãos); o PGR; um décimo dos deputados à AR e; os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes das assembleias legislativas regionais, os presidentes dos governos regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional, quando o pedido se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas. Neste caso, portanto, é condição para o conhecimento do pedido de fiscalização a constatação uma relação de causalidade, ou melhor, de pertinência, entre a norma reputada inconstitucional e os direitos peculiares da região autónoma em causa. Isso porque, o controle abstrato visa aqui, precipuamente, à guarda dos interesses públicos específicos dessas regiões³⁴⁸.

Diante do aludido conjunto de autoridades legitimadas a instaurarem o controle abstrato, evidencia-se não ter sido consagrada tal faculdade funcional às autoridades administrativas máximas dos organismos componentes da Administração Indireta (exemplificadamente, às das Universidades Públicas, as quais são dotadas pela própria CRP de autonomia estatutária, administrativa e financeira) e da Administração Independente, bem como à generalidade das autoridades administrativas máximas das Administrações Autónomas (Associações Públicas e Autarquias Locais; estas, aliás, elevadas ao posto de “*Poder Local*”); as quais igualmente prosseguem “interesses públicos próprios das pessoas que as constituem”³⁴⁹. Sobre isso, nem se contra-

³⁴⁷ V., conclamando o alargamento do apertado círculo de legitimidade ativa; Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 187; e J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 880 a 882.

³⁴⁸ V., acerca de interesses públicos *específicos* tutelados na fiscalização abstrata requerida com base na alínea *g*, do art. 280º/1 da CRP; Vitalino Canas, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional – natureza e princípios estruturantes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, pág. 33.

³⁴⁹ Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 393: administração autónoma “é aquela que prossegue interesses públicos próprios das pessoas que a constituem e por isso se dirige a si mesma, definindo com independência a orientação das suas actividades, sem sujeição a hierarquia ou à superintendência do Governo”.

argumente que a legitimidade do PM seria apta a levar ao TC a controvérsia constitucional acerca de um determinado ato normativo primário da AR, surgida no âmbito de sua aplicação pelas referidas Administrações Públicas (especialmente as autônomas). Ora, na maior parte das vezes, o Governo é próprio o autor da medida questionada³⁵⁰; donde se depreende que não lhe seria politicamente interessante (em termos razoáveis) apresentar a questão ao TC.

Tal fato vem, por certo, corroborar o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo, uma vez que tais Administrações Públicas (nomeadamente aquelas que prosseguem interesses públicos próprios) não têm legitimidade ativa *ad causam* e que, desse modo, a controvérsia poderá chegar ao TC, com a intermediação do MP (através de sua conseqüente e obrigatória notificação).

Aliás, mesmo que o acesso direto de todas essas Administrações Públicas à Justiça Constitucional pudesse provocar uma “inundação” de ações de fiscalização abstrata sucessiva, sobrecarregando o TC³⁵¹, podendo-se pensar numa solução de “meio termo”; o fato é que não há uma abertura da jurisdição constitucional lusitana a essas naturais executoras da lei, especialmente àquelas alçadas ao patamar de *Poder Local*³⁵²

³⁵⁰ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 223, utilizando palavras de Paulo Otero: “Não se pode ignorar que, ‘no sistema português, a preferência da lei é também, pode-se dizer, a preferência pelo decreto-lei’”.

³⁵¹ O argumento de “muito trabalho” do TC é o mesmo utilizado pela doutrina contra a institucionalização do “recurso de amparo” em Portugal. V. J. J. Gomes Canotilho, “Para uma Teoria...”, pág. 24.

³⁵² Cf. Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 192: “É provável que se possa reclamar algum crédito a cínica tese, não poucas vezes insinuada, de que nenhum Estado poderia funcionar se todos os actos inconstitucionais fossem impugnados. Mas não sofre dúvidas de que um sistema de justiça constitucional deliberadamente desenhado para reduzir ao mínimo a possibilidade de contestação de actos inconstitucionais tarde ou cedo sofrerá os efeitos do correspondente défice de legitimação”. No Direito germânico, a Lei do TCF (§ 76), por exemplo, admite a ação controle abstrato se um dos titulares do direito de propositura (Governo Federal, Governo do *Land* ou um terço dos deputados do *Bundestag*) considerar a lei válida, após uma autoridade administrativa ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a GG. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 92; Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 496; e Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual...*, pág. 835.

Quanto aos aspectos processuais da ação de fiscalização abstrata sucessiva, não fica o TC adstrito à causa de pedir da autoridade-requerente (art. 51º/5 da LOTC), podendo apreciar e decidir a questão sob diferentes ângulos (o que também poderá ocorrer em se tratando de fiscalização preventiva). Ademais, não foi fixado um prazo máximo para o julgamento do feito. Porém, se forem devidamente gozados todos os lapsos contidos na LOTC (art. 52º/3; 54º; 56º/4; 62º/2/3; 63º/2 e 65º/1/2), da propositura do pedido proemial à decisão plenária poderão transcorrer mais de 60 (sessenta) dias.

Não foi, contudo, prevista a hipótese de deferimento de uma providência cautelar de suspensão provisória da eficácia da norma jurídica posta em causa³⁵³. Assim, resta se averiguar, no plano fático, se a relevância e a urgência da controvérsia constitucional e os “interesses públicos”³⁵⁴ em jogo comportarão a espera do pronunciamento do TC. Isso porque, poder-se-ão verificar casos aonde a mora da prestação jurisdicional agrave (e, quicá, torne insustentável) a “situação inconstitucional”. E tal fato pode ser ainda utilizado para reforçar a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como excepcionalmente legítimo, na medida em que esta não tenha legitimidade *ad causam* para a propositura da ação de fiscalização abstrata sucessiva e que, ainda que a possua (PM e MR), não existe a possibilidade de suspensão liminar da eficácia normativa da lei.

Quanto à “sentença negativa de inconstitucionalidade” (porquanto, situa-se fora dos limites da *questio* a declaração de inconstitucionalidade, pela sua força obrigatória e geral); sabido que seus efeitos foram omitidos pela CRP. Todavia, ainda que a fiscalização da constitucionalidade das leis tenha sido instituída numa perspectiva essencialmente negativa, tal fato não deve ser encarado como se a ordem constitucional vigente não atribuísse a esse julgado um valor e uma eficácia específi-

³⁵³ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 207. V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 954 e seg. Este Autor, contudo, entende que a possibilidade de adoção de providências cautelares de suspensão provisória de normas legislativas por parte do TC não encontra arrimo jurídico-constitucional no direito português.

³⁵⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Paulo Canelas de Castro, “Constitucionalidade do Sistema...”, pág. 85: “É hoje *communis opinio* da doutrina juspublicística a necessidade de um conceito pluralista do interesse público constitucionalmente conformado – fala-se de interesses públicos e não de um monolítico interesse público”.

cos. A doutrina majoritária, contudo, rejeita especiais efeitos à sentença de não acolhimento da inconstitucionalidade, mesmo que prolatada na fiscalização abstrata; que somente seria capaz de fazer *res judicata* formal (sem quaisquer efeitos preclusivos e vinculatórios)³⁵⁵.

Contudo, um tal entendimento minimizante não se apresenta sistematicamente escoreito. Relembre-se o que dispõe o art. 2º da LOTC e agregue-se a isso a natureza objetiva do exame realizado através do controle abstrato. Apesar de efetivamente a decisão negativa do TC não vincular a generalidade dos órgãos jurisdicionais; os quais guardarão, nesse particular, a sua independência funcional e permanecerão apenas sujeitos à lei (nos termos do art. 203º da CRP), não se deve falar o mesmo no que se refere à seara das autoridades administrativas³⁵⁶.

De fato, para além da presunção de constitucionalidade da lei não ter sido maculada, pode-se dizer que especialmente na parte que toca à norma examinada (acaso o controle não diga respeito a todo ato normativo), tornou-se menos falível³⁵⁷; levando-se em consideração, designadamente, que o TC pôde efetuar o controle abstrato do modo mais amplo possível, inclusivamente sob a perspectiva das diversas normas e princípios constitucionais que com aquela poderiam se esbater (art. 51º/5 da LOTC), e que o exame foi levado a efeito pelo Plenário do TC.

Sendo assim, as autoridades administrativas, as quais não estão imediata e especialmente vocacionadas para o exercício da fiscaliza-

³⁵⁵ V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 956; Luís Nunes de Almeida, "O Tribunal Constitucional...", pág. 964; Jorge Miranda, *Manual...*, II, 269. Aliás, Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 206, chega ao ponto de registrar a irrelevância jurídica deste tipo de decisão negativa.

³⁵⁶ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 62: "Em todo o caso, afigura-se que, à luz dos princípios do art. 2º LTC, e da natureza essencialmente "objectiva" do controlo normativo abstracto, tais decisões, enquanto subsistirem, não podem deixar de obrigar todas as autoridades públicas (não jurisdicionais) e entidades privadas, nem deixar de revestir-se de um especial valor de precedente para as futuras decisões judiciais (resta determinar, porém, qual seja este valor)". V. Luís Nunes de Almeida, "O Tribunal Constitucional...", pág. 964; falando-se tratar de um ponto ainda controvertido no direito.

³⁵⁷ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 83, a doutrina portuguesa entende que as decisões negativas de inconstitucionalidade do TC estabelecem uma presunção de validade da norma.

ção da constitucionalidade, devem se valer do pressuposto de que aquela determinada norma (ou todas as normas da lei, quando esta tenha sido alvo de exame em sua integralidade) não declarada inconstitucional realmente não está em desconformidade com a Constituição. A jurisprudência constitucional é, nesse sentido, vinculante para Administração Pública, atrelando-a mais intimamente ao princípio da legalidade *stricto sensu*. Por isso, deve se excluir do âmbito do exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo a desaplicação da lei/norma já examinada abstratamente pelo TC e que não tenha tido a sua desconformidade constitucional constatada.

Portanto, considerando apenas o controle objetivo, há que se concordar com as afirmações de José Carlos Vieira de Andrade, no sentido de que “não deva admitir-se a não-aplicação, pelos órgãos administrativos, de normas legais, quando essas normas tenham sido apreciadas pelo Tribunal Constitucional e este não se tenha pronunciado pela sua inconstitucionalidade. Tratar-se-ia, então de um efeito possível dessas soluções negativas do Tribunal”³⁵⁸. Tal interpretação é a que melhor se compadece com a posição institucional dos tribunais (e, especialmente do TC) como órgãos de soberania; qualificação constitucional essa não atribuída à Administração Pública.

Com isso, não se assevera que as autoridades administrativas ficam obrigadas a seguir a interpretação atribuída pelo TC, considerando-a como a unicamente válida³⁵⁹; mas que, na hipótese de perspectivarem essa norma por uma outra ótica, não poderão chegar a ponto de desaplicá-la com fundamento na sua incompatibilidade constitucional. Assim, também nos casos intermediários, relativamente às decisões interpretativas, posto que, apenas valendo o TC da “técnica” da declaração parcial (“qualitativa”) de inconstitucionalidade, excluir-se-ão as demais interpretações da norma cuja constitucionalidade foi examinada³⁶⁰.

³⁵⁸ In *Os Direitos Fundamentais...*, pág.; 263, nota. Indo nesse sentido, João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Lisboa, 1985, pág. 156.

³⁵⁹ V. Jorge Miranda, *Manual...*, II, pág. 269.

³⁶⁰ V. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 955, e Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 91, ambos colocando as decisões interpretativas numa situação intermediária em relação às outras típicas da fiscalização abstrata sucessiva. Os referidos autores salientam também o TC tem optado, por

Passar-se-á, então, às particularidades da fiscalização preventiva³⁶¹.

A propositura da ação de fiscalização preventiva é ato discricionário das autoridades públicas legitimadas (art. 278º da CRP). Para a sua instauração, a faculdade deve ser exercida em momento oportuno, qual seja: dentro do lapso para a respectiva ratificação, promulgação ou assinatura do diploma em questão. Por isso, esse controle possui um círculo de legitimados ainda mais restrito do que o controle sucessivo abstrato, estando, por princípio, autorizadas exatamente as autoridades competentes para a promulgação e assinatura do ato normativo. Pela mesma razão, além do prazo fixo para ser pleiteado (oito dias); tem um âmbito mais concentrado³⁶² e um tempo determinado para ser concluído (art. 278º/8 da CRP). Tais características são, todavia, perfeitamente justificáveis, uma vez que a fiscalização preventiva ainda se insere no procedimento legislativo (aqui entendido de modo amplo)³⁶³. Ressalte, entretanto, que os tratados internacionais estão

razões de ordem pragmática, por uma “declaração de inconstitucionalidade parcial”, ao invés da decisão interpretativa, em face dos efeitos gerais que dispõe. O último ressalta, aliás, às pág. 92, que as decisões de inconstitucionalidade parcial são frequentes na jurisprudência do TC, utilizando-se de expressões como “enquanto”, “na parte em que”, “na medida em que” ou “no segmento em que”. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 207, tendo em vista as decisões do *Bundesverfassungsgericht* no controle abstrato, há forte semelhança entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; nesta utilizando-se da conjunção *soweit* (desde que).

³⁶¹ V., sobre a fiscalização preventiva no Direito Comparado (v. g., França, Espanha, Portugal, Áustria, Canadá, Venezuela, Panamá, Guatemala); Albrecht Weber, “Jurisdicción Constitucional...”, pág. 59; seg.; Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 80; e Manuel Aragón, “La interpretación...”, pág. 104.

³⁶² Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 1005, a fiscalização preventiva requerida pelo PM ou por um quito dos deputados à AR poderá ter por objeto também um decreto que não foi elaborado consoante o procedimento legislativo próprio da lei orgânica, apesar da matéria nele versada o exigir; tendo sido enviado ao PR para ser promulgado (inconstitucionalmente) como lei simples.

³⁶³ V. Miguel Galvão Teles, “Liberdade de iniciativa do Presidente da República quanto ao processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade”, *OD*, Ano 12º, 1 – 2, Janeiro – Junho, 1988, Lisboa, pág. 138. Apesar da fiscalização preventiva relacionar-se com o procedimento legislativo, há certos atos normativos que foram excluídos desse controle, apesar de carecerem igualmente de promulgação. V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 1002.

sujeitos a esse tipo de fiscalização, não obstante não carecerem de promulgação (não podem ser vetados) e, por outro lado, os decretos regulamentares podem ser vetados, mas não podem ser objeto de tal controle³⁶⁴.

No que tange aos efeitos da pronúncia do TC pela inconstitucionalidade da norma, o art. 279º da CRP é expressivo: a sentença vincula o PR ou os Ministros da República, consoante seja um ou os demais a autoridade competente para a promulgação do diploma; que deverá ser vetado na sua integralidade. Tratando-se de tratado internacional, não poderá ser o mesmo ratificado pelo PR³⁶⁵.

O veto por inconstitucionalidade somente poderá ser transposto se o próprio órgão legiferante expurgar a norma inconstitucional do diploma ou se, pelo contrário, no caso de tratar-se de ato da AR³⁶⁶, esta confirmá-lo, “por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções” (art. 279º/2 da CRP). Nesta hipótese, portanto, a decisão alicerçada na legitimidade democrática direta do órgão legiferante (AR), estribada inclusivamente numa maioria qualificada, prevalecerá sobre a decisão do TC; sustentada numa legitimidade democrática mediata, apesar da constatada inconstitucionalidade.

Tal confirmação, contudo, não impede que a lei venha ser declarada ou julgada inconstitucional em futura fiscalização sucessiva. Efeitos semelhantes também se implementam quando o TC se pronuncia pela inconstitucionalidade de normas constantes de tratados internacionais, os quais somente poderão ser ratificados pelo PR se houver aprovação da AR “por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções” (art. 279º/4).

³⁶⁴ V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 598.

³⁶⁵ V. Miguel Galvão Teles, “Liberdade...”, pág. 41.

³⁶⁶ Também assim, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág., 56, nota. Deve-se interpretar o art. 279º/2 da CRP, no que se refere à confirmação da norma pronunciada inconstitucional pelo órgão legiferante autor, no sentido de não ser isso possível às Assembléias Regionais, afinal, se assim fosse, uma decisão de um órgão que não possui *status* de órgão de soberania iria se sobrepor à decisão do TC, o qual possui essa qualidade, além de lhe ser absolutamente reservado o pronunciamento em tese da inconstitucionalidade de atos normativos.

Destarte, na hipótese de existir pronúncia pela inconstitucionalidade, desvalorizada pela posterior confirmação ou aprovação por parte da AR e, sendo promulgado ou ratificado o diploma pelo PR; a norma em causa, apesar de sua desconformidade constitucional (isso de um ponto de vista estritamente jurídico-formal), adentrará no ordenamento jurídico e terá eficácia até que uma eventual declaração de inconstitucionalidade a cace.

Tal jurisprudência, contudo, deve ser considerada como fonte de juridicidade administrativa para efeitos do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo; obviamente, desde que a desaplicação da lei pronunciada inconstitucional demonstre ser necessária à legalidade *lato sensu*/constitucionalidade da atuação da autoridade administrativa³⁶⁷.

Quanto aos efeitos da pronúncia pela não inconstitucionalidade, por maioria de razão, não fazem precluir a possibilidade de posterior apreciação do TC em sede de fiscalização sucessiva³⁶⁸. Todavia, especialmente no que toca às autoridades administrativas, deve ser salientado que, tal como ocorre no controle sucessivo abstrato, o exame procedido pelo TC sobre o ato normativo primário pôde se realizar de forma abrangente (art. 51º/5 da LOTC), sob o ângulo das diversas normas e princípios constitucionais eventualmente violados.

³⁶⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 1011, “a decisão de inconstitucionalidade em sede de controlo preventivo, mesmo quando as normas consideradas inconstitucionais venham a ser editadas, não é totalmente ineficaz: primeiro, fica estabelecido, para todos os efeitos, uma *presunção de inconstitucionalidade*, o que em matéria de direitos fundamentais é particularmente significativo (direito de resistência, possibilidade de a Administração se recusar a cumprir a norma, etc) ...”. De um estrito ponto de vista da harmonia do sistema jurídico-constitucional, entretanto, a norma pronunciada inconstitucional não se compadece verdadeiramente com a CRP (ou seja, não se trata apenas de uma ‘presunção de inconstitucionalidade’; mas, sim, de uma inconstitucionalidade verificada). Contudo, por outras razões (v. g., políticas e de oportunidade e necessidade da medida legal), a CRP entendeu que a norma pode ser posta em efetividade no ordenamento, desde que respeitadas as devidas exigências procedimentais.

³⁶⁸ V., a título de exemplo, Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 963.

Portanto, a argumentação desenvolvida em relação à declaração de não inconstitucionalidade pode valer também para a decisão de não inconstitucionalidade da fiscalização preventiva³⁶⁹.

Sendo assim, ainda que a interpretação dada pela autoridade administrativa à norma não pronunciada inconstitucional tenha fundamentos diversos daqueles utilizados pelo TC (mormente porque ela está voltada essencialmente à concretização e densificação da lei em direção à prossecução do interesse público), não poderá chegar ao termo de desaplicá-la com supedâneo na sua inconstitucionalidade. A jurisprudência constitucional é, nesse sentido, vinculante para a Administração Pública, não se podendo falar em legitimidade extraordinária do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa quando em causa leis que sujeitaram ao controle preventivo e que não tiveram a desconformidade constitucional reconhecida.

4.1.2.2 *Brasil*

Diversamente do sistema português de controle jurisdicional da constitucionalidade, que careceu de um desenvolvimento mais acurado (por possuir a fiscalização preventiva e porque a CRP e a LOTC não regulam expressamente os efeitos das decisões negativas de inconstitucionalidade), pouco se precisará tecer em relação ao sistema brasileiro, designadamente no que tange ao seu controle abstrato, por causa de seus amplos efeitos gerais.

Isso porque, na atual configuração da CF, todas as decisões do STF³⁷⁰ prolatadas em sede de fiscalização em tese, inclusivamente

³⁶⁹ Assim também, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág., 62.

³⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal foi instituído pelo Decreto nº 848 de 11 de Outubro de 1890, sob a inspiração norte-americana da Suprema Corte, como intérprete máximo da Constituição. O controle difuso enraizou-se definitivamente no Brasil com a Lei Federal nº 221 de 1.894, que o previa expressamente. As disposições constitucionais relativas ao STF são, na sua especialidade: art. 92, I, parágrafo único; 101; 102 e 103. O STF é composto por 11 Ministros, escolhidos entre os cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Todos os Ministros são nomeados pelo PR, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O cargo é vitalício. Os procedimentos do STF estão regulados na Lei nº 8.038/90, salvo os relativos à ADC/ADIn e à ADPF; bem como em seu regimento interno. O STF funciona com duas turmas de 5 membros. O Presidente só participa das ses-

aquelas que declaram a *constitucionalidade* do ato normativo examinado, têm eficácia *erga omnes* e efeitos preclusivos e vinculantes³⁷¹. É o que dispõe o art. 102, parágrafo 2º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Sendo assim, por consequência, não há *questio* a ser solvida, nesse particular, no que toca às autoridades administrativas, eis que, ma-

sões plenárias. O STF tem ainda competência para julgar originariamente o litígio entre o Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território e as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. A intervenção federal da União no Estado-membro, em razão deste recusar a dar execução a uma lei federal, depende de prévio provimento do STF numa representação interventiva ajuizada pelo Procurador-Geral da República. V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 212 e seg.; Edmar de Andrade Filho, *Controle de Constitucionalidade...*, pág. 20 e seg.; e Paulo Roberto Barbosa Ramos, *O controle concentrado...*, pág. 60.

³⁷¹ V., por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, “Processo e Julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Uma Proposta de Projeto de Lei”, *RJVPP*, nº 6, Outubro – Novembro, 1999, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rer_06/processo_julgamento.htm; e, ainda, “O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas”, *RJPVV*, nº 4, Agosto, 1999, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista_04/efeito_vinculante.htm. O Autor difere entre a eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante. V. tb., inclusivamente criticando, Fernando Alves Correia, “Relatório Final...”, pág. 95: “Onde, porém, se terá ido mais longe, ao ponto de se poder dizer que, em certos casos, a distinção entre decisões de constitucionalidade e de inconstitucionalidade perdeu sentido, foi no Brasil, com a introdução da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, já que as *ações declaratórias de constitucionalidade* – dirigidas justamente à declaração da conformidade constitucional de certas normas, mas que podem desembocar na declaração da sua inconstitucionalidade – têm, em qualquer caso, eficácia *erga omnes*. Isso significa que, *salvo alteração das circunstâncias de facto ou alteração das concepções jurídicas relevantes*, uma norma declarada conforme à Constituição não poderá, com o mesmo fundamento, ser de novo sujeita a escrutínio de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, tais decisões têm também *efeito vinculante*, obrigando os órgãos estatais que participaram no processo no qual foi proferida a decisão a adoptar as medidas necessárias ao restabelecimento de um estado de legitimidade, mesmo onde isso não decorra do caso julgado material, e a não repetir ou reiterarem uma intervenção de idêntico conteúdo”.

nifestando o STF em sede de controle abstrato, quer num ou noutro sentido (pela compatibilidade ou pela incompatibilidade constitucional do ato normativo primário), a decisão correlativa vinculará a atuação da Administração Pública (aliás, de todos os níveis: municipais, estaduais e federais), por ter força obrigatória e geral.

De fato, através da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de Março de 1993, institui-se no Brasil a chamada *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (ADC); isso para além da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF). Assim, lado da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI), constante do primitivo art. 102, da CF, o controle abstrato de normas passou a contar com essas “duas” novas espécies de ações. Não obstante as inúmeras críticas doutrinárias contra a consagração da ADC e contra a própria constitucionalidade da emenda constitucional nº 03³⁷², não foram as mesmas reconhecidas pelo STF³⁷³. Atualmente, a ADC e a ADI encontram-se conjuntamente reguladas pela Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999, dada o seu carácter dúplice e, a ADPF, pela Lei nº 9.882, de 3 de Dezembro de 1999

Consoante prevê o art. 23 da Lei nº 9.868/99, com respaldo no parágrafo 2º, do art. 102 da CF: “Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiveram manifestado

³⁷² V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 242 e seg.; Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coord.), *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996 e, Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 281 e seg.

³⁷³ V. Ementa do Acórdão: “STF – Pleno – Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1/DF – Rel. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 5 de Novembro de 1993, pág. 23.286. Nessa ação, o Ministro Marco Aurélio votou vencido pela inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. Igualmente, diversos juristas manifestaram-se pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, em virtude da criação da ação declaratória de constitucionalidade (Celso Bastos, Ives Gandra, Ana Maria Scartezzini, Edvaldo Brito, Marcelo Figueiredo), por violação ao princípio do contraditório, dupla instância de julgamento, inafastabilidade do controle judicial e direito de acesso do cidadão ao Judiciário. Tendo outros se manifestado por sua constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, Arnold Wald, Hugo de Brito Machado). Conferir, a respeito, Mendes (Gilmar Ferreira, Martins, Ives Gandra da Silva (Coord.), *Ação declaratória de constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88.”

pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. Parágrafo único: Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido”. Em seu art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” Do mesmo modo, o parágrafo 3º, do art. 10 da Lei nº 9.882/99 (ADPF): “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Ainda, dentro desse caráter “esquizofrênico” da ADC (pois, frise-se, de um pedido de declaração de constitucionalidade pode decorrer uma decisão de inconstitucionalidade do ato normativo), importa salientar que usualmente a sentença de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, determinando a repristinação das normas anteriormente revogadas. E, sobre o objetivo da ADC, registra-se a passagem de Alexandre de Moraes, pela sua brevidade: “*transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes*”³⁷⁴.

³⁷⁴ *In Jurisdição Constitucional...*, pág. 243. Ainda acrescenta: “Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais; contudo, essa presunção, por ser *relativa*, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quando pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional, uma vez que, assim como os demais Poderes de Estado, também está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito, as normas constitucionais”. Discorda-se, entretanto, da consagração da ADC no sistema brasileiro, pois, para além de se ofender a independência judicial, ofende ainda mais gravemente o direito fundamental consagrado no art. 5º, inciso XXXV, no qual se consagrou: “a lei não prejudicará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Todavia, diversamente do *pedido* da ADIn (que pode ter como objeto o direito estadual), no *pedido* da ADC somente se poderá incluir o direito federal, assim considerado: as emendas constitucionais; as leis federais de todas as formas e conteúdos (observadas as especificidades dos atos de efeitos concretos); as medidas provisórias; os decretos legislativos que contenham aprovação do Congresso aos tratados e que autorizam o PR a ratificá-los em nome do Brasil (art. 49, I, CF); os decretos do PR que promulgam os tratados e as convenções internacionais; os decretos legislativos do Congresso Nacional que suspendam a execução de atos do Executivo, em virtude da incompatibilidade deste com a lei regulamentada (art. 49, V, da CF), ou que sustam atos normativos do PR que extrapolam a delegação legislativa respectiva; e outros atos do Poder Executivo com força normativa. No direito estadual incluem-se: as normas das constituições estaduais (art. 25, e 34, VII, da CF); as leis estaduais de qualquer natureza, independentemente de seu conteúdo; as leis estaduais editadas para regulamentar matéria da competência exclusiva da União (art. 22, CF); os regimentos internos dos tribunais estaduais e das assembleias legislativas; dentre outros³⁷⁵.

O conceito de “normas jurídicas” para efeitos da ADC e ADIn não tem, portanto, a extensão que adquiriu na jurisprudência constitucional portuguesa, servindo apenas aos atos normativos dos Poderes da União e dos Estados-membros da Federação (art. 102, *caput*, da CF), com exceção dos infralegais; e, além disso, dotados de generalidade e abstração (não são abrangidas, via de consequência, as “leis-medida”)³⁷⁶. Ainda não se incluem no âmbito da ADC/ADIn o direito

³⁷⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 160.

³⁷⁶ Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 109 e seg.: “Somente atos do Poder Público, com características de generalidade e abstração, podem ser submetidos à fiscalização de constitucionalidade, através de ação direta ... Os atos normativos privados não são susceptíveis de controle da constitucionalidade. Se ofenderem a Constituição ou as leis, serão invalidados, mas pelas vias ordinárias”. V. Acórdão do STF (ADIn 647/DF, *RJT* 140/41): “A ação direta de inconstitucionalidade é meio pelo qual se procede, por intermediário do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade de normas jurídicas *in abstracto*. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato”.

pré-constitucional³⁷⁷ e o direito municipal; os quais, todavia, podem ser objeto de exame abstrato por meio da ADPF³⁷⁸.

Para propor ADIn estão legitimados: o PR; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Governador do Estado (ou do Distrito Federal³⁷⁹); o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional³⁸⁰. Por outro lado, contudo, não estão legitimados a propor a ADC estes entes de base associativa (art. 2º da Lei nº 9.868/99); fato que pode ter pouco relevo prático, eis que eles poderão pleitear a ADIn conseguindo, com ela, a declaração de constitucionalidade finalizada. As mesmas autoridades legitimadas a propor ADIn estão igualmente autorizadas a ajuizarem ADPF (art. 2º da Lei 9.882/99).

Assim, apesar da CF ter consagrado um rol bem mais extenso de legitimados para instaurar o controle abstrato de normas, isso em

³⁷⁷ V. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 248 e seg.; Edmar de Andrade Filho, *Controle da Constitucionalidade...*, pág. 95; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 80.

³⁷⁸ Cf. o art. 1º da Lei nº 9.882/99, a ADPF “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público ou para solucionar controvérsia relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal”.

³⁷⁹ A legitimidade do Governador do Distrito Federal já era admitida pela jurisprudência do STF, em face do silêncio da CF, antes da Lei nº 9.868/99. Atualmente consta do art. 2º, inciso V, dessa Lei.

³⁸⁰ Art. 103, da CF. Contudo, ao se analisar a jurisprudência do STF, vê-se que ele vem sendo demasiadamente rigoroso com as entidades de classe e sindicatos, impondo requisitos de representatividade e de pertinência do ato normativo impugnado para com o ente que não foram previstos na CF. V. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 68 e seg. Assim, por exemplo, ocorreu com a UNE (União Nacional dos Estudantes), dizendo o STF que ela não tinha legitimidade, uma vez que a “entidade de classe” a que se refere o art. 103, IX, da CF diz respeito estritamente às classes profissionais. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 140 e seg. apresenta uma lista com 91 (noventa e uma) entidades privadas que tiveram a sua legitimidade reconhecida pelo STF e, por isso, chega ao ponto de afirmar que: “É legítimo concluir, portanto, que o legislador constituinte não cometeria nenhum ato censurável se deixasse de contemplar as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional dentre os entes detentores de direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade”. Entretanto, se assim ocorresse, o processo de “democratização da democracia” sairia perdendo.

comparação com o constante da CRP; excluiu, do mesmo modo, os prefeitos (chefes do Poder Executivo municipal) e as autoridades máximas das entidades da Administração Indireta³⁸¹.

Contudo, lembre-se que se trata de um Estado Federal, aonde a legislação federal convive ainda com a estadual e a municipal, sendo aquela inclusivamente aplicada em todos os níveis do Estado. Aliás, é bastante extensa a competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias, conforme se vê no art. 22 da CF³⁸². Vê-se, por isso, que a legislação provinda da União pode ser mesmo a fonte principal das controvérsias nos vários níveis da federação.

Diferentemente do que se verifica no sistema português, tanto na ADIn, quanto na ADC, pode ser concedida medida cautelar pelo STF. Naquela ação, a liminar tem efeitos *ex nunc*, via de regra, tornando novamente aplicável a legislação anterior (art. 10 e seg. da Lei nº 9.868/99). No caso da ADC, a concessão de limitar consiste na determinação para que os Tribunais inferiores suspendam os feitos em que a aplicação do respectivo ato normativo possa ser realizada, por no

³⁸¹ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, pág. 354: “Compõe a Administração Indireta, no direito positivo brasileiro, as *autarquias*, as *fundações* instituídas pelo Poder Público, as *sociedades de economia mista* e as *empresas públicas*. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as *empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos*, constituídas ou não com participação acionária do Estado. Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público; a fundação pode ser de direito público ou privado, dependendo do regime que lhe for atribuído pela lei instituidora, as demais são pessoas jurídicas de direito privado”. Vale acrescentar, ademais, que o termo “autarquia” não tem o mesmo significado no Brasil e em Portugal. Neste país, o termo está ligado à descentralização territorial (“autarquias locais”), de acordo com o art. 235º e seg. da CRP (ou seja, conforme a aplicação originária e usual na juspublicística comparada). No Brasil, o termo está ligado à descentralização administrativa por serviço (por isso, parte integrante da Administração Indireta), isso por influência de juristas italianos como G. Zanolini e R. Alessi. O conceito legal de Autarquia está atualmente no art. 5º do Decreto-Lei 200, de 25 de Fevereiro de 1967: “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

³⁸² Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 298, tendo em vista a distribuição de competências entre a União e os Estados-Membros realizada pela CF, menciona que restou a estes, no essencial, uma atuação legislativa secundária, subordinada e restrita. Daí porque, “a autonomia estadual é, sob muitos aspectos, uma irrisão”.

máximo 180 (cento e oitenta) dias, para aguardar a prolação da decisão do STF (art. 21 da Lei nº 9.868/99).

Deve-se ainda fazer referência ao art. 52, inciso X, da CF, determinando que compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Tal disposição se refere exclusivamente ao controle concreto. Assim, após o trânsito em julgado da sentença que reconhece a inconstitucionalidade da lei no caso concreto, o STF deve dar ciência da mesma ao Senado Federal, para que analise a conveniência da suspensão da medida (com efeitos *erga omnes*)³⁸³.

Isto posto, no sistema brasileiro, para fins de descortinar a jurisprudência constitucional que importa à *questio* relativa ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, a título de fonte de juridicidade administrativa, somente tem sentido se falar naquela jurisprudência oriunda do controle de constitucionalidade concreto. Aliás, ao nível da Administração Pública federal, reitere-se, o art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99, alude expressamente à “jurisprudência firmada” como fonte de juridicidade administrativa.

Assim, no âmbito da *questio* deve-se procurar empregar um sentido de “jurisprudência” que seja condizente com a natureza excepcional do poder que se pretender legitimar e que seja também capaz de atribuir maior segurança e justeza à decisão administrativa. Tais condições têm especial relevo (e por isso impende destacar) num Estado como o Brasil que, para além de extenso, possui mais de vinte Estados-membros, milhares de municípios e inúmeras entidades administrativas (da Administração Indireta da União, Estados e Municípios).

Além disso, tendo em vista que Estados-membros podem dispor diversamente do que consta na referida Lei Federal, uma vez que não se trata de matéria da competência privativa da União (o que pode gerar uma atuação estadual diferenciada em comparação com a atuação das autori-

³⁸³ Cf. Paulo Roberto Barbosa Ramos, *O Controle Concentrado...*, pág. 67, o preceito supracitado tem origem na Constituição de 1946. Diversamente, Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 58, assevera que o dispositivo tem raiz na Constituição de 1934. Esclarece-se, contudo, que se discute na doutrina se o ato do Senado seria vinculado ou discricionário e se os efeitos da suspensão são *ex tunc* ou *ex nunc*. Filia-se à corrente que entende ser ato discricionário do Senado Federal (consoante o seu juízo de conveniência), devendo a suspensão ter eficácia *ex nunc*.

dades administrativas federais), deve-se buscar um significado para “jurisprudência” que seja condizente com a expressão “jurisprudência firmada” do art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99, de modo que não haja discrepância entre a legitimidade de uma eventual desaplicação da lei realizada na esfera federal e as outras ocorridas nas esferas estaduais.

Por tudo isso, portanto, a interpretação a ser dada, nesse particular, acerca da “jurisprudência” capaz de dar suporte ao excepcional “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa brasileira, deve ser bem mais restrita do que aquela atribuída no caso do sistema português (onde, ressalte-se, previu-se o “processo de generalização” no próprio texto da CRP). As peculiaridades da configuração do sistema brasileiro impõem que assim seja.

Sendo assim, a “jurisprudência”, no sentido de ser aquela especialmente apta para legitimar extraordinariamente o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, deve ser entendida como a jurisprudência assentada em súmulas do STF³⁸⁴. De fato, podem ser lançados aqui aos argumentos tecidos relativamente ao controle concreto português, sobre a ocorrência de uma *presunção de inconstitucionalidade* quando sedimentado na jurisprudência sumulada do STF que uma dada lei (ou ato normativo) é inconstitucional³⁸⁵.

³⁸⁴ Consoante dispõe o art. 102 do Regimento interno do STF: “A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na “Súmula do Supremo Tribunal Federal”. §1º – A inclusão de enunciados na “Súmula” bem como a sua alteração ou cancelamento serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. §2º – Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. §3º – Os adendos e emendas à “Súmula”, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça. §4º – A citação de “Súmula”, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido”. Aliás, em relação ao próprio processo judicial, quanto à subida de recurso para a 2ª instância, o art. 557 do CPC dispõe: “O relator negará – no sentido de pode negar – seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior”.

³⁸⁵ Ainda relativamente ao processo judicial, a jurisprudência do Plenário do STF (ainda que não sumulada) tem grande relevo para efeitos de decisão de recurso em trâmite na 2ª instância, no qual tenha sido arguida inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Segundo dispõe o parágrafo único do art. 481 do CPC (que

Apenas para clarear, cita-se a Súmula de nº 577 do STF: “Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador”. Aqui, afigurar-se-ia legítima a atuação da Receita Estadual que, em contradição com a respectiva lei (leis estaduais, uma vez que a regulação do ICMS pertence à competência dos Estados-membros da Federação, conforme determina o art. 155, inciso II, da CF), que estabelecesse que o tributo seria devido em momento anterior àquele mencionado na Súmula (v. g., com a entrada da mercadoria em território estadual, verificada com a passagem da mesma no posto rodoviário da Receita), deixasse de realizar o lançamento e de cobrar o imposto, enquanto não implementado o último fato (v. g. por causa de um extravio), apesar de já ter sido fiscalizada a mercadoria no posto rodoviário. Note-se inclusivamente que a Súmula em causa não se refere a uma lei determinada, motivo pelo qual o entendimento do STF poderia valer para qualquer lei estadual reguladora do ICMS que dispusesse em sentido contrário.

Aliás, neste caso específico, pela exatidão da Súmula, a atitude anversa do agente da Receita poderia se apresentar inclusivamente como uma ofensa ao princípio da juridicidade administrativa. Ora, com a cobrança do imposto, o contribuinte se veria obrigado, em última hipótese, a recorrer administrativamente ou diretamente ao Poder Judiciário para livrar-se da “obrigação tributária” correlativa; sob pena de ver executada forçosamente a sua “dívida” (penhorando-se bens de sua propriedade para poder discutir em juízo a inexistência do débito); isso se levando em conta a natureza executiva do título administrativo respectivo.

Assim, seja relativamente ao sistema brasileiro ou ao português (especialmente por causa de sua regionalização), vê-se que jurisprudência constitucional que importa ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo não precisa dizer respeito exatamente à lei inconstitucional rejeitada no plano fático (pense-se, por exemplo, nas várias regulações que pode receber o ICMS,

regula a “declaração de inconstitucionalidade”): “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

nos diferentes Estados-Membros, inclusivamente dotado de diferentes alíquotas, como atualmente se verifica). É certo que a jurisprudência deve elucidar claramente a incompatibilidade constitucional da norma legal que, pelo princípio da legalidade *stricto sensu*, deveria ser aplicada concretamente pela autoridade administrativa.

Por fim, cumpre apenas aludir, com brevidade, um caso excepcional, no qual a sentença prolatada no controle de constitucionalidade concreto realizado pelo STF dá origem, na prática, a efeitos gerais, acaso seja constatada a ofensa à CF. Trata-se da fiscalização incidental exercida por meio de *mandado de segurança* contra ato ilícito praticado no decorrer do processo parlamentar, o qual afronte o “devido processo legislativo”, regulado pelos arts. 59 a 69 da CF³⁸⁶.

4.3. Conclusão

Portanto, considera-se extraordinariamente legítimo o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa se o “juízo” desta quanto à desconformidade constitucional da lei (exposto no ato desaplicação) tiver supedâneo na jurisprudência oriunda das Cortes Constitucionais (TC e STF). Tal jurisprudência, para efeitos da *questio*, deve ser compreendida como uma legítima fonte de juridicidade administrativa.

Contudo, não é uma qualquer decisão de inconstitucionalidade provinda das Cortes Constitucionais que pode ser considerada fonte de juridicidade administrativa, mormente para fins de legitimar, em termos excepcionais, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”. Se

³⁸⁶ V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 224 e seg. Cf. Germana de Oliveira Moraes, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*, Editora Dialética, São Paulo, 1998, pág. 79: “Entretanto, é possível a arguição do vício formal de inconstitucionalidade das leis, sem que se pretenda reflexamente defender um direito subjetivo, mas com o fim único de zelar pela observância do devido processo legislativo disciplinado na Carta Constitucional, através do uso de ações concretas, designadamente, do Mandado de Segurança. O que interessa, portanto, é o exame da oponibilidade do vício de inconstitucionalidade do procedimento legislativo, mediante a utilização de um meio concreto, o mandado de segurança, perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se, afinal, de um meio indireto de controle de constitucionalidade que, ao fim e ao cabo, produzirá efeitos genéricos típicos das ações diretas de controle de constitucionalidade das leis”.

assim fosse, não haveria a exigida harmonização deste poder para o princípio da segurança jurídica.

Por isso, tendo em vista o sistema jurídico-constitucional português, a jurisprudência constitucional que tem aptidão para se enquadrar no âmbito da *questio* é aquela capaz de fundar o pedido do “processo de generalização”; isto é, formada por, pelo menos, três decisões de provimento advindas da fiscalização concreta (isso se não houver jurisprudência majoritária em sentido contrário a essas decisões). Também a decisão de pronúncia de inconstitucionalidade, na medida em que o decreto correlativo tenha sido devidamente ratificado pela AR e promulgado pelo PR.

Por outro lado, não se pode considerar legítimo, ainda que em termos extraordinários, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” quando o ato normativo em questão (cuja execução compete à autoridade administrativa) tenha sido apreciado pelo TC, em sede de fiscalização abstrata, e este não tenha constatado a sua desconformidade constitucional.

Por sua vez, no que se refere ao sistema jurídico-constitucional brasileiro, a jurisprudência constitucional que importa à *questio* a título de fonte de juridicidade administrativa é aquela constante das Súmulas do STF; isso em correspondência com as exigências do art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99 e com a complexidade político-administrativa deste Estado.

2ª HIPÓTESE

Leis Manifestamente Inconstitucionais?

5. LEIS MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAIS? A TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS INDICADORES DA EVIDÊNCIA

5.1. A Inconstitucionalidade Manifesta da Lei como Fundamento do “Poder de Rejeição” Extraordinariamente Legítimo

Dentre os juristas que defendem o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo, há muito a “inconstitucionalidade manifesta” tem sido apontada entre as hipóteses nas quais a regra da incompetência da Administração para a constatação da desconformidade constitucional do ato normativo comporta exceções. Segundo aduzem, diante da inconstitucionalidade flagrante, evidente, patente da lei, a autoridade administrativa está habilitada a não lhe dar cumprimento; podendo invocar a vinculação imediata à Constituição, sob pena de ofensa ao dogma da supremacia constitucional.

Seria designadamente o posicionamento de Fritz Ossenbühl³⁸⁷, Bachof (a evidência da inconstitucionalidade para este distinguiria o

³⁸⁷ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 225.

“dever de rejeição” – desconformidade evidente – do “poder de rejeição”)³⁸⁸, Adroaldo Mesquita da Costa³⁸⁹, Miguel Reale³⁹⁰, Carlos Maximiliano³⁹¹, L. C. Miranda de Lima³⁹², J. J. Gomes Canotilho³⁹³ e Vital Moreira³⁹⁴ (estes mais recentemente), dentre outros.

No Brasil, aliás, nomeadamente antes da instituição do controle concentrado de constitucionalidade das leis (em 1.965) e, ainda, durante a vigência do “monopólio” do direito de ação do Procurador-Geral da República para a propositura da fiscalização sucessiva abstrata perante o STF (até a promulgação da CF), o argumento da “inconstitucionalidade manifesta” era correntemente utilizado (doutrinária e jurisprudencialmente) para sustentar a recusa do Chefe do Poder Executivo e/ou da Administração Pública em dar execução a uma lei que reputassem desconforme a Constituição³⁹⁵, ainda que tal incompatibilidade não fosse, assim, absolutamente inequívoca; mas, também por causa de um fundamento pragmático: assim sendo, o ato de desaplicação da lei por parte dessas autoridades (administrativas ou do Chefe do Executivo) viabilizava o ingresso da questão no Poder Judiciário, seja através da participação do Ministério Público (ingressando com a ação de inconstitucionalidade em

³⁸⁸ In “Die Prüfungs-...”, *AöR*, 1962, pág. 1 e seg. Os argumentos expostos neste artigo, especialmente no que tange à evidência da inconstitucionalidade para efeitos da rejeição da lei inconstitucional pela Administração Pública, foram sinteticamente reiterados pelo Autor, no Manual *Verwaltungsrecht*, Band 1, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, pág. 389. V., ainda, também em síntese, José Carlos Vicira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, pág. 261 e seg.; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 266 e seg.

³⁸⁹ V. “Parecer”, in *AMJNI*, Ano XXIII, nº 95, Setembro, 1965, Rio de Janeiro, pág. 38.

³⁹⁰ V. “Parecer”, in *AMJNI*, Ano XXIII, nº 95, Setembro, 1965, Rio de Janeiro, pág. 45.

³⁹¹ *Apud* Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 317.

³⁹² V. “Parecer”, *RDA*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 81, Julho – Setembro, 1965, pág. 469 e “Parecer”, *AMJNI*, Ano XXIII, nº 95, Setembro, Rio de Janeiro, pág. 55.

³⁹³ V. *Direito Constitucional...*, pág. 418, falando em “inconstitucionalidade ‘evidente’ ou altamente reprovável.

³⁹⁴ V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 924, aduzindo que “só se afigura ser admissível uma exceção ao princípio da obediência à lei quando a inconstitucionalidade for *flagrante e manifesta*”.

³⁹⁵ V. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, pág. 312 e “O Poder Executivo e o Poder Legislativo...”, pág. 41; Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 317 e seg.; Ruy Carlos de Barros Monteiro, “O Argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”, *ob. cit.*, pág. 101 e seg., e os outros Autores brasileiros supracitados.

tese) ou seja diretamente pelos particulares lesados no procedimento administrativo no qual o ato de desaplicação fora elaborado³⁹⁶. Por vezes, verificava-se tratar de lei cujo projeto não havia sido iniciado por quem detinha a competência privativa para tanto.

De fato, em várias ocasiões o STF deu guarida a esse posicionamento, nomeadamente quanto dizia respeito a uma inconstitucionalidade formal (em seu sentido amplo)³⁹⁷. Inclusivamente depois da promulgação da CF, essa Corte teve oportunidade de ratificar essa orientação, convalidando a rejeição de leis por parte da autoridade administrativa quando as consideravam “flagrantemente inconstitucionais”³⁹⁸.

À partida, tais julgados demonstram fazer sentido trazer novamente à tona, no âmbito da *questio*, a discussão acerca da hipótese atinente às “leis manifestamente inconstitucionais”, mormente no Brasil, donde são provenientes os julgados (não obstante a existência de doutrina alienígena), afinal, levam a crer que elas (ora desvinculadas de um determinado valor jurídico negativo, seja inexistência ou nulidade) não são fruto de uma elaboração doutrinária sem reflexo na realidade fática, como se fossem apenas casos extremos e exemplos escolásticos³⁹⁹. Além disso, cor-

³⁹⁶ V., sobre isso, José Manuel Alvim Netto, “O Equilíbrio dos Poderes e o Judiciário”, *RDP*, vol. 13, Julho – Setembro, São Paulo, 1970, pág. 94, aduzindo que, no Brasil, após a consagração da fiscalização em tese da constitucionalidade das leis, em 1965, cuja legitimidade ativa encontrava-se sob monopólio do Procurador-Geral da República, não mais poderia se continuar cogitando da juridicidade da recusa do Poder Executivo em descumprir leis por reputá-las inconstitucionais, devendo a controvérsia ser levada à solução do STF.

³⁹⁷ V. Acórdão do STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 14557-SP, Relator Ministro Cândido Motta, *DJ* de 23/06/1965: “Ementa: Anulação de Títulos de efetivação de funcionários com base em lei inconstitucional. A Recusa do cumprimento da Lei, por inconstitucional, só é possível quando evidente, peculiaridade do caso”. No inteiro teor, registrou-se: “Não posso adotar a tese de que ao Poder Executivo Municipal fosse negado o direito de deixar de aplicar uma lei evidentemente inconstitucional”. V., tb. Na jurisprudência do STF: Representação nº 980-SP, Relator Ministro Moreira Alves, *RTJ*, vol. 96 (2), Maio, 1981, pág. 496 e seg.; Recurso em Mandado de Segurança nº 13.950, Relator Ministro Amaral Santos, *RDA*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 97, Rio de Janeiro, 1969, pág. 116 e seg.

³⁹⁸ V. Medida Liminar na ADIn nº 2071-4, Relator Ministro Sydney Sanches. V., ainda, Recurso Extraordinário nº 23.121/92-GO, *DJU* de 08/11/93.

³⁹⁹ Cf. Miguel Galvão Teles *apud* Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 278; contudo, trata-se de uma observação inserida no contexto da discussão do valor jurídico negativo (inexistência ou nulidade) da lei inconstitucional.

roboram a qualificação atribuída ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como legítimo, em termos extraordinários; porquanto, numa interpretação *a contrario*, nos casos de inconstitucionalidade “não manifesta”, prevalece o princípio da ilegitimidade dessa autoridade para recusar as leis que repare incompatíveis com a Constituição.

De fato, entende-se que o se deve tentar fazer é fornecer critérios (ainda que relativamente seguros) para a configuração de uma “lei manifestamente inconstitucional”, de modo que a “evidência da inconstitucionalidade” não seja uma determinação da autoridade administrativa fruto apenas do subjetivismo e, nesse sentido, aleatória ou arbitrária. Afinal, deve-se tentar sempre uma melhor compatibilização do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa com o princípio da segurança jurídica.

Realmente, não se consegue, de fato, excluir totalmente, com certeza absoluta, a ocorrência da inconstitucionalidade manifesta. Saliente-se, designadamente, as situações de crise institucional no Estado, nas quais um Poder tenta usurpar competências constitucionais dos demais, nomeadamente legislativas. Relembre-se, ademais, que não apenas as normas constitucionais definidoras dos direitos, liberdades e garantias (ou “direitos e garantias fundamentais” na denominação da CF) são auto-aplicáveis e exequíveis, no sentido de dispensar a *interpositio legislatoris*⁴⁰⁰ (acriticamente, pense-se, v. g., no já tão falado princípio constitucional da separação dos poderes). Aliás, “*Todos os preceitos constitucionais vinculam, todos os precei-*

⁴⁰⁰ V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* ..., pág. 412, recordando o sentido fundamental da aplicabilidade a que se alude: “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador”. Todavia, ressalta, em “¿Revisar la/o romper...”, que isso não significa que tais normas constitucionais excluam a necessidade de uma maior densificação infra-constitucional. Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 256 e seg.: “O princípio da aplicabilidade directa vale como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo de seu conteúdo e sentido”. V., chamando de “revolução copernicana do Direito público” a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são susceptíveis de aplicar) directamente nas situações da vida, Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 262.

tos constitucionais são directamente aplicáveis. A força vinculativa e a qualidade da aplicabilidade directa das normas não depende, nem pode depender, do facto de as mesmas normas dizerem ou não “respeito” a direitos, liberdades e garantias... Dizer isto equivale a afirmar o seguinte: (i) todos os preceitos constitucionais integram normas que podem ser fundamento da *invalidade* do direito infraconstitucional que lhe não seja conforme; (ii) todos os preceitos constitucionais integram normas que fornecem parâmetros da interpretação recta do direito que lhes fora infraordenado”⁴⁰¹.

Por isso, não se deve fazer, como faz grande parte da doutrina, correlacionar, em carácter necessário, no âmbito do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, “leis manifestamente inconstitucionais” e “leis inconstitucionais que violam desarrazoadamente a essência dos direitos fundamentais”⁴⁰²; nomeadamente em Portugal, quando o princípio da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos fora logo consagrado no art. 3º/3 da CRP⁴⁰³. Em suma, não se deve reduzir o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” ao campo das leis que ofendem ostensivamente o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias quando todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia vinculativa, ainda que graduada e conformada caso a caso⁴⁰⁴.

Nesse sentido, a “hipótese” das “leis manifestamente inconstitucionais” como legitimadora do exercício invulgar do “poder de rejei-

⁴⁰¹ Cf. Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 434.

⁴⁰² Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 173: “Em suma, a vinculação das entidades públicas pelos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias não significa que elas não estejam também vinculadas pelas demais disposições constitucionais”.

⁴⁰³ V. Pedro Maria Godinho Vaz Pato, “A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”, *DDC*, nº 33 – 34, 1988, pág. 480, reforçando a distinção entre o princípio da constitucionalidade e a aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais que consagram os direitos, liberdades e garantias.

⁴⁰⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 43: “Isso não impede que se deve clarificar a *tipologia das normas constitucionais* e pontualizar a sua função e eficácia no contexto global da Constituição, pois é claro que nem todas as normas constitucionais têm a mesma natureza, estrutura e função, sendo variável a intensidade de sua força conformadora imediata”.

ção” pela autoridade administrativa apresenta-se como decorrência dessa própria eficácia normativa da Constituição, a qual a Administração Pública compete observar e otimizar dentro das suas atividades. Ora, no que diz respeito ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” deve-se proceder à harmonização da natureza excepcionalíssima desse poder (consequência do princípio constitucional da distribuição de competências aos órgãos de soberania) com a necessidade de se tornarem mais efetivas e eficazes as normas constitucionais. Destarte, falar-se em “leis manifestamente inconstitucionais” dentro da *questio* versada, não é, absolutamente, algo sem relevância.

Todavia, frise-se, para que seja assim no âmbito da *questio*, importa tentar traçar contornos, ainda que tênues, sobre a figura da “inconstitucionalidade manifesta”; isso “não obstante no plano da Dogmática Analítica o que exista seja o vício de inconstitucionalidade e não o de ‘inconstitucionalidade manifesta’”⁴⁰⁵, já que tal diferenciação “reveste de algum significado no plano pragmático”. Ainda de acordo com Elival da Silva Ramos, a “utilidade – da distinção – não aparece para o órgão ou os órgãos jurisdicionais incumbidos de declarar ou aplicar a sanção de inconstitucionalidade, posto que é sancionada a violação da Constituição, pouco importando se indiscutível ou não. Aparece sim para aqueles que nutrem expectativas acerca do comportamento desses órgãos. (§) Desse modo, os destinatários da norma legal que a repute inválida por inconstitucionalidade adquirem maior segurança para descumpri-la unilateralmente, por sua conta e risco, se o vício se afigura inquestionável. Afinal, aumenta a probabilidade de que o Judiciário venha a cancelar esse comportamento, reconhecendo que se cuidou do descumprimento de lei inválida e, portanto, ineficaz *ab initio* ou retroativamente ineficaz”⁴⁰⁶.

Ficarão, portanto, desde já excluídas da figura da “inconstitucionalidade manifesta” as leis *materialmente* desconformes a Constituição em razão da afronta aos direitos fundamentais, uma vez que o

⁴⁰⁵ Cf. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade*, pág. 208. E acrescenta: “... e conquanto não se trate de uma regra de Dogmática Hermenêutica, parece-nos que o axioma, cunhado na jurisprudência estadunidense como tantos outros acerca da inconstitucionalidade das leis, se reveste de algum significado no plano pragmático”.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, pág. 208 e 209.

regime jurídico específico que fazem jus (“direitos, liberdades e garantias” e “direitos fundamentais de natureza análoga”, art. 17º e 18º da CRP; e “direitos fundamentais” e “direitos individuais e coletivos”, art. 5º, parágrafo 1º, da CF), baseado na “fórmula” da aplicabilidade imediata das respectivas normas constitucionais, impõe um apartado tratamento, ainda que também se faça uso de “critérios de evidência”⁴⁰⁷. Isso porque é reforçada a eficácia normativa da Constituição no que tange a esses direitos fundamentais e tal fato poderá acarretar consequências específicas para a *questio*.

Além disso, também não serão incluídas as leis pré-constitucionais incompatíveis com Constituição posterior. Isso porque, neste caso, envolve-se ainda o efeito da revogação (ou, se quiser, da caducidade) da lei; fato que também pode apresentar relevo na esfera administrativa, razão pela qual as leis pré-constitucionais fazem jus a um estudo próprio.

Outrossim, não serão ainda consideradas “leis manifestamente inconstitucionais” aquelas que já tenham sido formuladas pelo legislador pós-constitucional e que têm sido aplicadas correntemente pelos intérpretes do Direito, sem que sejam fontes de controvérsias constitucionais⁴⁰⁸. Tal fato leva a crer que a figura das “leis manifestamente inconstitucionais” esteja *mais relacionada* com as leis recentes (cuja vigência se implementou em passado prematuro), afinal, dificilmente se poderá considerar uma lei “manifestamente inconstitucional” quando há muito elaborada pelo legislador pós-constitucional, sem que tal

⁴⁰⁷ V., por exemplo, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 418 e seg.; José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, pág. 260 e seg.; João Caupers, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 155 e seg.; e Maria da Assunção Andrade Esteves, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Dissertação apresentada no curso de Mestrado de Direito de Lisboa do ano lectivo de 1984/85, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989, pág. 242; todos eles analisando o tema do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa dentro do tema da aplicabilidade direta das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias.

⁴⁰⁸ Tb. assim, Gabino Fraga, in *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudência*, México, apud Antônio Carillo Flores, “O Executivo...”, pág. 34. V, tb. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 924, mencionando que não se poderia considerar uma lei manifestamente inconstitucional quando o TC tenha sido chamado a se manifestar sobre a mesma e não tenha apontado a sua inconstitucionalidade.

desconformidade tenha sido de alguma forma suscitada perante os Tribunais (e até ao TC e ao STF, para a sua posterior decisão de inconstitucionalidade)⁴⁰⁹. De fato, com certa razoabilidade, percebe-se que “inconstitucionalidade manifesta” da lei não precisa de um lapso temporal significativo para que os intérpretes do Direito (particulares, juízes, juristas, autoridades públicas e políticas *etc*) possam questionar a sua desconformidade constitucional, dada a sua clarividência. Possivelmente, será ela alvo de ataques públicos, os quais podem inclusive abalar a sua presunção de constitucionalidade, dando notoriedade à sua inconstitucionalidade.

Se, contudo, a constitucionalidade da lei já tenha sido posta em causa perante ou pelos Tribunais, poder-se-á falar em legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” na medida em que, havendo jurisprudência constitucional sobre a inconstitucionalidade do ato normativo (nos termos precisados na 1ª hipótese do *quando da questio*), seja a mesma capaz de se apresentar como uma fonte de juridicidade administrativa, especialmente para a atuação estritamente *contra legem* da Administração Pública.

Ter-se-á, por isso, por “inconstitucionalidade manifesta”, no presente tópico, as leis mais recentes e patentemente desconformes a Constituição, tanto em seu aspecto formal (*lato sensu*), quanto material⁴¹⁰. Aliás, para efeitos da *questio*, releva mesmo a distinção entre

⁴⁰⁹ Com isso, registre-se, não se está fazendo uma radical dicotomia entre leis mais recentes, leis menos recentes ou leis antigas no contexto da figura das leis “manifestamente inconstitucionais”. Não se pretende (nem se consegue), em termos absolutos, excluir a existência de uma lei “manifestamente inconstitucional” cuja edição foi implementada num passado mais longínquo. De fato, para a delimitação da figura da lei “manifestamente inconstitucional”, requer-se também a observância de fatores de ordem fática e, por isso, deve-se usar o “bom senso” e trabalhar com aqueles que têm maiores probabilidades de incidência efetiva.

⁴¹⁰ V., rogando a autonomização da chamada “inconstitucionalidade teleológica ou finalística”: Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 155. Seria a inconstitucionalidade que envolve o vício de desvio de poder legislativo. Esclarece, contudo, que tal inconstitucionalidade apresenta escassa repercussão prática, em primeiro lugar pela timidez do Poder Judiciário no trato de matéria que se avizinha do mérito do ato legislativo e, em segundo lugar, pela maior dificuldade de caracterização da inconstitucionalidade diante de normas-parâmetro timbradas pela imprecisão semântica. Contudo, a jurisprudência da Corte Constitucional italiana tem exemplos vários desse tipo de inconstitucionalidade.

inconstitucionalidade formal e material, não obstante, num caso concreto, essa distinção poder vir a ser sensivelmente atenuada⁴¹¹.

Isso porque, o exame de compatibilidade constitucional em seus aspectos formal e orgânico apresenta-se, *via de regra*, menos complexo do que o exame de compatibilidade material. Neste caso, ordinariamente, interagem-se princípios de hermenêutica constitucional, conflitos de princípios fundamentais genéricos (como, por exemplo, a configuração concreta do “princípio da igualdade” no tratamento das minorias), a questão da densidade normativa lata da Constituição, o conceito de lei como ato tendencialmente vazio no plano material⁴¹²; além da própria questão da liberdade de conformação do legislador na concretização da Constituição, liberdade essa que deve ser também, por princípio, respeitada pelo juiz constitucional⁴¹³. No exame da constitucionalidade do ato normativo em seus aspectos formais (*lato sensu*), por sua vez, são observados, designadamente: o respeito ao devido processo legislativo e a competência do órgão legiferante para o tratamento da matéria⁴¹⁴.

Daí porque Paulo Bonavides assevera (afirmativa que deve ser compreendida como um princípio geral e não como uma regra absoluta): “O controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*” e “de feição técnica, está volvido assim para aspectos tão-somente formais, não ajuizando acerca do conteúdo ou substância da norma impugnada. O exercício desse controle não oferece tantas dificuldades nem alcança grau tão alto de controvérsia como o que decorre do controle material de constitucionalidade”⁴¹⁵. Ao reverso, o “controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o

⁴¹¹ V. Jorge Miranda, “Inconstitucionalidade”, pág. 193, mencionando que, por vezes, a inconstitucionalidade formal envolver-se com a questão da inconstitucionalidade material, como seria o caso de impostos criados pelo Governo sem autorização legislativa, com ofensa do direito fundamental dos cidadãos de não pagarem impostos que não tenham sido estabelecidos com harmonia com a constituição.

⁴¹² V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 511; e Nuno Piçarra, *A Separação dos Poderes ...* pág. 258.

⁴¹³ V. Hans Peter Schneider, *Democracia...*, pág. 196; J. J. Gomes Canotilho, “A concretização...”, pág. 365; e “Jurisdição constitucional...”, pág. 872.

⁴¹⁴ Cf. Miguel Reale, *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite, “Justiça, Validade...”, pág. 7.

⁴¹⁵ V. *Curso de Direito...*, pág. 268 e seg. V., tb., Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 157 e seg.

conteúdo da norma... É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado em valores, na medida em que a Constituição faz a liberdade o seu fim e fundamento primordial⁴¹⁶. Aliás, é mesmo oportuna a remissão à intranquilidade da jurisprudência acerca duma harmoniosa conformação entre a Justiça Constitucional e o princípio democrático⁴¹⁷.

Não fosse isso bastante, a inconstitucionalidade formal, via de princípio, macula todo o ato normativo (ou, ainda, partes destacáveis dele⁴¹⁸); o que facilita a configuração, localização e expurgação (acaso puntual) da desconformidade; fato que já não ocorre com tanta frequência na inconstitucionalidade material. Relembre-se a denominada “declaração ‘qualitativa’ de inconstitucionalidade”⁴¹⁹.

Por isso, a “inconstitucionalidade manifesta”, no sentido de ser uma incompatibilidade constitucional bastante clara, de fácil constatação, tem efetivamente maior probabilidade de dizer respeito a um vício formal (em sentido amplo)⁴²⁰; lembrando-se, ademais, que tal propensão tem um campo ampliado para a sua implementação quando a Constituição ainda consagra uma separação vertical de competências legiferantes (parte integrante do princípio constitucional da separação

⁴¹⁶ *Ibidem*, pág. 270.

⁴¹⁷ Cf. Habermas *apud* J. J. Gomes Canotilho, “Jurisdição Constitucional...”, pág. 878; Manuel Aragon, “La Interpretación...”, pág. 38; e, Albrecht Weber, “Jurisdicción...”, pág. 80.

⁴¹⁸ V., como exemplo, o Acórdão do TC nº 868/96, que declarou inconstitucionais determinados números do art. 8º da Lei nº 30/92, de 20/10, tendo em vista não terem sido votados na especialidade.

⁴¹⁹ V. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 91. V., tb. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 163 e seg.

⁴²⁰ V. Parecer da Procuradoria-Geral da República, nº 90/83, de 12 de Maio de 1983, *BMJ*, nº 332, pág. 245 e seg. Neste parecer, que tratava de uma eventual inconstitucionalidade orgânica do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública, optou-se por uma solução pragmática e mais justa, mas de fundamentação frágil sob o aspecto estritamente jurídico: a obediência da Administração à lei inconstitucional porque as regras do referido ato normativo seriam “mais perfeitas e asseguram uma melhor protecção dos direitos e garantias do arguido em processo disciplinar do que as do anterior regulamento”.

dos poderes em sentido amplo, frise-se); como se verifica no Brasil, entre a União; os Estados-membros (estes com competência reservada) e os Municípios (art. 30, incisos I, II, da CF); e, em Portugal, em menor escala, com a sua regionalização.

É certo também, como observa Rui Medeiros, que “as leis manifestamente inconstitucionais, na acepção estrita aqui utilizada, são, como é geralmente reconhecido, extremamente raras”⁴²¹. Do mesmo modo, são invulgares as ocorrências de leis formalmente inconstitucionais⁴²². Mas, ora, relembre-se, para efeitos da *questio*, as hipóteses para o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo pela autoridade administrativa serão sempre exceptuativas. Por isso, não se deve, em nome da “invulgaridade” da “inconstitucionalidade manifesta”, ignorar a sua existência ou abdicar da tarefa de distingui-la da “inconstitucionalidade não manifesta”⁴²³; sob pena da característica da extraordinariedade transformar-se em regularidade e, via de consequência, macular a legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Destarte, em termos razoáveis, isto é, trazendo a problemática para a realidade fática, quando se falar em “inconstitucionalidade manifesta”, de configuração facilitada, hialina, óbvia, provavelmente estará ela associada a uma inconstitucionalidade de origem formal (formal *stricto sensu* e orgânica).

Evidentemente, nem todos os casos de inconstitucionalidade formal são claramente constatados (como o são, v. g., o caso da falta de promulgação e de assinatura presidencial e o da absoluta incompetência de um particular para elaborar atos normativos válidos e, por outro lado, não são os casos de um erro no cálculo do quorum exigido para a aprovação do diploma; de débil participação dos trabalhadores na elaboração da legislação que tem a ver com os seus direitos;⁴²⁴ da

⁴²¹ *In A Decisão* ..., pág. 228.

⁴²² V, por exemplo, a jurisprudência do TC.

⁴²³ V. Pedro Maria Godinho Vaz Pato, “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 498, entendendo não serem “aceitáveis as soluções diferentes de acordo com a evidência, ou não evidência, da inconstitucionalidade, ou que a sanção que corresponde à norma inconstitucional dependa da evidência dessa inconstitucionalidade”.

⁴²⁴ V. Ac./TC nº 124/93, de 19 de Janeiro, pronunciando-se pela inconstitucionalidade da norma do art. 1º do Decreto da Assembleia Legislativa dos Açores nº 26/92,

inocorrência da votação do projeto na especialidade *etc*). Por vezes, é necessária uma acurada investigação acerca da regularidade do processo legislativo⁴²⁵.

Sendo assim, para não se reduzir “inconstitucionalidade manifesta” à “inconstitucionalidade (formal) manifesta”; e, levando-se em conta esse maior grau de complexidade da inconstitucionalidade material (o que não pode ser olvidado pela autoridade administrativa quando diante do ato normativo que reputa inconciliável com a *Lex Mater*), e porque não está ela funcionalmente vocacionada para o controle da constitucionalidade dos atos normativos que compete executar; para que a inconstitucionalidade material possa ser também incluída na categoria da “inconstitucionalidade manifesta”, em particular, para os efeitos da *questio*, há que se estabelecer um critério ainda mais rigoroso (se é que isso seja possível) do que prega a *Teoria da evidência* (“intensidade da evidência”)⁴²⁶, quando aplicada ao caso específico da inconstitucionalidade formal (pela sua própria natureza, frise-se, mais “cristalina”).

Isso sob pena de, pela real dificuldade de se distinguir *a priori* a “inconstitucionalidade manifesta” da “não manifesta”, ser ampliado demasiadamente o âmbito da primeira, permitindo à autoridade administrativa a levar a efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” sem se ater cautelosamente às questões que estão subentendidas

tendo em vista o desrespeito ao direito de participação das associações sindicais na elaboração da legislação do trabalho: “A presunção referida no número anterior poderia ser elidida mediante elementos de prova fornecidos pelo autor do diploma. Os elementos fornecidos por essa entidade, porém, não só indicam não terem sido ouvidas todas as associações sindicais pertinentes, mas apenas as consideras principais, como o procedimento de audição seguido não decorreu de forma constitucionalmente adequada ou idónea”.

⁴²⁵ V., por exemplo, o art. 54º/5/d da CRP, outorgando direito às comissões dos trabalhadores de participar na elaboração da legislação do trabalho. V. Ac/TC nº 581/95, de 31/10

⁴²⁶ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, pág. 262. V. Marcelo Rebelo de Sousa, “Inexistência...”, este falando em atuações manifestamente inconstitucionais e “chocantemente” violadoras da Constituição. Cf., tb., *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, vol. V, coord. José Augusto Sacadura Garcia Marques e Luís Novais Lingnau da Silveira, pág. 587: “A questão estará em saber qual o valor, o peso do juízo de inconstitucionalidade, a sua maior ou menor evidência, devendo a Administração adoptar uma atitude proporcionada a tal critério de evidência”.

na configuração da inconstitucionalidade material⁴²⁷, tornando a sua atuação ilegítima desse ângulo. Deve ser, portanto, uma “*evidência reforçada*”.

Assim, quicá se possa falar em “contrariedade radical” ou “incompatibilidade absoluta”, no sentido de uma total oposição (*negativo/positivo* ou *positivo/negativo*) do conteúdo da lei para com normas constitucionais não instrumentais⁴²⁸. Pense-se nos casos em que o Constituinte não permite sequer relativa conformação do legislador infraconstitucional, havendo apenas uma hipótese a ser trilhada e concretizada. Se assim for possível na prática (o que irá depender obviamente do texto constitucional concreto e da norma constitucional violada pela lei), possível será a inclusão das leis materialmente inconstitucionais na categoria versada, especialmente para os efeitos de legitimar extraordinariamente o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa⁴²⁹. Se há, ainda que mínimo, um espaço para o exercício da liberdade de conformação do legislador, não há como a inconstitucionalidade material da lei ser considerada manifesta, sob o ponto de vista da autoridade administrativa.

Porém, em qualquer dos casos da “inconstitucionalidade manifesta”, deixe-se devidamente registrado, por ser demasiado importante para os efeitos da *questio*, isto é, para que a autoridade administrativa se valha do argumento da “inconstitucionalidade manifesta” para se liberar do dever de observância ao princípio da legalidade em seu sentido estrito, a desconformidade deve ser, além de grave e inequívoco-

⁴²⁷ Diferentemente, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 229, com argumento na dificuldade material em se distinguir, *a priori*, uma inconstitucionalidade manifesta de uma não manifesta, entende que não faz sentido, para efeitos do “poder administrativo de rejeição de leis inconstitucionais”, limitar o âmbito deste à evidência da inconstitucionalidade.

⁴²⁸ Cf. Crisafulli *apud* Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 149.

⁴²⁹ V. Marcelo Rebelo de Sousa, “Inexistência Jurídica”, *DJAP*, vol. V, 1993, Lisboa, pág. 231 e seg. fornecendo exemplos de leis materialmente inexistentes, para além daquelas que violem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ressaltando, contudo, que o essencial é a *evidência da inidentificabilidade*: (1) transformem Portugal num Estado não soberano integrado num Estado composto ou complexo; (2) declarem a apropriação privada ou cooperativa de todos os meios de produção; (3) convertam as autarquias locais em institutos públicos, dentre outros. Entretanto, entende-se que foram alistadas aqui hipóteses escolásticas.

ca, transparente. Em suma, deve sobressaltar aos olhos da autoridade administrativa. Isso sem olvidar daqueles outros “critérios evidenciadores” antes mencionados.

5.1.1. *Brasil*

Para ilustrar o posicionamento, e diante do que dispõe a CF, recorrer-se-á a um exemplo paradigmático que se entende abrangido pela categoria da “inconstitucionalidade manifesta”: imagine-se um projeto de lei qualquer elaborado pelo Congresso Nacional, dispondo sobre várias matérias; dentre elas, algumas cuja iniciativa era privativa de outros entes (Presidente da República, no caso do art. 61, §1º, e do STF, no caso do art. 92, II, *c*) da CF, por exemplo).

Tendo sido regularmente aprovado, o projeto fora remetido ao PR para sanção e promulgação ou veto. O PR, com fundamento na violação de normas instrumentais da CF, veta por inconstitucionalidade os artigos do diploma que dizem respeito às matérias cuja iniciativa lhe competiam e ao STF (art. 66º, §2º, da CF). O diploma é remetido ao Congresso, o qual rejeita o veto, nos termos do art. 66, § 4º, da CF.

Em face disso, o PR não promulga a lei (art. 66º, §7º, da CF). Conseqüente e imediatamente, o Presidente do Senado Federal a promulga. Ato contínuo, a lei é regularmente publicada, nela, aliás, excluindo-se qualquer *vacatio legis*, entrando em vigor diretamente. Os legitimados a proporem ADIn não aviaram ainda qualquer pedido de declaração de inconstitucionalidade ao STF.

A lei determina, na parte que toca à matéria cuja iniciativa competia ao STF, que o Tribunal Regional Federal que tem jurisdição sobre o Norte do Brasil seja extinto, devendo os funcionários públicos serem postos em disponibilidade e os bens móveis e imóveis devidamente aproveitados em outros fins (constantes da lei) ou postos para alienação em hasta pública, dentro de um exíguo prazo.

Dentro desse quadro, crítico é certo, seria sim legítima a atuação da Administração Pública do Poder Judiciário Federal em não dar cumprimento à referida lei, não extinguindo o Tribunal, medida que, acaso implementada, geraria transtornos vários, cuja eventual sentença *ex tunc* dificilmente conseguiria restituir o *status quo*. A Administração Pública poderia rejeitar a lei, neste caso, flagrantemente inconsti-

tucional. Mas, assim procedendo, deve, ato contínuo, tomar as providências necessárias à juridicidade de sua conduta (tal como, já se deu notícia, notificando o MP como responsável pela fiscalização da legalidade democrática).

Com efeito, trata-se de uma inconstitucionalidade de constatação bastante clara (facilitada ainda pela ocorrência do veto presidencial nas partes eivadas de vício orgânico e pela posição institucional “desleal” do Congresso Nacional frente ao Poder Executivo e ao Judiciário). Numa situação como a citada se pode bem cogitar, inclusive, numa intraquilidade institucional, cujo conhecimento possivelmente não ficará adstrito apenas às autoridades administrativas envolvidas, alcançando a inconstitucionalidade notoriedade⁴³⁰.

Diferentemente, por exemplo, já se poderia passar se o projeto de lei não fosse vetado pelo PR, nem mesmo sobre as matérias que pertencessem à sua iniciativa privativa (art. 61, §1º, da CF). Imagine-se, por exemplo, que não obstante o desrespeito às normas constitucionais instrumentais, o PR quisesse dar aquiescência ao projeto ou, ainda, por exemplo, porque se encontrar impedido o PR, o Vice-Presidente

⁴³⁰ A situação bastante análoga à mencionada existiu efetivamente, tendo o STF reconhecido a legitimidade da Administração Pública em rejeitar a lei, que no caso era flagrante. V. Ementa do Acórdão (Representação 980-SP, Relator Ministro Moreira Alves): “É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo”. No inteiro teor, registrou-se: “No caso, o ato normativo do Chefe do Poder Executivo Estadual – o qual se reveste da forma de Decreto – estabelece que a abstenção de cumprimento da lei se dê em casos em que esta haja sido vetada por falta de iniciativa do Poder Executivo. Trata-se, pois, de hipótese inequívoca de inconstitucionalidade, como tem decidido esta Corte inúmeras vezes; e de hipótese em que não há como pretender-se se baseie em inconformismo de um Poder em face do outro, mas, ao contrário, na autodefesa de prerrogativa que a Constituição confere ao Executivo para melhor atender ao interesse público. E, restrita a hipótese a caso de lei vetada, não se pode alegar sequer incoerência do próprio Poder Executivo. De qualquer sorte, é certo que ao Poder Judiciário continua reservado dizer a última palavra sobre a existência, ou não, da inconstitucionalidade, assumindo a Administração Pública o risco de eventual falta de adequação do caso concreto à inconstitucionalidade decorrente da ausência de iniciativa exclusiva do Executivo”.

(art. 79, da CF) promulgasse normalmente o diploma, que é posteriormente publicado.

Neste caso, apesar da inconstitucionalidade formal originária, não seria essa desconformidade tão inequívoca e evidente, especificamente tendo em consideração a ótica das autoridades administrativas da Administração Pública da esfera federal (v. g. da Receita Federal, a qual eventualmente tivesse sido atribuída novas competências para a arrecadação do Imposto de Renda). Estas aludidas autoridades poderiam ser levadas a estribarem a legalidade de sua atuação na sanção do PR e em eventual decreto administrativo que regulamentasse a nova legislação. Aliás, ainda se poderia alinhar a “sedutora tese” de que a sanção e a promulgação convalidariam a usurpação da iniciativa presidencial⁴³¹. O vício, neste caso, poderia ser considerado como que, de alguma forma, “maquiado” ou “mascarado”.

Ademais, ainda em relação à CF, na tentativa de se ilustrar uma “inconstitucionalidade manifesta material” e, tendo-se por base o critério da acima exposto da “incompatibilidade absoluta” como demonstração de “evidência reforçada”, recorrer-se-á a outro paradigma. Contudo, apontar-se-á um caso extraído da jurisprudência do STF, no qual o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa foi reconhecido como extraordinariamente legítimo diante da evidência da inconstitucionalidade.

A CF determinou, no Título IX (“Das Disposições Constitucionais Gerais”), que os serviços públicos notariais e de registros sejam realizados em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236). De fato, antes da promulgação da CF, os serviços notariais e de registros não dependiam de concurso público (tratava-se, verdadeiramente, de uma “benesse” do Poder Público ao respectivo tabelião, em desrespeito ao princípio da igualdade de acesso aos cargos e ofícios públicos). A CF, além disso, impossibilita que uma serventia fique vaga, sem abertura de concurso público, por mais de seis meses (art. 236, § 3º, da CF).

⁴³¹ O STF era mesmo favorável à tese do efeito convalidatório da sanção do Chefe de Executivo em projetos de lei viciados por usurpação de sua iniciativa privativa (consoante a Súmula nº 5 do STF). Posteriormente, todavia, o STF teve revisto o seu entendimento, passando a aderir à tese contrária. V. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 158 e seg.

Com base nisso, uma lei estadual, com respeito à lei federal em matéria de licitação e contratação pública (art. 22, inciso XXVII, da CF), veio dispor sobre o ingresso na atividade notarial através de concurso público, cuja realização ficou ordenada de modo prioritário.

Todavia, a citada lei estabeleceu que apenas as serventias iniciais seriam acessíveis a quem não fosse notário, registrador, escrevente ou escrevente substituto, insistindo no antigo sistema no que se refere aos “cartórios” já constituídos, que não ficariam sujeitos à realização de concurso público. Ressalte-se que as serventias iniciais dizem respeito, usualmente, àquelas situadas nas pequenas comarcas ou nas localizações afastadas do centro urbano e, por isso, com baixa rentabilidade financeira. Ao reverso, as serventias mais antigas, estabelecidas nos centros das cidades, possuem elevada movimentação e rendimento.

Ainda, tendo em vista o prazo contido na CF, a lei estadual determinou, em caráter prioritário, que a Administração Pública (no caso, do Poder Judiciário, em face do art. 236, §1º) desse andamento ao concurso público ordenado.

Numa atitude que tem guarida no princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), a autoridade competente para regulamentar a execução da lei estadual negou-se a dar-lhe cumprimento, sob o fundamento de que a mesma era inconstitucional e violava o princípio da igualdade de acesso aos cargos e serviços públicos.

A casa legislativa respectiva socorreu ao STF, que convalidou, liminarmente, a atitude de recusa da Administração Pública, expressa num ato administrativo elaborado pela sua autoridade máxima⁴³².

⁴³² V. STF, ADIn 2071-4, Relator Ministro Sydney Sanches, Requerente: Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e, Requerido: Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo: “Ato Administrativo Normativo Estadual de lavra do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, Publicado no DO em 16 de julho de 1999. O Diário Oficial de 08 de julho último publicou a Lei Estadual nº 10340/99, promulgada pela Presidência em exercício da Augusta Assembléia Legislativa, que dispõe sobre o provimento dos serviços notariais e de registro. A par de abordar outros temas ligados à área do serviço extrajudicial, esse diploma disciplina o concurso de provas e títulos para a outorga das delegações. Trata-se porém, de legislação eivada de vícios de inconstitucionalidade, que vulnera vários pontos e princípios da Carta Magna. No tocante diretamente ao concurso de seleção dos delegados – assunto que mais interesse nesse momento – a citada lei estadual ao insistir no sistema de classe “de cartórios”, totalmente incompatível

De fato, não obstante envolver neste caso também o direito à igualdade (podendo-se contra-argumentar acerca da aplicabilidade imediata da respectiva norma constitucional) e o cume da Administração do Poder Judiciário (com competência para a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis), é certo que não se tratava de um “caso concreto submetido a julgamento”; mas de uma atividade tipicamente administrativa do Poder Judiciário.

Além disso, a CF possui normas que dispõem exatamente o *contrário* do que estabelecia a referida lei estadual: o acesso *irrestrito e ilimitado*, por meio de concurso público de provas e títulos, aos serviços notariais e de registros *até então existentes e posteriormente criados*. Assim, não obstante outros aspectos da delegação e da regulação da atividade notarial e de registro deverem ser conformadas e concretizadas pelo legislador ordinário (parágrafo primeiro do art. 236: “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”), naquele determinado ponto, alvo da legislação ordinária manifestamente inconstitucional, a Constituição não concedeu liberdade de conformação (ou opção de escolha) ao legislador estadual: isto é, o concurso público deve ser generalizado a todos os cartórios e acessível a todos aqueles que con-

com o novo regime de delegação criado pela Constituição Federal de 1988, estabelece que somente as de classe inicial (que dizem respeito à unidade situadas nos pequenos distritos e comarcas, de menos movimento e rentabilidade) são acessíveis a quem não seja notário, registrados, escrevente ou substituto de serventia. Com isso, elimina o caráter público do concurso, em *evidente* afronta ao art. 236, par. 3º, da Carta Federal. Criou-se, em realidade, uma reserva de mercado em favor dos delegados e cartórios, tolhendo o legítimo direito do cidadão comum, com a necessária qualificação de bacharel em direito, como exige a legislação, de pelo menos concorrer no processo de seleção para o ingresso na atividade notarial e de registro. ... Em realidade, pelas inúmeras ofensas ao ordenamento jurídico vigente e por romper com o sistema previsto para todos os Estados-membros, a Lei Estadual nº 10340/99 inviabiliza, definitivamente, a realização de qualquer concurso para preenchimento das diversas vagas existentes, cujo provimento conforme determinação da Constituição Federal, deveria ocorrer, no máximo, dentro de seis meses de cada vacância. ... Neste sentido, porque está obrigado a observar o princípio da legalidade estrita – o que, em última análise, significa respeito à Constituição Federal pode e deve – a Administração Pública – recusar-se a cumprir leis e atos normativos que considere flagrantemente inconstitucionais”.

seguem satisfazer as exigências legais (nomeadamente no que diz respeito à graduação no Curso de Direito).

Além desse caso, poder-se-á fornecer um outro mais, este já sem precedentes na Corte Suprema: imagine-se, designadamente, uma lei estadual que, observando a lei geral federal em matéria de licitação e contratação pública (art. 22, inciso XXVII, da CF c/c art. Art. 25, §1º e §2º, da CF), viesse a estabelecer regras específicas sobre a exploração e concessão dos serviços locais de gás canalizado no Estado.

Em determinado artigo, teria ficado estabelecido que o Estado-membro apenas prestaria diretamente o serviço em situação excepcional; designadamente quando do fim ou da perda da concessão pela pessoa jurídica de direito privado anteriormente concessionária do serviço, na hipótese de não ter sido realizado tempestivamente outro concurso público. Desse modo, ficaria inviabilizada uma eventual paralisação dos serviços.

A lei estabelecia, ademais, que nessas circunstâncias, extraordinárias e temporárias, a responsabilidade civil do Estado seria apurada subjetivamente, nos termos da lei civil (art. 159 do Código Civil Brasileiro de 1.916) e que os eventuais sinistros, nos quais fossem constatados apenas danos materiais, poderiam os prejudicados serem indenizados administrativamente, desde a autoridade administrativa responsável constatasse a culpa da Administração e do respectivo agente público e que assim o quisesse o utente-credor.

Todavia, o art. 37º, § 6º, da CF consagra um regime jurídico *único* para a responsabilidade civil da Administração Pública: a responsabilidade objetiva (esta dispensa a necessidade da comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente)⁴³³. Aqui não há espaço qualquer para a liberdade de conformação do legislador

⁴³³ V., por exemplo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pág. 74. Cf. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais...*, pág. 292 e seg., "A Constituição de 5 de Outubro de 1988 tratou do princípio da responsabilidade estatal em mais de uma norma. Manteve a responsabilidade objetiva do Estado ("das pessoas jurídicas de direito público"), estendendo a responsabilização segundo o regime de direito público às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos".

ordinário, não havendo a possibilidade deste prever que a responsabilidade civil do Estado, das demais pessoas coletivas de direito público e das pessoas coletivas de direito privado prestadoras de serviço público seja apurada através de critérios subjetivos.

Assim, numa eventual apuração dos danos causados ao imóvel do utente, por causa de um vazamento de gás (v.g. estragos numa cozinha), entende-se que a autoridade administrava poderia legitimamente recusar a aplicação da norma constante da lei estadual “manifestamente inconstitucional” no tange à apuração da responsabilidade da Administração, deixando de inquirir sobre a culpa desta. Desse modo, poderá restituir o *status quo* do utente, que assim desejasse.

É certo, todavia, que, neste caso, poder-se-ia contra-argumentar com a aplicabilidade imediata da norma constitucional inserida no art. 37, § 6º, da CF, no sentido de que o direito do administrado à responsabilização civil do Estado pelos prejuízos sofridos, configurada em termos objetivos, é um direito fundamental auto-exequível e imediatamente vinculante para os entes administrativos (ou seja, de que não apenas o direito à responsabilização civil do Estado é imediatamente aplicável, mais também o direito à apuração pelos critérios objetivos).

Veja-se, além do mais, o art. 177 da CF. Neste preceito, consagrou-se, em seu inciso I, que constitui monopólio da União “a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos”.

Imagine-se, na situação citada anteriormente, que o Estado-membro tivesse ainda disposto (na lei que veio regular, de modo específico, a exploração e a concessão dos serviços locais de gás natural canalizado) acerca de sua competência para realizar diretamente ou mediante contrato a extração do gás natural que seria distribuído; independentemente de qualquer autorização de um outro ente da Federação, em afronta direta ao monopólio da União. Para tanto, tal lei atribuiria competência a um determinado órgão da Administração Pública estadual instrumental para o cumprimento da tarefa de lavar o componente químico ou realizar a respectiva licitação pública, tudo em exíguo prazo.

Numa circunstância como a desenhada, afigurar-se-ia legítimo falar em extraordinário “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, quando a mesma se visse obrigada a

dar cumprimento ao referido ato normativo estadual violador do art. 171 da CF.

5.1.2. Portugal

Passando-se ao tratamento da CRP, observa-se que certos artigos (137º; 140º e 172º) determinaram o desvalor “inexistência jurídica” para atos que não se encontram formalmente aperfeiçoados. Em vista disso, serão excluídos tais casos, em especial e quando absolutamente incontroversos, pela total incapacidade do ato correlativo para vincular a Administração Pública. Nestas específicas situações, diante do que estipula a norma constitucional, a autoridade administrativa deve (no sentido de que não há espaço para atuação diversa) rejeitar a aplicação desses atos inexistentes juridicamente.

Deixando-se à parte, portanto, o valor negativo “inexistência”, o qual se poderá verificar em outras ocasiões para além daquelas citadas nos artigos constitucionais⁴³⁴; referir-se-á às “leis manifestamente inconstitucionais”, ainda que as leis sejam “inexistentes” ou “nulas”⁴³⁵. De fato, consoante dito, para efeitos da *questio*, não se deve analisar *aprioristicamente* o desvalor do ato (e o seu respectivo regime jurídico – sanção); devendo-se, antes, fundar o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa em critérios aferíveis sob a ótica desta e, portanto, *apriorísticos*.

⁴³⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 602: “A inexistência não carece de ser expressamente declarada, mas nada impede que as normas dos diplomas inexistentes por falta de promulgação ou de assinatura presidencial sejam declaradas *inconstitucionais* com força obrigatória geral pelo TC”. V. J. J. Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 253.

⁴³⁵ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, “Inexistência Jurídica”, pág. 231 e seg.: Inexistência Jurídica é a “Mera aparência de acto jurídico, nomeadamente de acto do poder político do Estado, que para o Direito Português carece do mínimo de identificabilidade substancial, orgânica e formal, que lhe permita produzir quer efeitos prototípicos que normalmente lhe corresponderiam, quer quaisquer outros colaterais”. Um de seus traços essenciais seria a “inexecutoriedade pelo poder político do Estado, envolvendo a sua não aplicação e cessação do dever de obediência na Administração Pública, se respeitar ao domínio da actuação do poder político estadual”. Cf. observa Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 278, as hipóteses deduzidas pela doutrina de inexistência de leis parecem, antes, hipóteses de nulidade acrescida de inexecutoriedade.

Além disso, determinados atos tidos por “inexistentes”, podem ter uma “aparente existência jurídica” ou *apparentia iuris*⁴³⁶ (pense-se, v. g., numa lei orgânica que não tenha recebido aprovação por maioria absoluta dos Deputados, na votação final global – art. 168º/5, da CRP – ou na lei mencionada no art. 168º/6, a qual tenha sido aprovada com quorum inferior ao lá estipulado; mas que, contudo, foram devidamente promulgadas; ou, ainda, no caso de “escola”, numa lei que tenha recebido uma assinatura de um PR eleito, mas não empossado).

As “leis manifestamente inconstitucionais” portuguesas, no âmbito específico do *questio*, também não se limitam às leis cujas ordens impliquem a prática de qualquer *crime* (art. 271º da CRP). A uma, porque tal dispositivo constitucional se insere numa exceção ao dever de obediência hierárquica, donde que faz referência primordial às normas emanadas da autoridade administrativa hierarquicamente superior àquela que recebeu o comando. A duas, porque, a tipificação dos crimes faz-se mediante lei prévia (aqui se encontra um dos clássicos âmbitos da “reserva de lei” – art. 29º da CRP), donde que tais ordens devem ser, *prima facie*, ilegais. E, a três, com base em argumentos pragmáticos, porque determinadas leis podem ser realmente “manifestamente inconstitucionais” (lembre-se dos exemplos brasileiros) e nada dizerem sobre a prática de crime algum. E, aliás, seria demasiado “forçado” imaginar que, enquanto uma lei prévia tipifica o crime (sancionado a respectiva ação delituosa), uma outra, posterior e de igual valor, venha ordenar a sua prática na seara administrativa⁴³⁷.

Isso não quer dizer, entretanto, que o dever de obediência hierárquica não tenha reflexo algum no âmbito da *questio*, porque, de fato, tem (o que se verá quando se analisar acerca de seu *quem*, isto é, *quem* serão as autoridades, dentro da escala hierárquica administrativa, que poderão levar a efeito o poder de rejeição de leis inconstitucionais, praticando o ato administrativo de desaplicação da lei).

O fato é que não se deve sinonimizar “leis manifestamente inconstitucionais” e “leis (manifestamente inconstitucionais) cuja execução signifique a prática de um crime”. Ora, enquanto se poderá co-

⁴³⁶ Cf. Antonino Spadaro, *apud* Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 278.

⁴³⁷ V., sobre o tópico e com fundamentos diversos, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 230.

gitar dessa equivalência para uma lei que determine um policial matar um preso (atentando contra o direito à vida – e à dignidade humana – deste), é certo que ela nada representa, v. g., para uma lei regional que extrapole claramente os limites dos interesses específicos da região, dispondo sobre matéria de interesse nacional (v. g., bases do sistema previdenciário).

Além do mais, reconhece-se que no Direito Português a possibilidade de se verificar uma “inconstitucionalidade formal manifesta” é ainda menor do que no Direito Brasileiro, afinal, aqui se trata de um Estado Federal com inúmeros Estados-membros, todos dotados de competência legislativa reservada, e aonde o Presidente da República (Chefe de Estado e de Governo e responsável pela promulgação da lei) ainda detém uma vasta iniciativa privativa para a elaboração de determinadas leis; competência essa que é eventualmente alvo de usurpação. A centralização do poder legiferante infraconstitucional na AR, Governo e Assembléias Regionais é ponto a favor para a inoccorrência das “leis manifestamente inconstitucionais” no Estado Português. Ademais, também se instituiu neste país uma fiscalização prévia de constitucionalidade como usual consequência do veto presidencial por inconstitucionalidade⁴³⁸; o que não ocorre no Brasil, ainda que o veto tenha por fundamento ocorrência de usurpação de competências ou de afronta ao devido processo legislativo.

Em Portugal, por causa disso, dificilmente um ato normativo que pode estar sujeito à fiscalização prévia da constitucionalidade, quando manifestamente inconstitucional por vício formal *lato sensu*, será posto no ordenamento jurídico, por causa dos efeitos vinculantes da pronúncia do TC pela inconstitucionalidade para o PR e para os MR. Todavia, poderia se cogitar de inconstitucionalidade manifesta no caso, por exemplo, da edição de um decreto-lei pelo Governo que versasse indubitavelmente sobre matéria respeitante à reserva absoluta da AR ou sobre matéria claramente respeitante à reserva relativa, sem

⁴³⁸ Já se afirmou anteriormente que o objeto da fiscalização prévia de constitucionalidade não se identifica com os atos normativos que se sujeitam à promulgação presidencial, havendo exceções a tal regra (v. g. os tratados internacionais que não se sujeitam à promulgação e, via de consequência, ao veto, e os decretos regulamentares, que podem ser vetados, mas não se prestam à fiscalização preventiva).

que tenha havido, entretanto, qualquer autorização legislativa nesse sentido, sendo regularmente promulgado; afinal, verificar-se-ia, na verdade, nessas circunstâncias, usurpação de competências constitucionais.

Entretanto, mesmo diante dessa “segurança agravada” do sistema português contra a implementação de leis manifestamente inconstitucionais, ainda assim tem razão cogitar-se nesta hipótese no âmbito da *questio* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Aliás, há normas do Direito Comunitário (aquelas pertencentes aos *regulamentos*) que são imediatamente aplicáveis na ordem interna portuguesa, sem necessidade de qualquer transformação ou ato formal do Estado Português, nos termos do art. 249º do Tratado de Roma⁴³⁹, em sua atual configuração, interpretado em comunhão com os arts. 7º/6 e 8º/3 da CRP. Fala-se aqui do Direito Comunitário derivado, uma vez que para a incidência desse no Direito Interno, é pressuposta a aplicabilidade prévia do Direito Comunitário primário (tratados constitutivos da União Européia e suas posteriores alterações)⁴⁴⁰. As-

⁴³⁹ “Art. 249º – Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do Tratado, o Parlamento Europeu, em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adoptam regulamentos e directivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres. O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros.” V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 85 e seg.; Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 72 e seg.; e André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual...*, pág. 124 e seg.

⁴⁴⁰ Esta aqui pressuposto o entendimento segundo o qual o Direito Comunitário originário e derivado não tem preeminência sobre o Direito Constitucional, apesar de ter preeminência sobre o direito interno infraconstitucional. Aliás, esse entendimento é corroborado pela existência da fiscalização da constitucionalidade sobre norma constante de tratado internacional (art. 278º/CRP e art. 70º/i/LOTIC), bem como pelo fato da própria Constituição regular a integração do Direito Internacional e do Direito Comunitário (8º/3) na ordem interna. É certo que para tal afirmação, tem-se como ponto de vista a Constituição. Todavia, Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu sentido, Problemas e Limites)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pág. 107, relacionando uma futura Constituição Européia com as Constituições Nacionais, elucida, mais próximo da teoria dualista: “as duas esferas, comunitárias e nacional, são autónomas e multinível, podendo ser olhadas conciliadoramente, através do que já se chamou um “jurisprudência de sistemas”. Podem ter zonas de sobreposição e concorrência em áreas

sim, a Administração Pública do Estado é chamada a aplicar as normas comunitárias, especialmente as que são imediatamente aplicáveis; razão pela qual integram o princípio da legalidade administrativa⁴⁴¹.

Nesse sentido, pode-se cogitar, eventualmente, de um regulamento comunitário que afronte claramente a CRP, seja por restringir direitos ou por ser menos favorável do que o Direito Constitucional⁴⁴²; seja por atentar contra a literalidade de algum outro preceito (v. g. atingindo frontalmente contra o preceito que consagra o domínio público do Estado sobre as estradas, no caso, as nacionais que fazem ligação com o estrangeiro). É certo, entretanto, que o “direito constitucional nacional também se europeizou”⁴⁴³; mas, o que se deve ressaltar aqui é a aplicabilidade imediata do regulamento na ordem interna portuguesa, sem necessidade de qualquer condição específica do

menos definidas e ainda mal arbitradas pelo princípio da subsidiariedade e pelos critérios de atribuição de competências, mas não são, em princípio, contraditórias ou, sequer, competitivas, em relação ao mesmo objecto”. V. diversamente, defendendo a supraconstitucionalidade do Direito Comunitário, que seria pressuposto e condição de sua existência, com base em disposições do Tratado da União e na jurisprudência do Tribunal de Justiça, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual...*, pág. 124 e seg. V. art. 6º do Tratado da União Européia.

⁴⁴¹ Etribando-se no argumento da aplicabilidade imediata do Direito Comunitário, a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), in *IAACS*, Publicação quadrimestral, nº 12, Setembro, 1994, pág. 27, procedeu à fiscalização da conformidade da legislação interna com aquele (registre, de valor normativo inferior ao Constitucional), nos seguintes termos: “Não existe entre nós nenhum mecanismo de fiscalização abstracta da conformidade das leis com o direito internacional (nenhuma instância judicial pode anular ou declarar tais leis “ilegais”), mas existe sempre a possibilidade de fiscalização concreta e incidental, a propósito da aplicação da lei a cada caso. E essa fiscalização, que compete em primeira linha aos tribunais, pode o Governo também fazê-la quando – como sucede neste caso – as normas infringidas são dotadas de efeito directo e não podem por ele deixar de ser plenamente executadas. Havendo conflito entre dois preceitos dotados, ambos, de exequibilidade imediata, todas as autoridades têm o poder e o dever de dar prevalência ao mais altamente colocado na hierarquia das fontes”.

⁴⁴² Cf. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual...*, pág. 129, o princípio do primado do Direito Comunitário é afastado pelo Tribunal de Justiça quando é menos favorável ao particular: “O Tribunal só aceita afastar-se desta tese quando a norma comunitária em questão restrinja direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos do respectivo Estado membro pela sua Constituição”.

⁴⁴³ Cf. Francisco Lucas Piresa, *Introdução...*, pág. 101.

Direito Interno, ou seja, de qualquer ato de transformação, incorporação ou adaptação.

Passando ao exemplo paradigmático, pode-se cogitar, eventualmente, duma lei que autorizasse o Governo a editar um decreto-lei para alterar determinados pontos do diploma que regula o exercício dos direitos dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo (art. 164º/o/da CRP), designadamente como escopo de atualizá-lo às novas realidades.

Evidentemente, não poderia o Governo restringir direitos. Entretanto, em puntual artigo do ato normativo elaborado, o Governo acaba por limitar sensivelmente o exercício de um direito dos militares efetivos. Assim, v. g., enquanto na legislação anterior o direito de petição coletiva não tinha sido alvo de restrição alguma, o decreto-lei veio estabelecer que os militares efetivos podem peticionar, coletivamente, apenas a todos os órgãos de soberania (excluindo os órgãos Administração Pública, portanto). O PR, entretanto, inadvertidamente, com base nas inúmeras e clássicas restrições ao exercício dos militares em serviço já constantes da legislação anterior e no fato de que todos os órgãos de soberania permaneceram como eventuais destinatários das petições coletivas, não chega a vetar o diploma, o qual é devidamente publicado⁴⁴⁴.

Depois disso, contudo, os militares efetivos resolvem apresentar uma petição coletiva a um órgão administrativo das Forças Armadas, na qual reclamam melhores condições de serviço e investimentos nos equipamentos e nas instalações de trabalho. Pretendem, ainda, que seja cientificado o PR, na qualidade de Comandante Supremo das Forças Armadas, acerca da existência da petição e de sua correlativa resposta.

Diante dessa situação fictícia, cuja inconstitucionalidade *formal* (*lato sensu*) do decreto seria hialina, uma vez que se trata de matéria absolutamente reserva à AR e que a suscitada desconformidade poderia ser aferida mediante a comparação da legislação arcaica com o decreto-lei mencionado (na primeira não havia sido estipulada restri-

⁴⁴⁴ Ressalte-se que não obstante, por exemplo, a ausência de votação na especialidade de determinado artigo, a Lei nº 30/92, de 20/10 fora devidamente promulgada pelo PR.

ção qualquer; na segunda, retirou-se a Administração Pública do âmbito do direito de petição coletiva), poderia a petição em causa ser devidamente conhecida pela autoridade administrativa (ignorando esta a disposição do decreto-lei que, nesse particular, vedasse o direito de petição coletiva e o seu conhecimento).

Aliás, veja-se que neste citado caso paradigmático, sequer haveria de se falar em interrupção das atividades administrativas. Entrementes, isso não excluiria a exigência da observância das posteriores providências no sentido de resguardar a juridicidade da atuação da autoridade administrativa (pensa-se ora na notificação do MP).

Nesse sentido, antes mesmo que se levante a questão da aplicabilidade direta do direito de petição coletiva dos militares efetivos, cujo exercício pode ser, contudo, legitimamente restringido (por causa da expressa previsão constitucional – art. 18º da CRP), a inconstitucionalidade do ato normativo seria descortinada pelo seu vício formal *lato sensu*.

O mesmo já não poderia acontecer se, por exemplo, uma determinada autorização legislativa atribuísse ao Governo competência para legislar sobre a “participação das organizações de moradores no exercício do poder local” (art. 165º/r/CRP); mas, não contivesse dados *suficientes* para a perfeita orientação do agente delegado, em desrespeito ao art. 165º/2/CRP (ante lacunosa pré-fixação do sentido da autorização)⁴⁴⁵.

O decreto-lei, então elaborado com base nos dados constantes da lei de delegação e regularmente publicado, encontrar-se-ia ferido de inconstitucionalidade formal (*lato sensu*). Todavia, tal inconstitucionalidade não poderia ser considerada manifesta, uma vez que a lei de delegação teria fixado dados que se poderiam prestar como limite interno da autorização, apesar de sua relativa insuficiência. Além disso, a presença, por si só, da autorização legislativa, com o registro de todos os seus requisitos, poderia levar à pressuposição da legitimidade da atuação governamental.

Neste caso, o juiz constitucional deverá investigar a deficiência da autorização legislativa (inconstitucionalidade), esclarecendo o fato

⁴⁴⁵ V., por exemplo, Ac/TC nº 114/96, julgando inconstitucional, por ofensa ao art. 165º/2 da CRP, determinados artigos do Decreto-Lei nº 487/88.

do decreto-lei ter (ou não) se orientando consoante um rumo próprio. Destarte, não se poderia falar em “inconstitucionalidade manifesta”, clarividente, absoluta, eis que seria relativa a suficiência (ou não) dos critérios atribuídos pela autorização legislativa para guiar o agente delegado.

Passando-se à ilustração duma eventual “inconstitucionalidade material manifesta” e, ainda se tendo em conta o citado critério da “incompatibilidade absoluta” como demonstração de sua “evidência reforçada”, veja-se o que dispõe o art. 105º/1/3 da CRP: “O Orçamento do Estado contém: a) A discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços autónomos; b) O orçamento da segurança social” e “O Orçamento é unitário e especifica as despesas segundo a respectiva classificação orgânica e funcional, de modo a impedir a existência de dotações e fundos secretos, podendo ainda ser estruturado por programas”.

Imagine-se, entretanto, que não obstante o que reza a CRP, a Lei do Orçamento viesse a ser aprovada com conteúdo insuficiente, designadamente por não conter a descrição (integral) das receitas estatais, a qual, nesse sentido, seria apresentada apartada e seguidamente. Assim, após a elaboração dessa complementação, os diplomas normativos são simultaneamente remetidos para promulgação presidencial, esta realizada numa circunstância única.

Numa tal situação, afigurar-se-ia cabível falar-se no “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa (com o fito de preservar o erário público), haja em vista que, para além do conteúdo da Lei Orçamentária não respeitar as determinações constitucionais, fora a mesma formalizada em atos normativos diversos, quando o orçamento deveria ter sido elaborado apenas num só ato legislativo. Sendo assim, tal inconstitucionalidade poderia ser classificada como “manifesta”.

Por fim, resta formular um exemplo paradigmático que envolva o Direito Comunitário derivado imediatamente aplicável na ordem interna portuguesa. Imagine-se, por exemplo que, na atual conjuntura de “guerra internacional contra o terrorismo”⁴⁴⁶, tivesse um Regulamento comunitário determinado às autoridades administrativas nacionais que,

⁴⁴⁶ Fala-se da perseguição aos terroristas, encabeçada pelos EUA, após o ataque de 11/09/2001.

diante de uma denúncia de fidedigna procedência, inclusivamente se oriunda do estrangeiro (EUA, principalmente), implementem, em caráter de urgência, buscas e detenções de suspeitos terroristas (europeus ou de outras nacionalidades), em qualquer horário do dia e/ou da noite, no domicílio apontando na denúncia, independentemente de mandado judicial prévio.

Imagine-se, ainda, que a autoridade policial portuguesa tivesse recebido uma denúncia de inquestionável procedência, apontando fortes suspeitas contra um determinado cidadão, cujo domicílio é conhecido. Ademais, que a denúncia ainda elucidasse que existem suspeitas robustas de que o mencionado cidadão venha a sair do país em exíguo prazo, motivo pelo qual a invasão domiciliar desponta como medida necessária à eficácia da atuação administrativa.

Contudo, a CRP consagra como direito fundamental dos cidadãos a inviolabilidade do domicílio (art. 34º), cujo preceito, aliás, tem aplicabilidade imediata (art. 18º/1). Assim, conforme prevê os nºs 2/3 desse artigo: “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei” e “Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento”.

Numa situação como a delineada, tendo em conta as determinações constitucionais, configurar-se-ia legítima a rejeição administrativa do regulamento comunitário (ainda que, pelo menos, no que toca à parte atinente à desnecessidade do mandado judicial), dando a autoridade administrativa a devida valia à eficácia normativa da CRP. A busca e a prisão do suspeito seriam realizadas nos moldes constitucionais, ainda que estes acarretassem uma eventual ineficácia da atuação administrativa⁴⁴⁷.

Por fim, não obstante o exemplo formulado se relacionar com um preceito constitucional imediatamente aplicável (fato que, por si só, não retira o seu préstimo como paradigma da figura de “leis manifestamente inconstitucionais” no âmbito da *questio*, porque poderia igualmente dizer

⁴⁴⁷ Deixe-se registrado que um exemplo paradigmático semelhante ao elucidado fora elaborado pelo Orientador da presente Dissertação, nas reuniões nas quais se discutia a mesma. Todavia, o Orientador apresentou posicionamento diverso do mencionado no texto, optando por uma solução que atribui maior destaque à eficácia da atividade administrativa.

respeito a uma norma constitucional não diretamente vinculante, ou melhor, para além dos DLG), vem demonstrar que a aplicabilidade imediata e a inconstitucionalidade de determinados atos normativos do Direito Comunitário derivado (regulamentos) pode efetivamente justificar o exercício excepcionalmente legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa nacional; especialmente porque a eficácia normativa destes não carece de qualquer ato jurídico-público a ser elaborado na ordem interna.

5.2. Conclusão

A defesa da “hipótese” atinente às “leis manifestamente inconstitucionais” como hábil a fundar a legitimidade extraordinária do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa baseia-se do princípio do primado da Constituição e na sua eficácia vinculante, própria das normas jurídicas. Tem amparo doutrinal e jurisprudencial. Visa-se, em último termo, com tal *limitado* poder (cujo exercício deve demonstrar ser concretamente necessário) a garantia e o reforço da eficácia normativa constitucional.

Contudo, não se tentou mascarar as dificuldades que rondam a caracterização *abstracta* da “inconstitucionalidade manifesta” e a sua distinção para com a “inconstitucionalidade não manifesta”. Tanto foi assim que alguns critérios foram lançados, com razoabilidade, numa tentativa de auxiliar a descoberta dessa desconformidade clarividente e inequívoca, pondo-se sob a ótica da autoridade administrativa.

Assim, para os específicos efeitos da *questio* referente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, a figura da “inconstitucionalidade manifesta” relaciona-se basicamente com a inconstitucionalidade de leis pós-constitucionais, cuja vigência tenha sido implementada num passado recente e; simultaneamente, de leis formalmente inconstitucionais ou de leis materialmente inconstitucionais, neste caso, por um afrontar preceito constitucional na parte em que não confere qualquer liberdade para conformação do legislador.

Tudo isso porque a interpretação que norteia o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa deve orientar-se pela prudência da restrição: trata-se de corolário de sua excepcionalíssima legitimidade e natureza.

3ª HIPÓTESE

Os Direitos, Liberdades e Garantias. Quando a Dignidade da Pessoa Humana Está em Causa

6. A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS. A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DLG E O “DEVER DE REJEIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS”

6.1. A Aplicabilidade Direta dos DLG, a Dignidade da Pessoa Humana e a Responsabilidade do Estado como Justificativa do “Dever de Rejeição de Leis Inconstitucionais”

A CF dispões, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Por sua vez, a CRP determina, em seu art. 18º/1, de um modo um pouco diferente, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”⁴⁴⁸. Realmente, pela própria concep-

⁴⁴⁸ O artigo 18º/1 da CRP foi inspirado na GG, em seu art. 1º, nº 3. Este artigo dispõe: “1) A dignidade humana é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la. 2) Em consequência, o povo alemão proclama sua adesão aos direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3) Os direitos fundamentais relaciona-

ção dos direitos fundamentais⁴⁴⁹ (direitos pensados para sustar o arbítrio do poder público na esfera individual), “não é habitual um texto constitucional estabelecer, em matérias de direitos fundamentais, a vinculação das entidades privadas, de forma expressa”⁴⁵⁰. Jorge Miranda chega a ressaltar, nesse particular, que a fórmula do art. 18º, nº 1, não tem paralelo noutras constituições⁴⁵¹.

Aliás, provavelmente em decorrência desse “princípio da constitucionalidade reforçado” no âmbito dos Direitos, Liberdades e Garantias (doravante DLG⁴⁵²), dada a eloquência do aludido dispositivo constitucional, frise-se, obrigando claramente o poder público e o “poder privado”⁴⁵³, a maior parte da doutrina portuguesa que se mani-

dos em continuação vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial a título de direito imediatamente aplicável”. *Apud*. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual...*, pág. 861. V., no direito alemão, Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 244 e seg., Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual...*, pág. 83 e seg.; Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., e, Hans Peter Schneider, “Aplicación Directa y Eficacia Indirecta de las Normas Constitucionales”, in *Democracia...*, pág. 71 e seg. Por sua vez, a CF inspirou-se, nesse particular, também na CRP. E apesar da CF não mencionar expressamente a vinculação das entidades privadas, tem-se assim entendido. V. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 78.

⁴⁴⁹ Para uma noção jusnaturalista, internacionalista e estadual do que se poderia identificar por “direitos fundamentais”, V. José Carlos Vieira de Andrade *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 26 e seg. Segundo afirma: “Ora, os direitos fundamentais, tais como entendemos, são verdadeiros direitos ou liberdades, reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias de entre eles, por razões de “humanidade”. São nessa medida direitos de igualdade e não de desigualdade.” Todavia, como salienta José Afonso da Silva, *Curso...*, pág. 157: “A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”.

⁴⁵⁰ Cf. João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Lisboa, 1985, pág. 153.

⁴⁵¹ *Apud* Maria João Estorninho, *A Fuga...*, pág. 233.

⁴⁵² Apontando a irrelevância em se distinguir, perante a CRP, cada uma das categorias da “trilogia direitos, liberdades e garantias”, uma vez que todas elas gozam do mesmo regime jurídico, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 111.

⁴⁵³ Abraçando-se a tese de que a eficácia externa dos direitos fundamentais deve respeitar as desigualdades existentes em determinadas relações jurídico-privadas (de hipossuficiência, de subordinação jurídica, de vulnerabilidade, etc). V., sobre o problema da vinculação dos direitos fundamentais entre os particulares, designado por *Drittwirkung* na doutrina alemã: José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 270

festou sobre a *questio*, negando ou afirmando a competência da autoridade administrativa para rejeitar leis (e decisões jurisdicionais) inconstitucionais, tenha assim procedido dentro da discussão que envolve os DLG⁴⁵⁴.

No Brasil, entretanto, mesmo sob o pálio da “Constituição Cidadã de 1988”, cujo art. 5º possui não menos do que 77 (setenta e sete) incisos, além dos artigos relativos aos “direitos sociais”, dentre os quais o art. 7º, com seus 34 (trinta e quatro) incisos⁴⁵⁵, a doutrina e a jurisprudência não se limitaram a tratar a *questio*, ainda de que de modo perfunctório, é certo, no âmbito dos “direitos e garantias fundamentais” ou dos “direitos individuais e coletivos” (doravante, apenas para facilitar, também DLG)⁴⁵⁶. Aliás, diversamente do que se verifica em termos de Direito Comparado⁴⁵⁷, a CF ampliou o campo do preceito constitucional referente à “aplicabilidade direta” dos direitos fundamentais, nele sendo também inseridos os usualmente intitulados “direitos sociais ou prestacionais”.

De fato, consoante alinhavado no tópico precedente sobre as “leis manifestamente inconstitucionais”, não há como restringir o debate sobre o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade

e seg.; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 1205 e seg. V. tb., Ac/TC nº 198/95. V., na doutrina alemã, Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 281, e “Significado de los derechos fundamentales”..., pág. 106 e seg.

⁴⁵⁴ V., por exemplo, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 418 e seg.; José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, pág. 260 e seg.; João Caupers, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 155 e seg.; e Maria da Assunção Andrade Esteves, *A Constitucionalização...*, pág. 242; Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado...*, pág. 148 e seg.; e *O Poder de Substituição...*, pág. 528 e seg.; Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da imparcialidade...*, pág. 145 e 146; e Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 479 e seg.

⁴⁵⁵ V., apontado, contudo, a falta de rigor científico do Constituinte em arrolar inúmeros direitos fundamentais no art. 5º da CF, o que prejudicaria a sua perfeita interpretação, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 70.

⁴⁵⁶ V., por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, pág. 289; e “O Poder Executivo e o Poder Legislativo...”, pág. 41 e seg., Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 388 e seg.; Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 317; e Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 236 e seg.

⁴⁵⁷ V. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 311, nota, fazendo alusão a alguns artigos análogos aos artigos 5º, parágrafo 1º, da CF e 18º/1 da CRP nas Constituições alienígenas.

administrativa na seara dos DLG, ou seja, apenas quando em causa um direito, liberdade ou garantia imediatamente aplicável e auto-exequível; ignorando-o quando outras normas constitucionais sejam igualmente alvo de possíveis afrontas por parte do legislador ordinário⁴⁵⁸.

Ora, a força normativa da Constituição, enfim, a sua validade e eficácia jurídica, não se restringem à aplicabilidade imediata dos preceitos consagradores dos DLG. Todas as normas constitucionais, mesmo as (“quase mortas e enjeitadas”) normas programáticas⁴⁵⁹, são dotadas de eficácia e aplicabilidade, ainda que em variados graus de intensidade⁴⁶⁰. Sendo assim, as entidades públicas e, por conseguinte, as entidades administrativas, não estão vinculadas imediatamente à Constituição somente no que toca às normas relativas aos direitos fundamentais (Pense-se diretamente, por exemplo, nas próprias normas constitucionais definidoras dos princípios fundamentais da Administração Pública, para além das normas constitucionais organizatórias dos órgãos de soberania e dos entes componentes do “Estado Complexo”, das normas constitucionais instrumentais)⁴⁶¹. Via de consequência, não poderia o tratamento da *questio* ficar adstrito às normas constitucionais atinentes aos DLG.

Entretanto, se de fato não pode ser assim (tanto é que, como se disse, pregou-se a hipótese das “leis manifestamente inconstitucio-

⁴⁵⁸ V., tb. assim, João Caupers, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 155.

⁴⁵⁹ V. o Prefácio de J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, além de seu *Direito Constitucional...*, pág. 1105.

⁴⁶⁰ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 256 e seg.; Ingo Wolfgang Sarlet, *a Eficácia...*, pág. 242; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 43.

⁴⁶¹ Nesse particular, portanto, concorda-se com Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 171, não obstante não se tratar, na presente dissertação, de um poder genérico de fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis e de um poder de rejeição de leis inconstitucionais também em termos amplos. O Autor não limita a sua exposição às normas constitucionais consagradoras dos DLG. V. Konrad Hesse, *A Força...*, pág. 27. Cf. Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 261: “Tem sido uma constante do meu pensamento a consideração das normas constitucionais como normas dotadas, por maiores especialidades que possuam, da eficácia própria das demais normas jurídicas. Regendo o Estado-poder e o Estado-comunidade, conformando todas as actividades públicas e estabelecendo direitos e deveres dos cidadãos, seria inconcebível confiá-las a uns tantos oráculos de recrutamento corporativo ou partidário”.

nais” como hábil a legitimar excepcionalmente o “poder de rejeição” pela autoridade administrativa, com objetivo de, dessa forma, viabilizar, na seara administrativa, uma efetividade mais ampla das normas constitucionais, consideradas em seu conjunto); de outro lado, também é escorreito que o art. 18º/1 da CRP e o art. 5º, parágrafo 1º, da CF não podem ser interpretados como uma mera e inútil reafirmação do princípio da constitucionalidade. Não é, obviamente, esse o significado da “aplicabilidade imediata”.

6.1.1. A Aplicabilidade Direta dos DLG⁴⁶²

Com efeito, a Constituição pretende com isso robustecer a sua força jurídica e ordenar a perfeição de sua normas, no particular dos DLG⁴⁶³. Assim, aceita-se que, “com este princípio, se reafirma o caráter jurídico e não proclamatório, preceptivo e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, clarifica-se a noção de que os direitos em causa se fundam na Constituição e não na lei”⁴⁶⁴. Fala-se, por isso, que o princípio da aplicabilidade imediata não obedece o “rigorismo” do princípio da hierarquia das fontes⁴⁶⁵; principalmente porque as “as citadas normas sobre direitos fundamentais seriam aplicáveis ‘contra a lei e em vez da lei’”⁴⁶⁶.

Decerto, corroborando, o princípio da aplicabilidade direta das normas comunitárias no Direito interno português (art. 8º/3 da CRP) tem realmente sentido análogo, uma vez que acarreta a desaplicação, na esfera nacional, das normas nacionais contrárias às oriundas do

⁴⁶² Tem-se discutido na juspublicística se a aplicabilidade se refere aos preceitos constitucionais que consagram os DLG (nos termos da letra da CRP e da CF) ou se dizem respeito ao direito em si. Sem se aprofundar nessa contenda, entende-se, por razões de dogmática constitucional, históricas e de Direito Comparado, que a aplicabilidade pode se referir ao direito em si mesmo. V., defendendo posição consoante a letra da CRP, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 237. V., defendendo a segunda posição: Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 436.

⁴⁶³ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 256.

⁴⁶⁴ Cf. Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 480.

⁴⁶⁵ Cf. Pedro Maria Godinho Vaz Patto, *Ibidem*, pág. 483.

⁴⁶⁶ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, pág. 534, com base em argumentos de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira.

Direito Comunitário, isso não obstante se considerar que este tem valor jurídico inferior ao do Direito Constitucional do Estado⁴⁶⁷.

Nesse sentido, a eficácia dos direitos ora tratados é retirada imediatamente da Constituição, independentemente da “vontade” do legislador infraconstitucional; razão pela qual se pode dizer que eles possuem um “maior vigor” constitucional. A intermediação do legislador ordinário, apesar de salutar em inúmeros aspectos e, em outros, até mesmo necessária, não pode servir de escusa para a incapacidade das normas constitucionais relativas aos DLG incidirem nas relações jurídicas, uma vez que o conteúdo do direito é determinado (ou pode ser determinável) mediante a interpretação da Constituição. Consoante a argumentação de Jorge Miranda isso ocorre em relação às chamadas “normas constitucionais exequíveis por si mesmas”⁴⁶⁸.

Não se deve com isso, contudo, pensar simplesmente que a cláusula da “aplicabilidade imediata”, como num toque de mágica, é apta a operar sempre a “transformação destes – direitos fundamentais – em direitos subjectivos, concretos e definitivos”⁴⁶⁹. Na realidade fática, o gozo de alguns dos direitos, ainda que de “abstenção” (também deno-

⁴⁶⁷ Cf. Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas ...”, pág. 496. Contrariamente, pregando a supraconstitucionalidade do direito supranacional sobre o direito constitucional português, V. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual...*, pág. 124 e seg.

⁴⁶⁸ Cf. o entendimento de Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 312 e seg., há que se distinguir, dentre as normas atinentes aos direitos, liberdades e garantias, as normas exequíveis por si mesmas e normas não exequíveis por si mesmas. Exemplos destas seriam as normas constitucionais que utilizam fórmulas análogas à expressão “nos termos da lei”; “conforme a lei”. As normas exequíveis por si mesma não carecem de concretização legislativa, razão pela qual o legislador ordinário que eventualmente venha dispor sobre as mesmas apenas as regulamenta (não acrescenta nada de substancial ao direito), apesar dessa intervenção ser muitas vezes útil para proporcionar condições seguras para o exercício do direito. As normas não exequíveis por si mesma, por sua vez, carecem de uma densificação legislativa (o legislador ordinário as concretiza, acrescentando algo que é essencial ao direito).

⁴⁶⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 412. Tb. assim Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 244, este ainda lembrando que na esfera do poder judiciário, por causa do princípio da separação de poderes, nem sempre o juiz poderá fazer às vezes do legislador, definindo um direito (ou os modos de seu exercício), no caso concreto, sem o devido respaldo normativo. V., tb. Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 436 e 437.

minados “direitos de defesa”), podem carecer de uma ação pública⁴⁷⁰. Por isso, “o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (...), de acordo com a regra do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é da norma de direito fundamental em pauta”⁴⁷¹.

Todavia, por causa disso, não se pode subestimar a regra da “aplicabilidade direta” dos DLG; ao reverso, deve-se mesmo, em face da expressa determinação da Constituição (implícita quanto às demais normas constitucionais) superestimar tal eficácia normativa; vinculando mais estritamente (e mais intimamente) as entidades públicas às normas respeitantes aos DLG.

Realmente, a regra da “aplicabilidade imediata” dos preceitos atinentes aos DLG, seja na CRP, seja na CF, carrega em si também um comando de otimização para o Estado-Administração⁴⁷². Este deve garantir e viabilizar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais: tanto no momento da sua interpretação, como no momento da sua execução. Por certo, isso não só em relação aos DLG; mas, designadamente, em relação aos direitos denominados prestacionais ou sociais. Relembre-se que se está mesmo sob as “vagas da racionalização, da eficácia e do não conformismo”, no sentido de aperfeiçoar e melhorar as atividades; o que não poderia ser diferente quando em causa os direitos fundamentais, sustentáculo do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Mas, continuando, se efetivamente a “aplicabilidade direta” acarreta um *plus* às normas constitucionais atinentes aos DLG em comparação com as demais, é de se intuir que disso advirão efeitos para a *questio* acerca do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. O “poder de rejeição” não se transformará aqui em “dever de rejeição das leis inconstitucionais”, quando

⁴⁷⁰ V. Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 482; lembrando da intervenção legislativa para organizar o processo e os meios da ação pública quando em causa os direitos políticos.

⁴⁷¹ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 246.

⁴⁷² V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 247 e seg.; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 245. Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 392: “Também os direitos fundamentais desempenham uma função constitutiva na estrutura política”.

em causa uma grave afronta aos DLG?⁴⁷³ É o que se pretende demonstrar como consequência dessa “vinculação imediata” das autoridades administrativas (leia-se vinculação imediata como uma vinculação constitucional direta, preferencial e mais robusta em relação às normas respeitantes aos DLG)⁴⁷⁴; do papel substancial que os direitos fundamentais desempenham no Estado Democrático de Direito, especialmente fundado na dignidade da pessoa humana e, ainda, da responsabilidade que compete às entidades públicas; designadamente, no que diz respeito à guarda dos DLG (art. 22º da CRP e art. 37º, § 6º, da CF). Afinal, como bem elucida Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A responsabilidade é a marca fundamental do Estado Contemporâneo”⁴⁷⁵.

Entretanto, para tanto, dever-se-á esclarecer quais são as leis inconstitucionais que justificam o exercício do “poder (ou melhor, do dever) de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa e as peculiaridades dos direitos que estariam inseridos dentro dessa hipótese.

⁴⁷³ Ao que parece, também apontando na direção de um “dever de rejeição”, tem-se: Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, pág. 536: “diante de um qualquer acto inconstitucional ostensivamente violador da essência de direitos, liberdades e garantias, a Administração não pode aplicar tal acto e deixar para um eventual controlo dos tribunais a sua anulação, antes deve rejeitar a respectiva aplicação”. – g. n.

⁴⁷⁴ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 326: “A Administração não pode restringir, mas pode (e deve), no âmbito das suas competências, proteger, promover e concretizar, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias. Não é então uma actividade de execução da lei, mas de execução (vinculada) da Constituição”.

⁴⁷⁵ *In Princípios Constitucionais...*, pág. 253. Ainda acrescenta, às pág. 254: “A responsabilidade é, pois, princípio embaçador do sistema jurídico democrático... O princípio da juridicidade, que se conjuga com o da responsabilidade, tem, hoje, conteúdo mais extenso e vivo do que jamais teve... Não se há cogitar de Estado Democrático de Direito sem que compareça no sistema jurídico – em sua formalização e em sua aplicação – o princípio da responsabilidade estatal.” E às pág. 261: “Democracia é o outro nome de responsabilidade, de adequação de comportamentos sociais e estatais ao direito legitimamente posto como instrumento de proteção dos indivíduos e seu fiel cumprimento e execução”. Ressalta, ademais, às pág. 292: “A inclusão do princípio da responsabilidade do Estado no capítulo da Administração Pública, mesma sede constitucional onde se definiu a principiologia administrativa, não pode ser considerada sinal de que a responsabilidade estatal deixa de ser considerada direito constitucional fundamental do indivíduo”.

Evidentemente, fala-se de leis *materialmente* inconstitucionais. Nesse sentido, acaso a lei não seja compatível com a CRP, por não ter observado o devido processo legislativo em matéria de DLG (tal como ocorreria, por exemplo, se um decreto-lei, devidamente promulgado pelo PR, viesse dispor sobre determinado DLG, sem que tenha havido prévia autorização legislativa do AR; ou se um regulamento administrativo viesse a restringir DLG, em afronta aos arts. 18º e 165º da CRP), haveria de se invocar então o argumentado acerca das leis manifestamente inconstitucionais; isso, evidentemente, desde que essa tal desconformidade formal (em sentido amplo) pudesse ser enquadrada como “manifesta”.

Ademais, se tratar-se de direitos fundamentais cujas normas não possuam aplicabilidade imediata, nos termos do art. 18º/1 da CRP e do art. 5º, parágrafo 1º, da CF, já não será o caso do “dever de rejeição de leis inconstitucionais”, fato que não exclui o cabimento excepcional do “poder de rejeição”, conforme o então elucidado noutros tópicos.

Quanto ao regime jurídico específico dos DLG, importa sublinhar as diferenças que se fazem notar, nesse particular, entre a CF e CRP, afinal, esta abraçou um regime ainda mais garantístico⁴⁷⁶.

De fato, o art. 18º da CRP, para além daquele transcrito dispositivo, ainda determina, em seu nº 2 que “a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Ainda, em seu nº 3, que as “leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo

⁴⁷⁶ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia ...*, pág. 72: “Importante lacuna deixada pelo Constituinte diz com a ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que, na verdade, não encontra maior justificativa, já que não faltaram exemplos concretos e de ampla aceitação no direito comparado. Aqui cumpre lembrar, pela sua importância, as Constituições Alemã (1949), Portuguesa (1976) e Espanhola (1978). A proteção do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa (restrições somente mediante leis no sentido formal) teriam sido categorias que, uma vez tendo recebido roupagem nacional, se revelariam extremamente benéficas, servindo como elementos para um tratamento científico e uniforme da matéria”.

essencial dos preceitos constitucionais”⁴⁷⁷. Isso sem olvidar, por exemplo, que os DLG ainda pertencem ao rol de cláusulas pétreas da CRP (art. 288º/d); que foi literalmente garantido o direito de resistência dos indivíduos contra as ordens que ofendam os seus DLG (art. 21º) e que se trata de matéria respeitante à reserva relativa da competência legislativa da AR (art. 165º da CRP – reserva relativa de lei parlamentar). Por isso, fala-se que há uma diversidade de regimes dos direitos fundamentais na CRP: um geral (aplicável a todos direitos fundamentais) e um outro específico dos DLG (os quais são, por princípio, direitos de defesa)⁴⁷⁸.

Diversamente, com exceção dos fatos de que os “direitos e garantias individuais” também estão a salvo do Constituinte derivado (art. 60, § 4º, inciso IV)⁴⁷⁹ e de que há particularidades quanto à suspensão de determinados direitos no Estado de sítio e no Estado de defesa (art. 136 e seg.), a CF não prevê, *expressis verbis*, uma “disciplina jurídico-constitucional específica para a categoria dos direitos fundamentais”⁴⁸⁰, em analogia àquele que vigora em Portugal; mormente com fundamentos nos princípios da proporcionalidade, da generalidade e da irretroatividade das leis restritivas. Aliás, é mesmo lugar comum no Direito brasileiro o tratamento de matéria respeitante

⁴⁷⁷ V. tb. arts. 29º e 103º da CRP.

⁴⁷⁸ Para um melhor esclarecimento sobre o regime geral dos DLG na CRP, V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 389 e seg. Conforme o mesmo Autor, *Ibidem*, pág. 411, são as particularidades do regime específico: (1) aplicabilidade direta das normas; (2) vinculatividade de entidades públicas e privadas; (3) reserva de lei para a sua restrição; (4) princípio da autorização expressa para a sua restrição; (5) princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas; (6) princípio da generalidade a abstração das leis restritivas; (7) princípio da não retroatividade das leis restritivas; (8) princípio da salvaguarda do núcleo essencial; (9) limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência; (10) garantia do direito de resistência; (11) garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas; (12) garantia perante o exercício da ação pena e da adoção de medidas de política; e (13) garantia contra as leis de revisão restritivas do seu conteúdo.

⁴⁷⁹ Existe ainda uma discussão doutrinária acerca da eventual distinção entre os “direitos e garantias individuais” protegidos do Constituinte derivado pelo art. 60, da CF, e os “direitos e garantias fundamentais” dispostos no Título II da CF.

⁴⁸⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 411.

aos direitos fundamentais (em geral) através de medidas provisórias presidenciais (art. 62, da CF)⁴⁸¹.

Isso não quer dizer, entretanto, que uma tal disciplina não esteja constitucionalizada implicitamente. Veja-se, por exemplo, o art. 5º, incisos XXXVI e XL, respectivamente, no sentido de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada” e “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; além do art. 150, inciso III, alínea b), parágrafo 1º, através dos quais, por interpretação, poderia cogitar-se num princípio geral da irretroatividade das leis restritivas; isso sem esquecer o princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica⁴⁸². O fato, contudo, é que o Constituinte não fez dele um princípio constitucional expresso; e, portanto, a interpretação da Constituição há de prevalecer para tanto.

Em todo caso, a salvaguarda do núcleo essencial dos DLG não se mostra discutível, sob pena de se abrir uma fenda para uma eventual aniquilação dos próprios direitos fundamentais, o que não se apresenta cabível num Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF).

⁴⁸¹ Com efeito, atualmente, a consagração de um regime jurídico específico para os direitos fundamentais na CF tem mesmo mostrado ser medida da maior urgência. Isso porque, a corrente utilização pelo PR de medidas provisórias tem posto o ordenamento jurídico brasileiro em estado de caos e demonstrando ofensiva aos direitos fundamentais. Sem avançar demasiado sobre o assunto, que extrapola os contornos da *questio*, vale ressaltar a Medida Provisória 2.198-4, de 27 de Julho de 2001 (este número se refere à sua última edição, porque ela já fora reeditada mais de 4 vezes), que estabelece diretrizes para o programa de enfrentamento da crise de energia elétrica, vulgarmente denominada de “MP do Apagão” (agora já declarada constitucional pelo STF, não obstante os seus contínuos ataques doutrinários). A MP havia previsto, inicialmente, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, inciso XXXII, da CF, concretizado pela Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990) para as relações estabelecidas para com as prestadoras de energia elétrica e a cominação de multas desproporcionais aos consumidores, e ainda prevê a suspensão da prestação do serviço público acaso o consumidor não reduza o seu gasto energético aos patamares (demasiado desarrazoados) por ela fixados. Além disso, não tem caráter abstrato.

⁴⁸² Tb. na GG não há previsão expressa para a não irretroatividade das leis restritivas dos direitos fundamentais. Contudo, há para a previsão no que tange à lei penal, entendendo a doutrina que o princípio vale para as leis que estabeleçam sanções em matéria econômica. V. Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 89.

Em vista do objetivo supracitado, apreciar-se-á, a especial significação da “vinculação das entidades administrativas aos DLG” para a *questão* e os caracteres dos direitos fundamentais que fazem jus a esse tratamento mais vigoroso, baseado na regra da “aplicabilidade imediata”.

Efetivamente, em ambas as Constituições *sub examine*, nem todos os direitos fundamentais expressamente inseridos como “direitos, liberdades e garantias” ou como “direitos e garantias fundamentais” possuem a mesma eficácia normativa⁴⁸³ e pressupõem atitudes de mesma natureza por parte do Estado (via de regra, abstencionistas)⁴⁸⁴; o qual, aliás, deixou de ser o seu único sujeito passivo⁴⁸⁵. Além disso, o rol também não é taxativo: a Constituição é “sistema aberto de regras e princípios” principalmente em termos de DLG (refere-se aos “direitos fundamentais de natureza análoga”, mencionados no art. 17º da CRP, ao art. 16º da CRP e ao art. 5º, § 2º, da CF⁴⁸⁶). Em suma, conforme elucida Vieira de Andrade, “o conjunto dos direitos fundamentais não é apenas *vasto*, mas também *heterogêneo*”⁴⁸⁷.

Por isso, há que se descortinar, *especialmente* para o propósito aqui visado (qual seja, reitere-se, o de legitimar, em termos extraordinários, o “poder – aqui particularmente um ‘dever’ – de rejeição de

⁴⁸³ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 248: “a graduação da carga eficaz dos direitos fundamentais depende, em última análise, de sua densidade normativa, por sua vez igualmente vinculada à forma de proclamação no texto e à função precípua de cada direito fundamental”.

⁴⁸⁴ Isso porque, conforme chama atenção J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 375: “a constituição qualifica, expressamente, como direitos, liberdades e garantias, direitos positivos a ações ou prestações do Estado...”. Ressalte-se que na CF, até mesmo os direitos sociais foram inseridos nos âmbito da regra da aplicabilidade imediata.

⁴⁸⁵ Cf. Konrad Hesse, “Significado de los derechos...”, pág. 94, pode ser muito mais ameaçador para a liberdade humana os poderes não estatais.

⁴⁸⁶ Este parágrafo 2º, do art. 5º, da CF dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal regra encontra também semelhante formulação nas Constituições argentina, peruana, guatemalteca e venezuelana. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 82.

⁴⁸⁷ In “Direitos e Garantias Fundamentais”, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional – 1976 – 1987*, coord. Mário Baptista Coelho, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989, pág. 686.

leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa), os traços básicos de tais direitos fundamentais, cujas normas são imediatamente aplicáveis e que, nesse sentido, *deverão* fazer valer essa especial eficácia normativa contra aquela provinda da norma editada pelo legislador ordinário.

Vê-se, novamente, que a interpretação a ser dada, nesse particular, relativamente às normas constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais, não pode ser demasiada extensiva, decorrência da própria natureza excepcional do poder/dever que se pretende legitimar. Ora, não se pode mesmo perder de vista que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa (considerado em termos gerais) não é ordinário, muito menos inerente à função administrativa a qual se visa, em últimos termos, concretizar eficazmente. Assim, também para o caso peculiar do “dever de rejeição”, levado a efeito para salvaguardar os DLG, sob pena de em últimos termos macular o princípio constitucional da separação dos poderes e, ato contínuo, a competência constitucional dos tribunais em matéria de fiscalização da constitucionalidade e de proteção dos direitos fundamentais. Daí porque Paulo Otero registra, e bem, a transformação da Administração Pública em “guardiã intermediária” dos direitos fundamentais, chamando a atenção para a disposição literal do art. 133º/2/d do CPA⁴⁸⁸.

Assim, inicialmente, considerar-se-ão, para efeitos da *questio*, apenas os direitos fundamentais formalmente constitucionais, isto é, aqueles que possuem assento constitucional (incluindo-se os “direitos fundamentais de natureza análoga”). A uma, porque do que se está a falar é de uma força vinculante que se irradia diretamente das normas constitucionais (e daí a sua robustez). A duas, porque tanto a CRP, como a CF possuem um catálogo bastante extenso de direitos fundamentais (também decorrentes, evidentemente, dos princípios fundamentais em que se funda o correlativo Estado Constitucional), sendo até pouco provável se cogitar num direito fundamental (especialmente “de defesa”), oriundo de um tratado internacional, que não possa ser

⁴⁸⁸ In *O Poder de Substituição...*, pág. 537. O art. 133º/2/d do CPA dispõe: “2. São, designadamente, actos nulos: d) Os actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental”.

extraído diretamente das normas constitucionais⁴⁸⁹. E, finalmente, porque a definição dos designados “direitos apenas materialmente constitucionais”, bem como do seu respectivo regime jurídico, não estão ilesos de dúvidas e controvérsias⁴⁹⁰. Isso não quer dizer, por certo, que não se deve levar em consideração, na interpretação dos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais, o estabelecido em tratados internacionais (art. 8º e 16º da CRP e art. 5º, parágrafo 2º da CF)⁴⁹¹; mas, apenas que para os efeitos da *questio*, o direito fundamental em si mesmo considerado deve ter a sua fonte na Constituição.

Aliás, no que diz respeito à CRP, a doutrina portuguesa tem entendido que o critério da *determinabilidade* dos preceitos constitucionais é o que distingue os direitos fundamentais de natureza análoga dos outros que não fazem jus ao regime específico dos DLG (nomeadamente dos “direitos sociais”)⁴⁹². Assim, se a norma constitucional possui uma densidade normativa tal (também relacionada com a forma de sua proclamação no texto constitucional), com a qual o conteúdo do direito está determinado (ou pode ser, por meio da interpretação da Cons-

⁴⁸⁹ Fala-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem. V. art. 6º do Tratado da União Européia: “1. A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros. 2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como garante os garante a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário. 3. A União respeitará as identidades nacionais dos Estados-membros. ...”.

⁴⁹⁰ V., a título de exemplo, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 380, fazendo uso das elucidações formuladas por Marnoco e Sousa. Cf., tb., Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 84: “Outra questão crucial decorrente da abertura material do catálogo reside na dificuldade em identificar, no texto constitucional (ou mesmo fora dele), quais os direitos – ... – que efetivamente reúnem condições para poder ser considerados materialmente fundamentais”.

⁴⁹¹ V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 226.

⁴⁹² V. José Carlos Vieira de Andrade, “Direitos e garantias fundamentais”, pág. 692. Este também seguido por José Casalta Nabais, “Os Direitos na Constituição Portuguesa”, *BMJ*, nº 400, 1990, pág. 22. De um modo um pouco mais completo, V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 211, aqui acrescentando ainda o relacionamento do direito fundamental de natureza análoga à idéia de dignidade da pessoa humana.

tuição), estar-se-á frente a um “direito fundamental de natureza análoga”. Ou seja, deve haver a dispensabilidade da *interpositio legislatoris* relativamente à essência do direito fundamental. Tal critério pode ser da mesma forma aplicado em relação aos direitos fundamentais que permanecem dispersos pelo texto da CF, porquanto, trata-se aqui do pressuposto dos preceitos constitucionais imediatamente aplicáveis.

Além disso, fazendo uso dos ensinamentos de Jorge Miranda, não serão consideradas no âmbito da *questio* como normas constitucionais “exequíveis por si mesmas” aquelas que rogam expressamente uma densificação legislativa (ou seja, uma concretização por parte do legislador ordinário)⁴⁹³. Nesse caso, considera-se que o direito fundamental somente se aperfeiçoa, em seu conteúdo e eficácia plena, me-

⁴⁹³ *In Manual...*, IV, pág. 316. Tal linha doutrinária também possui adeptos no Brasil, sendo o caso de Celso Ribeiro Bastos e José Afonso da Silva, este, aliás, precursor. V., de sua autoria, a monografia *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, aqui falando em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. Na obra *Curso...*, pág. 161, resume: “A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais depende muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais.” O STF também dá guarida a este posicionamento, não obstante as críticas tecidas por parte da doutrina no sentido de que o tribunal deve conceder maior eficácia possível aos direitos fundamentais. V. Mandado de Injunção nº 20-4 DF, cuja decisão afirmou: “Direito de Greve no Serviço Público: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição... O exercício do direito público só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional”. (in DJU de 22.11.1996, Ementário nº 1851-01, disponível também na *homepage* do STF: www.stf.gov.br). Sobre essas referidas críticas doutrinárias, que para esse julgado específico, entende-se serem procedentes, V. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, págs. 247 e 251.

diante a *interpositio legislatoris*. Não haveria, destarte, como se falar em aplicabilidade direta da norma constitucional; o que é mesmo dizer, sem “auxílio” da lei infraconstitucional.

Ademais, para efeitos da *questio*, também se levará em conta a clássica dicotomia entre “direitos de defesa” e “direitos prestacionais”; isso não obstante se tratar de uma distinção apenas relativamente es-correita⁴⁹⁴.

Sendo assim, com relação ao Direito português, aqueles estão inseridos, via de regra, no título da CRP relativo aos DLG (salvo os direitos fundamentais de natureza análoga), enquanto, os últimos, designadamente no título relativo aos “direitos econômicos, sociais e culturais” (DESC). Por sua vez, na CF, os primeiros encontram-se substancialmente alinhavados no capítulo atinente aos “direitos e deveres individuais e coletivos” e, os demais, no tópico dos “direitos sociais”.

Isso porque, em breves termos, os usualmente denominados “direitos de defesa” rogam, via de regra, uma atitude abstencionista por parte do Estado (negativa ou não intervencionista). Realmente, tal como são hoje concebidos juridicamente, são originários do Liberalismo (isso no que diz respeito aos direitos fundamentais de 1ª dimensão⁴⁹⁵) e, por conseguinte, do culto da separação Estado – Sociedade. Classicamente, são representados pelo direito à vida e à integridade física, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança; à identidade. Acresça-se, contudo, os direitos de participação política.

Pela sua própria natureza e concepção, não carecem de um esforço extraordinário (fala-se em aspectos materiais) para a sua concretização, afinal, em primeira linha, o que esses “direitos à omissão” visam é manter uma certa distância entre a esfera da sociedade e a eventual ação arbitrária e restritiva do Estado. Não é, portanto, difícil

⁴⁹⁴ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 193. Às pág. 189, o Autor retrata o direito subjetivo fundamental como sendo um “feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas”.

⁴⁹⁵ Acerca da classificação entre direitos fundamentais de 1ª dimensão, 2ª dimensão, 3ª dimensão e 4ª dimensão, V., como exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 46 e seg.; e José Casalta Nabais, “Os Direitos na Constituição...”, pág. 19.

de se compreender, em termos históricos, a preocupação com as mal-sinadas “leis restritivas dos DLG” e a razão de ser dessa “aplicabilidade imediata” dos DLG.

O reverso já se verifica em relação aos “direitos sociais” (tais como: direito à educação, à saúde; ao trabalho, ao esporte, à habitação, à aposentadoria *etc*). Estes já finalizam uma atitude comissiva por parte do Estado, uma intervenção no sentido de concretizar a Justiça Social (o que pressupõe, por certo, a aplicação de recursos financeiros, donde surge a problemática acerca da vinculação do Estado na medida da “reserva do possível”⁴⁹⁶). A definição do conteúdo desses direitos e a sua concretização não conseguem ser satisfeitas apenas através do Constituinte. Em face disso, os preceitos constitucionais respectivos têm uma densidade normativa reduzida comparativamente aos preceitos consagradores dos “direitos de defesa”. O legislador ordinário beneficia-se de uma liberdade de conformação ampla, não obstante a produção de medidas concretizadoras não ser posta à sua livre disponibilidade, uma vez que lhe compete otimizar a força vinculante dessas normas e, via de consequência, a eficácia dos direitos⁴⁹⁷. Vê-se, destarte, que a interpretação do art. 5º, parágrafo 1º, da CF não pode ser abstraída desses fundamentos⁴⁹⁸.

Nesse sentido, por princípio e no âmbito da *questio*, para que a ofensa dos DLG faça justificar o “dever de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, o direito em afronta deve ter

⁴⁹⁶ V., a título de exemplo, sobre a “reserva do possível”, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 261; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 451.

⁴⁹⁷ V. Ac./TC nº 39/84, que diz respeito à parcial desativação do Serviço Nacional de Saúde, publicado no DR, I série, de 05 de Maio de 1984. V., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 451 e seg.

⁴⁹⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “¿Revisar la/o Romper...”, pág. 18, ou “Prefácio” da *Constituição Dirigente...*, pág. V e seg., tendo em vista exatamente a Constituição brasileira de 1988: “O problema não está na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, senão na prolongação não sustentável da força normativa direta das normas constitucionais a situações necessariamente carentes da *interpositio legislativa*. É o que ocorre, a nosso modo de ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrada no art. 5º/LXXXVII/1º, da Constituição brasileira a todos os direitos e garantias fundamentais com o objeto de abarcar indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais”.

amento constitucional, pressupor uma atitude essencialmente “de respeito” por parte do Estado⁴⁹⁹ e, para o caso da norma constitucional correlativa, dispensar a *interpositio legislatoris*, ao menos relativamente à definição do conteúdo do direito (sua essência ou núcleo essencial), o qual se pressupõe aperfeiçoado. O preceito constitucional é, por isso mesmo, auto-aplicável, auto-suficiente, exequível por si mesmo, *self-executing*⁵⁰⁰.

6.1.2 A Vinculação das Entidades sob Formas Jurídico-Privadas de Organização/Atuação aos DLG

Passar-se-á, a partir de agora, explicitar a “vinculação *sobre as – e quais – autoridade administrativas*” aos preceitos constitucionais referentes aos DLG. Na verdade, o que se pretende com isso é verificar se e em que termos a Administração Pública sob formas jurídico-privadas (de organização e de atuação) encontra-se subordinada diretamente aos DLG (ou seja, se está vinculada e, em caso positivo, se igualmente ou diversamente vinculada); uma vez que o sentido dessa vinculação já fora anteriormente exposto⁵⁰¹.

De fato, consoante já aduzido em capítulo precedente, a Administração Pública tem hodiernamente várias faces, muitas delas privadas, estando igualmente submetida a um regime jurídico plenamente privado ou ainda que considerado de modo predominante (tal como o chamado *Direito Privado Administrativo*, ou melhor, *Direito Administrativo Privado*)⁵⁰². Com efeito, o Direito caminhou para um está-

⁴⁹⁹ Para uma análise da teoria dos *status* de Jellinek acerca dos direitos fundamentais, V. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 446; e Robert Alexy, *Teoria...*, pág. 247 e seg.

⁵⁰⁰ V. Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 481 e seg.

⁵⁰¹ Sobre o tópico, V. Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 218 e seg.

⁵⁰² Cf. Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, pág. 150, a palavra alemã *Verwaltungsprivatrecht*, deve ser traduzida para “Direito Administrativo Privado”; expressão que mais que mais se coaduna com o sistema de Direito Administrativo originário da Revolução Francesa e que não apresenta como característica o “princípio da liberdade de eleição entre o Direito Público e o Direito Privado”, como é peculiar do Direito germânico. Sobre as razões jurídico-históricas que estão na base desse princípio do Direito Administrativo Alemão, mais detalhadamente, V. *Ibidem*, págs. 96 e seg. Com efeito, na Alemanha, o *Verwaltungsprivatrecht* surge como um instrumento

gio tal em que não mais se afigura hialina a distinção entre os campos do Direito Público e o do Privado e, a condensação de ambos parece se despontar como inevitável⁵⁰³.

Contudo, a apontada “Fuga para o Direito Privado” nem sempre deve ser encarada como uma “doença jurídica” que precisa ser extirpada a qualquer custo⁵⁰⁴, afinal, por vezes, trata-se mesmo de uma solução viável para alguns dos inconvenientes que o regime jurídico “público-administrativo” não é mais adaptado a lidar (como é geralmente o caso de atividades puramente econômicas, que são melhor desenvolvidas se regidas basicamente pelo Direito Privado). Obviamente, fala-se duma legítima e lícita “privatização formal”.

De início, descarta-se a completa desvinculação da Administração Pública sob formas jurídico-privadas aos DLG, principalmente porque os DLG também têm efeitos horizontais; o que é reconhecido tanto pelo Direito Constitucional Positivo português, quanto pela juspublicística brasileira, dado que a CF não é exatamente expressa nesse sentido.

Todavia, a CF ordena expressamente a observância dos princípios da administração pública pelas empresas públicas, quando da contratação de seus parceiros. Todavia, tais entidades também estão su-

para juspublicizar um regime tipicamente privado em função da atuação administrativa, nomeadamente no que diz respeito aos serviços públicos. “O Direito Administrativo Privado consiste na sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do Direito Administrativo relativamente às atividades desenvolvidas sob o regime jurídico-privado dos entes que cria a Administração para o cumprimento de funções administrativas”. “O sentido do Direito Administrativo Privado está em subtrair do âmbito das relações econômicas da Administração uma parcela com o fim de submetê-la ao Direito Público (essencialmente os serviços públicos).” “O Direito Administrativo Privado tem um âmbito de aplicação limitado. Não entra em cena quando a Administração realiza uma simples atuação mercantil, já que o regime jurídico previsto neste caso é, simplesmente, de Direito Privado”. Trata-se, por isso, de uma solução intermediária, a qual compatibiliza a necessidade de eficácia da Administração Pública com a tentativa de se evitar a “fuga para o Direito Privado”. V. *Ibidem*, pág. 101; 103; 105; 107 (nota) e 109, respectivamente. O citado Autor defende o Direito Administrativo Privado como solução para a “Fuga para o Direito Privado” na Espanha. V. tb. Vital Moreira, *Administración Autónoma...*, pág. 275, 284 e seg.

⁵⁰³ V. José Eugénio Soriano García, *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, pág. 4.

⁵⁰⁴ V. Maria João Estorninho, *A Fuga...*, pág. 18; e Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho...*, pág. 123.

jeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas por determinação constitucional. Trata-se do art. 173. Há aqui, portanto, a convivência de um regime administrativo mesclado com o regime de Direito Privado (será o *Direito Administrativo Privado*?). Tal fato não pode deixar de ser compreendido como uma *ratio* no sentido da vinculação jurídico-pública das formas de organização/atuação jurídico-privadas da Administração aos direitos fundamentais, afinal, se são obrigatórios os princípios da Administração Pública na contratação a ser efetuada pela empresa pública, o que se dirá das normas constitucionais consagradoras dos DLG. Além disso, tais princípios objetivam justamente a garantia dos direitos dos particulares, especialmente o direito à igualdade⁵⁰⁵.

Assim, não há como cogitar numa vinculação aquém daquela que os próprios particulares e as entidades privadas encontram-se sujeitos, ainda que as atividades desenvolvidas pela Administração sejam essencialmente econômicas.

Em Portugal, a questão da vinculação das autoridades administrativas sob formas jurídico-privadas aos DLG pode não despertar tanta controvérsia como desperta na doutrina alemã e espanhola, uma vez que quer seja uma entidade pública, quer seja uma entidade regida pelo Direito Privado, a autoridade estaria obrigada ao seu respeito, consoante a exatidão do art. 18º/1. Não haveria, assim, qualquer escapatória ao Estado-Administração para se libertar das vinculações jurídico-públicas aos DLG⁵⁰⁶. Aliás, o CPA é mesmo aplicável a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada (conforme o seu art. 2º/5).

⁵⁰⁵ V. Ingo Wolfgang Sarlet, *Eficácia...*, pág. 333 e seg. Cf. Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 220, da doutrina majoritária alemã resulta o critério que o *Bund*, os *Länder* e os Municípios não estão vinculados aos direitos fundamentais em sua atuação econômica industrial, isso quando atuarem de igual modo a qualquer agente privado em sua atividade negocial e for admitida a legitimidade dos mesmos para intervir no tráfico econômico. Todavia, salienta o Autor que tal entendimento é discutível, uma vez que tais entes não parecem se desprender de suas competências públicas, ainda que no âmbito puramente industrial.

⁵⁰⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 147: "Na prática, a questão é, porém, irrelevante, pois o Estado, actuando como sujeito de direito privado, sempre estaria, como tal vinculado aos preceitos dos direitos fundamentais como qualquer outra entidade privada".

Entretanto, mesmo que assim se entenda, o fato é que a intensidade da vinculação das entidades administrativas sob formas de organização/atuação jurídico-privadas aos preceitos constitucionais respeitantes aos DLG pode não ser idêntica àquela verificada em relação às entidades que são ordinariamente públicas, nomeadamente em razão da flexibilidade que se quer buscar através da importação do regime jurídico privado (e isso vale tanto para o caso brasileiro como para o português). Por isso mesmo, o posicionamento da doutrina balança entre uma vinculação “mais frouxa” e uma vinculação em iguais termos; o que pode ter em conta inclusivamente o tipo de atividade desempenhada pela autoridade: serviços públicos ou atividades meramente mercantis (econômico-industriais)⁵⁰⁷.

O exemplo de R. Zippelius é, nesse particular, bastante elucidativo, por ressaltar que o Estado pode participar da vida jurídica como qualquer outra pessoa privada: “Uma fábrica de cerveja do Estado, por ex., que, sob formas jurídico-privadas, participa da vida jurídica, operando sob as mesmas condições de concorrência que as outras empresas privadas da concorrência, deve gozar de uma certa liberdade na escolha de seus parceiros de negócio. Ultrapassaria a específica finalidade de justiça, prosseguida pelos direitos fundamentais, se, neste preciso exemplo, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, a fábrica de cerveja fosse sujeita ao princípio da celebração obrigatória de contrato com todas as cervejarias restantes. Mas também nesse contexto não se devem despre-

⁵⁰⁷ Aliás, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 317, apresenta o posicionamento de parte da doutrina, sobre esse ponto. De um lado, defendendo uma vinculação da atividade administrativa de Direito Privado de menor intensidade aos DLG, estão E. Stein, Reinhold Zippelius e José Carlos Vieira de Andrade. De outro, pregando uma vinculação idêntica à das entidades públicas, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira e Maria João Estorninho. Também assim, apresentando o entendimento de determinada parcela da juspublicística, V. Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades...”, pág. 505 e seg. V., ainda, o posicionamento de Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 276, falando que a desvinculação da Administração Pública do regime administrativo não vale para o caso dos direitos fundamentais. Ainda, em “Significado de los...”, pág. 106, este Autor aduz: “Em todo caso não importa a forma jurídica com que atue”, pois o Estado fica igualmente vinculado pelos direitos fundamentais recorrendo ao Direito Privado. No mesmo sentido, Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, pág. 283. V., tb sobre a graduação na vinculação ao Direito Público e aos direitos fundamentais, Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho...*, pág. 104 e seg. e Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 219 e seg.

zar as decisões valorativas de natureza jurídico-constitucional. No caso de existir, por ex., a proibição de discriminação racial ou religiosa, então, não se podem escolher as partes contratantes com base em critérios raciais ou religiosos”⁵⁰⁸. Nesse sentido, ressalta Stober, ainda relativamente ao Direito germânico: “As vinculações na atuação industrial do poder público não estão reguladas de uma forma uniforme.”

Entretanto, em face da CF, não se pode deixar de apontar o que dispõe o art. 173, relativamente à exploração direta de atividade econômica pelo Estado: “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”. Assim, no caso de desenvolvimento de atividades preponderantemente econômicas, mediante empresas públicas (ou majoritariamente públicas) organizadas e regidas pelo Direito Privado, a existência de desnivelamento entre a entidade e os particulares é pressuposta diante dos imperativos que estão subjacentes ao desenvolvimento da atividade econômica.

Por isso, em que pese os ponderosos argumentos, há que se considerar que a vinculação direta aos preceitos respeitantes aos DLG, quer seja relativamente à CRP, quer seja no que tange à CF⁵⁰⁹ (a qual, frise-se, não fez questão de sublinhar tal subordinação expressamente em face das “entidades privadas”), não pode deixar de *pressupor ser igualmente* vinculante para a Administração Pública, ainda que trajada sob formas jurídico-privada. Efetivamente, entende-se que a diferença aqui reside no “regime jurídico administrativo” a que o ente se encontra submetido (se ao regime jurídico – administrativo – público ordinário ou se ao regime jurídico privado, ainda que “intercalado” com o público); mas, não diretamente na subordinação às normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais, nomeadamente àquelas dotadas de aplicabilidade imediata, que não carecem da intermediação do legislador civil (vinculação interposta ou mediata)⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ In *Teoria...*, pág. 444. Este entendimento representa o majoritário na Alemanha, relativamente às atividades industriais desenvolvidas pela Administração Pública sob formas jurídico-privadas. V. Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 220.

⁵⁰⁹ Tb. assim, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 328.

⁵¹⁰ Tb. assim na doutrina alemã: D. Ehlers *apud* Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho...*, pág. 107, defendendo a vinculação de toda a atividade de forma privada da Administração aos direitos fundamentais, principalmente ao princípio da igualdade.

Assim, deve-se *partir da premissa* que tais autoridades estão da mesma forma vinculadas aos DLG, principalmente quanto ao princípio da igualdade; direitos (e princípios) estes que, consoante é sabido, não deixam de prescindir de uma conformação caso a caso. Stober bem lembra que mesmo na atuação industrial das autoridades administrativas (atuação no tráfico privado em paridade com o agente privado) existe o perigo de que as contratações por estas efetivadas não se atenham ao princípio da igualdade e se façam por motivos políticos ou de favoritismos⁵¹¹.

Aliás, entendimento diverso pode conflitar-se com a especial força normativa da Constituição no âmbito dos DLG; com a importância central que os direitos fundamentais detêm no Estado Democrático de Direito e, ainda, com a própria responsabilidade do Estado. Além disso, pode representar uma perigosa justificativa para que a Administração Pública socorra às formas jurídico-privadas não com o escopo de racionalizar e otimizar as suas atividades; mas, antes, objetivando uma atrelagem menos garantística aos DLG. Daí porque também se pode dizer que quanto mais tênue for o regime jurídico administrativo da Administração Pública sob formas jurídico-privadas, mais ela deve estar sujeita aos DLG⁵¹². Ora, a “administração sob forma jurídico-privada não deixa de ser, por isso, administração”⁵¹³.

⁵¹¹ *In Derecho...*, pág. 220. Aliás, em relação a esse aspecto, corroborando, deve-se ressaltar um dos princípios orientadores do Direito Comunitário: o princípio da igualdade, inviabilizando a diferenciação de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras e entre empresas públicas e privadas. V. art. 86º do Tratado de Roma (Direito Comunitário primário, de aplicabilidade imediata, não obstante de valor inferior ao Direito Constitucional). Sobre a eficácia direta do Direito Comunitário primário e derivado, V. Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 72 e seg. e José Luis Villar Palasé e José Luís Villar Excurra, *Principios de Derecho Administrativo I*, Universidade Complutense Madrid, 1999, pág. 83 e seg.

⁵¹² Sob a lógica de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 419, em relação à vinculação da administração dotada de “discricionariedade”: “Quanto mais tênue for a vinculação da administração à lei (como é o caso de actos de governo), tanto mais forte é a sua vinculação imediata pelos direitos, liberdades e garantias”.

⁵¹³ Cf. Dreier, *apud* Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 284.

6.1.3. A Inconstitucionalidade⁵¹⁴

No que diz respeito à desconformidade constitucional apta à fundar o “dever de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa”, do mesmo modo como até então se elaborou, há que se desenvolver uma interpretação restrita do que seja “inconstitucionalidade”. Inicialmente, porque ao legislador ordinário não é defeso restringir os DLG; desde que, para tanto, aja consoante os estritos limites *implícitos* e *explícitos* constitucionais, neste caso, nomeadamente diante da CRP (vez que lei ordinária deve ter respaldo constitucional expresso: art. 18º/2). Nesse sentido, da mesma forma como se argumentou em relação às leis material e manifestamente inconstitucionais, existe aqui, portanto, uma certa margem (ainda que demasiadamente pequena) para a atuação do legislador ordinário; fato que não deve ser olvidado pela autoridade administrativa.

Além disso, como bem salienta Jorge Miranda, restringir os DLG não tem o mesmo significado constitucional que limitar o exercício, regulamentar, condicionar, concretizar ou suspender DLG⁵¹⁵. Basta ver os arts. 19º da CRP e 136, parágrafo 1º, da CF. Ademais, como também já se asseverou, do que se trata é de uma excepcionalíssima competência para a inobservância do princípio da legalidade administrativa em sentido estrito; uma vez que a lei ordinária, ainda que inconstitucional, é considerada heterovinculante, *em termos apriorísticos*, para a Administração Pública; isso também quando em causa preceitos constitucionais de aplicabilidade imediata, vez que esta eficácia normativa reforçada não exclui a conveniência e o cabimento da *interpositio legislatoris*.

Isto posto, depreende-se que não há de ser uma “qualquer” inconstitucionalidade que sustentará o “dever de rejeição das leis restritivas dos DLG”: a afronta aos DLG deve ser grave e ostensiva⁵¹⁶, no sentido

⁵¹⁴ Vale aqui registrar a elucidativa frase de Krüger, citada por Otto Bachof, *Jueces y Constitución...*, pág. 30: “antes os direitos fundamentais somente valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais”.

⁵¹⁵ *In Manual...*, IV, pág. 329.

⁵¹⁶ Tb. com essa mesma orientação, V. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, pág. 536; e *Ensaio sobre o caso julgado...*, pág. 151; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 418; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 319 (aqui falando dos DLG que sequer podem ser suspensos em caso de estado de sítio); Otto Ba-

de não ser possível se encontrar um “meio termo”; pois, de qualquer modo, a violação ostensiva dos DLG dos particulares efetiva-se em consequência da execução da lei pela autoridade administrativa.

Destarte, levar-se-á em conta, para efeitos da *questio*, o que dispõe o regime específico lusitano dos DLG e a tutela dos “direitos e garantias fundamentais” da CF. Inicialmente, o que se entende que as Cartas Constitucionais em causa têm inequivocamente em comum, decorrência mesmo de instituírem Estados Democráticos de Direito, isto é: a proteção do núcleo essencial dos DLG.

Não se deve negar, contudo, que a clarificação do que seja “inconstitucionalidade” para os propósitos da *questio* se afigura difícil, uma vez que a própria definição do que seja o “núcleo essencial” do direito fundamental (ou do preceito constitucional, conforme o art. 18º/3 da CRP) afigura-se nebulosa⁵¹⁷, na maioria das vezes exigindo uma cuidadosa confrontação com os demais direitos fundamentais e com o princípio da proporcionalidade. Em todo caso, a noção de “núcleo essencial” associa-se à idéia de *standart* mínimo, sem o qual o gozo (ou o exercício) do direito torna-se inviável, o que significaria fazer morta a letra constitucional. Além disso, deve-se também ter em vista o princípio da dignidade da pessoa humana (cravado no cume das Constituições *sub examine*), porquanto ele é o norte orientador de todos os direitos fundamentais⁵¹⁸, ainda que sejam os relativos à participação política; afinal, a pessoa humana pressuposta não pode estar desvinculada da vida em sociedade (cidadão em sentido ativo).

Assim, considera-se inconstitucionalidade da lei para os fins do extraordinariamente legítimo e específico “dever de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa aquela que provoque

chof, *Verwaltungsrecht...*, pág. 389; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 235 (estes, respectivamente, no sentido de que a inconstitucionalidade deve ser evidente e de que não bastam meras ‘dúvidas’ sobre a constitucionalidade do ato normativo recusado administrativamente).

⁵¹⁷ V. assim, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 430 e seguintes, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 153 e seg. e Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 340.

⁵¹⁸ V. José Casalta Nabais, “Os Direitos na Constituição...”, pág. 27; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pág. 96 e seg., este seguindo de perto José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 85. Na doutrina alemã, Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 244..

uma agressão tal ao núcleo essencial do DLG que torne impraticável o seu gozo (não se fala aqui em mera suspensão) ou, ainda, que restrinja o direito a um nível considerado insuportável à dignidade da pessoa humana.

Note-se, destarte, não se quer com isso proceder um escalonamento valorativo dos DLG (“superiores” e “inferiores”; “mais vitais” e “menos vitais” à dignidade da pessoa humana); nomeadamente porque a Constituição – CRP ou CF – considera todos os DLG “fundamentais” e porque o “poder (aqui ‘dever’) de rejeição de leis inconstitucionais” é consequência da força normativa e especial eficácia dos preceitos constitucionais; o que é geral entre eles⁵¹⁹. Mas, a compreensão da inteireza da dignidade da pessoa humana é sim um bom posto de observação para a autoridade administrativa averiguar acerca da arbitrariedade da restrição legal aos DLG⁵²⁰.

Assim, designadamente, ocorreria se uma determinada lei que, dispondo no Brasil sobre a produção e comercialização livros, revistas e periódicos, viesse também a restringir a liberdade de criação intelectual, artística e científica (art. 5º, inciso IX, da CF) dos autores e editores literários, vendando a elaboração e/ou publicação de livros que não tivessem fundo histórico ou científico; os quais tivessem que ser recolhidos do comércio pela autoridade administrativa.

⁵¹⁹ V., tb. assim, João Caupers, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 170, ressaltando a ausência de interesse prático na tese de Otto Bachof (*Normas Constitucionais Inconstitucionais*, trad., Editora Atlântica, Coimbra, 1977) quanto à inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

⁵²⁰ Cf. Pedro Maria Godinho Vaz Pato, “A Vinculação das Entidades...”, pág. 486: “De facto, a ligação dos direitos, liberdades e garantias à ideia de dignidade da pessoa humana pode ser mais ou menos imediata... Traçar a linha de separação entre direitos materialmente ou só formalmente fundamentais não pode depender de um critério “a priori”, precisamente porque é difícil estabelecer o ponto a partir do qual um direito deva, em função da sua menos imediata ligação ao princípio da dignidade da Pessoa Humana, deixar de receber o tratamento próprio dos direitos fundamentais. Tudo depende do critério contingente do legislador constituinte, traduzido, na Constituição de 1976, formalmente, na colocação sistemática de determinado preceito. Tal não significa que a mais ou menos imediata ligação ao princípio da dignidade da Pessoa Humana não possa ser relevante para outros efeitos. A admissibilidade de determinadas restrições, por exemplo, pode depender dessa ligação mais ou menos imediata”. V., tb. assim, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 236.

Em Portugal, principalmente em face da ausência de habilitação constitucional para a restrição do direito consagrado no art. 42º, a inconstitucionalidade dessa lei viria à tona ainda mais facilmente⁵²¹. Não se olvida com isso, entretanto, que a jurisprudência do TC tenha desenvolvido algumas “justificativas” para superar a relativa ausência de previsão expressa para a restrição dos DLG, seja através do “recurso às autorizações indiretas de restrições”; seja mediante o “recurso à idéia de limites imanes”⁵²².

Demais disso, agora tendo em conta apenas a letra da CRP, tem-se o princípio geral da não retroatividade das leis restritivas dos DLG. De fato, a CRP não autoriza, definitivamente, no âmbito dos DLG, que as leis restritivas possam ser aplicáveis a fatos e atos *integralmente* já consumados, entendendo-se, para esse caso específico, os fatos ocorridos ou os atos praticados antes da entrada em vigor da lei em causa⁵²³. Assim, nessa linha, verificando-se a retroatividade da lei portuguesa restritiva dos DLG, deve a autoridade administrativa levar a efeito o seu “dever de rejeição”; acautelando com isso a salvaguarda dos direitos dos particulares, o que se pode verificar especialmente em matérias sancionatórias e disciplinares (afinal, em relação às matérias penais *stricto sensu* e tributárias, a regra é expressa e específica). Por exemplo, seria o caso de uma lei que viesse a considerar com sendo falta contratual grave as ausências do funcionário público decorrentes

⁵²¹ Cf. Manuel Afonso Vaz, *apud* Paulo Castro Rangel, *Repensar o poder judicial...*, pág. 244, só poderá haver lei constitucional restritiva aonde há previsão intencional e explícita da Constituição, em atendimento ao “princípio da tipicidade das restrições legais aos DLG”.

⁵²² Cf. José Casalta Nabais, “Os Direitos Fundamentais...”, pág. 78 e seg.

⁵²³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 427: “O princípio da não retroactividade não é um princípio constitucional irrestritamente válido na ordem jurídica portuguesa (...), mas é-o, sem quaisquer excepções, no que respeita a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ou de direitos análogos”. Segundo Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 339: “Não pode haver não só leis restritivas totalmente retroactivas (ou seja: que se apliquem a situações e relações já esgotadas), mas também leis restritivas parcialmente retroactivas (quer dizer: que se apliquem a situações vindas do passado e ainda não terminadas)”. V. tb., J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 255 e seg. e 428. Todavia, para o âmbito específico da *questio*, não se levará em conta o debate acerca das leis parcialmente retroactivas. V., acerca da admissibilidade de leis retroactivas em matéria administrativa-econômica, Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 89.

de participação em movimento grevista levado a efeito antes da edição da lei e, que até então, não eram relevantes para a dispensa justificada do mesmo e nem sancionadas em termos disciplinares e contratuais.

No Brasil, uma tal solução é também viável através da interpretação da Constituição; mas não diretamente em decorrência dum regime específico dos DLG. Por isso, para efeitos da *questio*, não demonstra ser de bom tom a inserção no “dever de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, em termos gerais, as leis restritivas retroativas (lembrando-se que o princípio da não retroatividade fora consagrado em matéria penal e tributária); fato que não significa que não possam ser as mesmas incluídas no “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo, desde haja fundamentos para tanto (v. g. jurisprudência constitucional).

Quanto à questão da obrigatoriedade das leis restritivas revestirem caráter geral e abstrato, ainda nos moldes do art., 18º/3 da CRP, *a priori*, não se pode considerar como inconstitucionais, para os efeitos aqui buscados, todas as leis que não satisfaçam essa exigência; isto é, leis que sejam individuais e/ou concretas, tais como as leis-medida. Isso decorre tanto da interpretação restritiva que se está a utilizar para legitimar o “poder (e neste caso, o ‘dever’) de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, quanto da própria controvérsia que envolve a generalidade da lei; afinal, por vezes a individualidade da lei restritiva somente é revelada após a descoberta de que seus destinatários podem ser determináveis (Gomes Canotilho fala em “leis individuais camufladas”⁵²⁴). E tal tarefa pode não estar ao alcance da autoridade administrativa quando está, em últimos termos, direcionada à boa concretização da função administrativa, por meio da execução e aplicação concreta da lei.

Entretanto, desde que a individualidade e a não abstração da lei restritiva estejam bem denunciadas em seu próprio enunciado (podendo-se aqui invocarem os critérios da *evidência* das “leis manifestamente inconstitucionais” – v. g., os atos administrativos em forma de lei restritiva), não se exclui a possibilidade de haver “dever de rejei-

⁵²⁴ *In Direito Constitucional...*, pág. 426. Aqui também há uma apresentação da problemática que envolve a generalidade da lei restritiva dos DLG. V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 241, falando que há problemas vastos e complexos no caráter geral e abstrato das leis restritivas.

ção”. Poder-se-ia, cogitar, designadamente de uma lei que, ao regular em geral o exercício do direito ao sufrágio (art. 49º da CRP), viesse, em especial, considerar como incapacidade (para além das cívicas) a circunstância de não ser o cidadão contribuinte no Estado português (aduzindo relativamente aos portugueses residentes no estrangeiro que em nada contribuem para a receita estadual) ou de não estar quite para com as dívidas fiscais (relativamente aos devedores da Fazenda).

6.1.4. O “Dever de Rejeição”: Precaução e Proteção dos DLG

Por fim, resta ainda aprofundar o porquê do “dever de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Sabe-se já que se está diante de DLG, cujos preceitos constitucionais (portanto, com assento constitucional) têm eficácia plena (não dependem da interposição do legislador ordinário para a determinação de sua essência); que a autoridade administrativa correlativa pode ser integrante da Administração Pública sob formas de organização/atuação jurídico-privadas e que a desconformidade constitucional, para além de grave e ofensiva ao direito (ou ao preceito) em questão e ao princípio da dignidade da pessoa humana, está diretamente relacionada ao regime que os DLG fazem jus pela Constituição (CRP e CF).

Mas, algo mais se pode dizer para justificar, nesse particular, a ocorrência do denominado “dever de rejeição”. Trata-se do já apontado princípio da responsabilidade do Estado (com fundamentos nos arts. 22º da CRP⁵²⁵ e art. 37, § 6º, da CF); um dos arrimos do Estado Democrático de Direito⁵²⁶, cujas normas constitucionais respectivas

⁵²⁵ V. Decreto-lei nº 48.051, de 21 de Novembro de 1967 (pré-constitucional), que dispõe sobre a Responsabilidade da Administração portuguesa por atos de gestão pública. V., apontando a inconstitucionalidade superveniente do art. 2º do referido DL, Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Livraria Almedina, Coimbra, 1992., pág. 122. Na GG, a responsabilidade do Estado é extraída de seu art. 34. V., sobre a constitucionalização da responsabilidade civil da administração também através do art. 22º da CRP, V. Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 448 e seg.

⁵²⁶ V. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 261. V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 88, afirmando que o princípio da responsabilidade civil do Estado é instituto indiscutível do Estado de Direito. V. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo...*, pág. 799, elucidando que o princípio da responsabilidade civil do Estado está universalizado.

têm aplicabilidade imediata por consagrar um direito fundamental de natureza análoga⁵²⁷; o direito à responsabilização civil do Estado pelos danos causados aos indivíduos.

Com efeito, não se olvida que o Estado possa ser excepcionalmente responsabilizado pela edição de leis inconstitucionais, na medida em que o cumprimento obrigatório das mesmas pelo particular gere danos os seus direitos⁵²⁸. O princípio, porém, há muito consagrado, é a responsabilidade do Estado decorrente de seu comportamento na seara administrativa⁵²⁹ (conforme está especialmente consagrado no art. 271º da CRP); e já não só por atos ilícitos, mas também atos administrativos lícitos. Ora, “Não é porque o ato é lícito que ele deixa de ser passível de indenização”⁵³⁰.

Assim, ainda que se pudesse alegar a “estrita legalidade” (e “licitude”) do ato administrativo ostensivamente violador dos DLG (consequência da cega execução da lei inconstitucional em matéria de

⁵²⁷ V. Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado...*, pág. 92; e Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 439 e seg.

⁵²⁸ Cf. Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Controle de Constitucionalidade...*, pág. 99: “A declaração de inconstitucionalidade de lei de ou de ato normativo pode trazer uma importante consequência no campo da responsabilidade civil do Estado, pois todo aquele que tenha sofrido qualquer tipo de dano ou prejuízo, em virtude de ter se submetido ao ato estatal contrário à Lei das Leis, tem o direito de obter a devida reparação”. O STF tem entendido nesse sentido, ou seja, se o administrado sofre prejuízos por ter que cumprir lei ao depois declarada inconstitucional, tem ele o direito de haver uma indenização do Estado pelos eventuais prejuízos que tenha comprovadamente sofrido. V. Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade...*, pág. 86 e 127; e seg. e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo...*, pág. 519. V., art. 157º da CRP e art. 53 da CF.

⁵²⁹ V. sobre o Caso Blanco, julgado pelo Conselho de Estado Francês em 1873, no qual foi reconhecida a responsabilidade civil do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 808; e Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 337; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo...*, pág. 514. V., aduzindo que a responsabilidade civil do Estado como responsabilidade civil do Estado-Administração nasce num contexto que não conhecia o princípio da constitucionalidade das leis e do primado da Constituição (motivo pelo qual hodiernamente ainda não é regra geral a responsabilidade do Estado por atos legislativos inconstitucionais), Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 467.

⁵³⁰ Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional...*, pág. 340. V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 169.

DLG, isso sem se ater ao que dispõe o art. 133º/2/d do CPA), tal fato, por si só, não será o bastante para afastar a responsabilidade do Estado pelo dano oriundo dessa concretização. Aliás, essa responsabilidade civil do Estado-Administração deixou de ser subjetiva e passou a ser apurada objetivamente, sem necessidade de averiguação do nexo de causalidade. Ademais, a conduta lesiva administrativa pode ser omissiva ou comissiva⁵³¹.

O “dever de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa surge, destarte, como corolário, em termos de princípios constitucionais, tanto do princípio da dignidade da pessoa humana, quanto do princípio da responsabilidade civil do Estado. A este, nomeadamente na sua vertente de Estado-Administração (aliás, faceta estatal essa que mais intimamente se relaciona com os particulares⁵³²), compete o respeito, a prevenção, a proteção e otimização dos DLG. Ratifica-se que as autoridades administrativa devem ser vistas como “verdadeiras guardiãs dos direitos fundamentais”⁵³³. E, em se tratando de direitos de eficácia plena, cujas normas vinculam diretamente essas autoridades, a obrigação de recusar as leis ostensivamente violadoras dos DLG não há como ser mascarada, dada a robustez dessa eficácia e a reforçada “atrelação” ao preceito constitucional.

Com efeito, para além dos citados preceitos constitucionais, veja-se inclusivamente o que dispõe, em especial, o art. 266º/1 da CRP: “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, *no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”⁵³⁴. Aliás, sobre tal artigo, merece transcrição a elucidação de Diogo Freitas do Amaral: “Ele significa, fundamentalmente, que a prossecução do interesse público não é o único critério da acção administrativa, nem tem um valor ou alcance ilimitados. Há de prosseguir, sem dúvida, o interesse público, mas respeitando simultaneamente os direitos subjectivos e os

⁵³¹ Por isso, a conceituação de Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo...*, pág. 798: “responsabilidade civil do Estado como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”. Nesse sentido também o Ac/TC nº 153/90.

⁵³² V. Rogério Ehrardt Soares, “O Princípio da Legalidade e Administração...”, pág. 176.

⁵³³ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, pág. 537.

⁵³⁴ V. na Lei nº 9.784/99, o art. 2º, incisos VI, VIII e IX.

interesses legítimos dos particulares. Está aqui retratada a essência do Direito Administrativo, que se caracteriza pela necessidade permanente de conciliar as exigências do interesse público com as garantias dos particulares. (§) Durante muito tempo, pensou-se que a única forma de assegurar o respeito pelos direitos subjectivos e pelos interesses dos particulares seria proclamar e garantir o princípio da legalidade. Respeitando a legalidade, a Administração pública automaticamente respeitaria os direitos e interesses dos particulares. Foi assim, como vimos, que o princípio da legalidade nasceu como limite à acção da Administração pública; a sua função era a de proteger os direitos e interesses dos particulares. (§) Hoje, porém, vai-se mais longe. Embora o princípio da legalidade continue a desempenhar essa função, o certo é que se concluiu entretanto que não basta o *escrupuloso* cumprimento da lei por parte da Administração pública para que simultaneamente se verifique o respeito integral dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos dos particulares. (...) Vê-se, assim, que o princípio do respeito pelos direitos subjectivos e interesses legítimos dos particulares limita e subordina a Administração pública muito para além da limitação que para ela constitui o princípio da legalidade” – g. n.⁵³⁵

Não bastasse o exposto, é certo que tal responsabilização estatal apurada *a posteriori* tem por objetivo a restituição da esfera individual ao seu *status quo*. Todavia, em matéria de DLG isso nem sempre será possível mediante a mera compensação pecuniária (pense-se no direito à vida, à intimidade, à honra e ao bom nome, à integridade física *etc*), uma vez que, via de regra, tais direitos não podem ser valorados dessa forma (exceto, normalmente, o direito à propriedade)⁵³⁶. A integral

⁵³⁵ *In Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, 1988, pág. 81 e seg.

⁵³⁶ Cf. Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado...*, pág. 119, o art. 22º da CRP, consagra, em matéria respeitante à violação de DLG, a indenização pelo dano moral: “O legislador constitucional, em face da gravidade que reveste a ‘violação dos direitos, liberdades e garantias’ não impõe, compreensivelmente, qualquer limite ao montante da indemnização e, por isso, não faz nenhuma alusão ao dano: todos os danos desse tipo de infracção devem ser reparados, incluindo, naturalmente, os danos não patrimoniais. (...) Além disso, também não se pode esquecer que a maioria dos direitos, liberdades e garantias são direitos não patrimoniais, não avaliáveis em dinheiro. Se é certo que da sua violação podem resultar danos materiais, a verdade é que os danos morais assumem neste campo, uma maior relevância e mal se compreenderia que se a Constituição não garantisse a sua indemnização”.

restituição ao *status quo*, por conseguinte, nem sempre é possível nessa matéria, ainda que haja a indenização pelos danos morais havidos⁵³⁷. Dessa forma, evitar a afronta concreta aos DLG dos particulares é medida que se impõe à autoridade administrativa. É esse o exato sentido do “dever de rejeição de leis inconstitucionais”: *dever de precaver e de proteger a eficácia direta e plena dos DLG*⁵³⁸. Afinal, a execução da lei inconstitucional ostensivamente violadora dos DLG poderá gerar prejuízos jamais reparáveis aos indivíduos (no sentido de ser inviável a perfeita restituição ao *status quo*).

Contudo, acaso seja violado tal “dever de rejeição de leis ostensivamente violadoras dos DLG” pela autoridade administrativa, resta ao particular, como *última* hipótese, tentar salvar a perfeição de sua esfera jurídica, obstaculizando a concretização da violação e, por conseguinte, a implementação de eventual e irreparável prejuízo ao seu DLG.

No Direito Constitucional português, por meio do exercício do direito de resistência (art. 21º da CRP), quando assim se afigurar legitimamente cabível, haja em vista que, como já se sabe, não fora previsto nesse ordenamento um tipo de recurso constitucional para a proteção dos direitos fundamentais, tal como o recurso de amparo espanhol ou ao recurso constitucional alemão⁵³⁹.

Ao reverso, no Direito Constitucional brasileiro, o particular deverá socorrer ao Poder Judiciário. Assim, a esfera individual poderá ser protegida por meio do ajuizamento dos denominados remédios

⁵³⁷ V., relativamente ao Direito brasileiro, o art. 5º, X, da CF.

⁵³⁸ Cf. Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 437, acerca do art. 22º da CRP e da aplicabilidade direta dos DLG: “a sua existência – dos DLG – não poderá nunca vir a ser ameaçada, nem poderá nunca vir a ser posta em causa, pela acção ulterior dos poderes públicos constituídos”. V., tb. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 326.

⁵³⁹ Cf. Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 146, a legitimidade da Administração Pública para rejeitar as leis ostensivamente violadoras dos direitos, liberdades e garantias é ainda reforçada pela “não suspensão dos efeitos do acto administrativo mesmo, em princípio, após a interposição do recurso contencioso”. V. art. 76 da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, Decreto-Lei nº 267/85 de 16 de Julho. V. José Carlos Vieira de Andrade, *Justiça Administrativa (Lições)*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 174 e 175. V., sobre essa questão, em especial, Maria Fernanda dos Santos Maças, “A Relevância Constitucional do Procedimento Cautelar da Suspensão Jurisdicional da Eficácia dos Actos Administrativos”, *BFDUC, Separata*, vol. LXIX.

constitucionais (art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXXII), a serem impetrados em face da autoridade administrativa que está a levar a efeito o ato administrativo ostensivamente violador dos DLG do impetrante: *habeas corpus*; *mandado de segurança* ou *habeas data*, dependendo do direito ameaçado.

Com efeito, simples ameaça de dano ao direito individual (ou coletivo) já é suficiente para fundar, no Direito brasileiro, o ajuizamento dos referidos remédios processuais (art. 5º, XXXV, da CF)⁵⁴⁰. O primeiro deles tem como objeto a garantia do direito de liberdade de locomoção; enquanto, o último, a garantia de acesso às informações públicas relativas à pessoa do impetrante. Os demais DLG são amparados através do *mandado de segurança*.

6.2. Conclusão

Assim, consoante alinhavado nas linhas precedentes, considera-se legítimo extraordinariamente o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa quando uma causa grave ameaça aos DLG. Aliás, aqui o “poder de rejeição” é especialmente um “dever de rejeição”: dever de inviabilizar a ocorrência do dano na esfera individual; dever de precaução (lembre-se que a reparação pecuniária dos prejuízos eventualmente sofridos pelo particular não consegue, via de regra, alcançar uma perfeita restituição de seu *status quo*); dever de garantir a plena eficácia das normas constitucionais atinentes aos DLG; dever de Estado de Direito (enraizado nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana); dever

⁵⁴⁰ De fato, no direito brasileiro, para a concessão da tutela jurisdicional nos remédios constitucionais, não se carece da verificação da lesão do direito fundamental, bastando simples ameaça: V. art. 5º, incisos XXXV, LXVIII, e LXIX, da CF. V. art. 1º da Lei 1.533, de 31 de Dezembro de 1951: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-lo por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. V. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional...*, pág. 233 e seg. V. sobre o direito de resistência no Direito Constitucional português, Maria da Assunção de Andrade Esteves, *A Constitucionalização...*, ob. cit.

de Estado Democrático (com supedâneo na responsabilidade civil do Estado).

Ora, há muito se foi o tempo em que a Administração Pública era apenas vista como a face contrária da liberdade individual, como o seu agente agressor. À Administração Pública também incumbe um papel de relevo na proteção dos direitos dos cidadãos, principalmente quando a ostensiva ameaça tem origem na lei, para qual está funcionalmente voltada a cumprir e otimizar. Por isso, calha bem o título atribuído por Paulo Otero à autoridade administrativa: “guardião intermediária dos direitos fundamentais”. É com esse propósito que se deve compreender o excepcional e legítimo “dever de rejeição de leis inconstitucionais”.

4ª HIPÓTESE

“Decisões Administrativas Parajurisdicionais”?
Quando a Administração Pública Realiza
uma Composição Jurídica de Conflitos,
com Relativa Independência e na Defesa de
Direitos Fundamentais Determinados.

7. RESERVA RELATIVA DE JURISDIÇÃO; GARANTIA DE ACESSO AOS TRIBUNAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS “PARAJURISDICIONAIS”⁵⁴¹

7.1. Decisões Administrativas “Parajurisdicionais”?

O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” nos
“Julgamentos” elaborados de forma “independente”
pela Autoridade Administrativa⁵⁴²

Consoante se referenciou na primeira parte dessa Dissertação (naquela essencialmente analítica), há muito que a distinção exata da função jurisdicional relativamente à função administrativa tem sido

⁵⁴¹ Cf. expressão utilizada por Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 198.

⁵⁴² Para Diogo Fretas do Amaral, *Direito...*, vol. II, Lisboa 1988, pág. 180 e seg.: “Além da liberdade probatória e da discricionariedade técnica, temos ainda a considerar no quadro das figuras de discricionariedade imprópria, aquela a que chamaremos de justiça administrativa. ... Trata-se dos casos em que a Administração pública,

apontada pela juspublicística como uma das controvérsias mais “salientes” do Direito⁵⁴³. De início, porque ambas são expressões do *imperium* emanado da soberania popular⁵⁴⁴. A duas, porque também pressupõem uma aplicação normativa a um caso concreto (isso no que tange ao poder de decisão unilateral da Administração); a três, porque, por vezes, à Administração incumbe a aplicação de sanções às infrações disciplinares e aos atos ilícitos (aqui tidos por “de mera ordenação social”), numa lógica jurídica semelhante àquela que é desenvolvida pelo juiz na aplicação de penas restritivas de liberdade (ou suas substitutivas) pela prática de crime. Fala-se aqui dos poderes sancionatórios da Administração. E isso, especialmente, quando no processo administrativo é igualmente garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 32º/10 da CRP e art. 5º, LIV e LV, da CF), cujas decisões devem ser igualmente fundamentadas (nos moldes dos art. 124º do CPA e art. 50 da Lei nº 9.784/99), num contínuo processo de jurisdicionalização dos procedimentos elaborados na seara administrativa, como já ocorrido com os tribunais administrativos em Portugal⁵⁴⁵.

Não se olvida, ademais, o privilégio da execução prévia que detém a Administração para o cumprimento de suas decisões. Por isso, Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa elucida que “a Administração depara-se a cada passo com a necessidade de aplicar o Direito definido na lei ao caso concreto, de ‘dizer o Direito’, de responder à questão *quid juris*” e que “áreas há da actividade administrativa que também

no desempenho da função administrativa, é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material.” Contudo, a hipótese versada na presente parte não se identifica integralmente com a “Justiça Administrativa” de Diogo Freitas do Amaral, apesar de ter com ela pontos de contato. Cf. Jorge Miranda, “Apreciação...”, pág. 269; *Manual...*, IV, pág. 319; a Administração jurisdicionalizada seria uma das hipóteses excepcionais para o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, apesar de não ter identificado com exatidão os contornos e as funções dessa “Administração jurisdicionalizada”.

⁵⁴³ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira *apud* J. J. Gomes Canotilho e Paulo Canelas de Castro, “Constitucionalidade...”, pág. 60. V. Juan José Solozabal Echavarria, “Sobre o Princípio...”, pág. 231; Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O princípio da Reserva de Juiz...”, pág. 22; José Oliveira Ascensão, “Os Acórdãos...”, pág. 259; e José Afonso da Silva, *Direito Constitucional...*, pág. 475.

⁵⁴⁴ Cf. Ac/TC nº 104/85, *BMJ* nº 360 – Suplemento de Novembro, 1986, pág. 447.

⁵⁴⁵ V. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 15; José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa...*, pág. 59 e seg.

envolvem uma composição jurídica de conflitos, ou seja, através da aplicação do Direito. Nomeadamente, conflitos em que a própria Administração é parte”, chamando atenção, designadamente, para a competência que detinha a Administração Direta de Portugal para fixar as indenizações devidas em função das nacionalizações ou das expropriações no âmbito da reforma agrária; a competência do Banco de Portugal para proceder às liquidações extrajudiciais de instituições bancárias (procedimento também usual no Brasil⁵⁴⁶); a competência da Administração Pública para a aplicação de sanções administrativas (especialmente a inibição da faculdade de conduzir e a medida de restrição ao uso do cheque, as quais também são da incumbência da Administração Pública brasileira); a competência das Câmaras Municipais para decretar a perda do mandato do autarca; dentre outras várias cuja natureza jurisdicional ou administrativa não é absolutamente indene de dúvidas⁵⁴⁷.

Hodiernamente, tal questão parece ter se tornando ainda mais obscura; afinal, reclama-se da morosidade, do formalismo, da falta de técnica, do custo e da ineficácia da Justiça e roga-se o “descongestionamento dos tribunais” por meio da instituição de soluções extrajudiciais (ou não formalmente jurisdicionais) de conflitos (“justiça privada”), ainda que por intermédio de órgãos administrativos nas “pequenas causas” (arbitragem institucionalizada de natureza pública ou comparticipada pela Administração Pública)⁵⁴⁸. Igualmente, na esfera do Direito Criminal, roga-se a descriminalização de determinadas condutas ilícitas.

⁵⁴⁶ Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código...*, pág. 2035, algumas empresas comerciais insolventes estão sujeitas a regime especial (não se sujeitam à falência jurisdicional, no juízo universal), dentre elas estão incluídas as instituições financeiras: bancos comerciais, bancos de investimento e empresas de financiamento, além de outras várias. V. J. J. Gomes Canotilho e Paulo Canelas de Castro, “Constitucionalidade...”, pág. 57 e seg.

⁵⁴⁷ Cf. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, p. 90 e s.

⁵⁴⁸ V. Isabel Oliveira, “A Arbitragem do Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, n° 2, Coimbra, 2000, pág. 372, chamando os litígios do consumo de “bagatelas jurídicas”. A Autora esclarece também que na arbitragem institucionalizada as partes optam por entregar a resolução do litígio a organizações autorizadas a praticar a arbitragem voluntária, as quais já têm seus próprios árbitros (ou árbitro) e regulamentos próprios, abdicando da capacidade que a lei lhes confere de escolher os árbitros e as regras do processo que terão de observar (como se passa na arbitragem *ad hoc*).

Demais disso, a algumas Administrações Públicas restou garantida “autonomia” (“Administração Autônoma”⁵⁴⁹) e “independência” (“Administração Independente”⁵⁵⁰) face ao Governo/Poder Executivo, num certo paralelismo com a independência própria dos tribunais, uma vez que não estão sujeitas a ordens ou instruções alheias, designadamente providas de entes superiores da estrutura organizatória administrativa. Aliás, há ainda naquela categoria da Administração entidades públicas dotadas de “autojurisdição” (v. g. as Ordens Profissionais), implementada mediante órgãos internamente independentes, finalizando com isso dar efetividade aos seus poderes disciplinares⁵⁵¹.

Não suficiente, consagram-se, *pari passu*, exceções à regra da irresponsabilidade do Estado por erro do judiciário (art. 5º, inciso LXXV, da CF) quando a responsabilidade civil do Estado por atos administrativos está há muito sedimentada. E isso tudo quando são exigidas garantias jurisdicionais mais profundas contra os atos administrativos, através de

⁵⁴⁹ Cf. Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, pág. 126, a administração autónoma possui as seguintes dimensões: “(a) a “autodeterminação”, isto é, a capacidade de definir a sua própria orientação administrativa, sem a orientações superiores; (b) a auto-responsabilidade, isto é, a não submissão do mérito dos seus actos ao controlo da administração estadual”. E acrescenta, comparativamente à Administração Independente: “Se ‘a essência da administração autónoma está na não sujeição a ordens ou instruções alheias’ (Korinek, 1970:39), então essas administrações independentes compartilham desse traço, sem contudo, serem administração autónoma em sentido material, por não lhes corresponder nenhum substrato sociológico específico”.

⁵⁵⁰ No entender de Vital Moreira, *Administração Autônoma* ..., págs. 127 e 128, o que caracteriza as “Administrações Independentes” é fundamentalmente o seguinte: “(a) independência “orgânica” dos seus titulares, mediante requisitos pessoais de designação, incompatibilidades, mandato fixo, inamovibilidade durante o mandato; (b) independência “funcional”, traduzida na inexistência de ordens ou instruções ou sequer de directivas vinculantes, na ausência de controlo de mérito ou da obrigação de prestação de contas da orientação escolhida, o que se traduz numa certa esfera de “livre determinação” (Chevalier, 1986: § 21) ou “autodeterminação” (Malaret, 1992: 596); (c) independência face aos interesses envolvidos na sua actividade, traduzida na ausência de título representativo na designação dos membros dirigentes e na escolha de personalidades “independentes”, pois mesmo quando na sua composição entram membros das actividades administrativas, eles não são nomeados enquanto tais mas sim enquanto especialistas”. V., ainda, José Manuel Sala Aquer, “El Estado Neutral...”, pág. 409 e 410.

⁵⁵¹ V. Vital Moreira, *Ibidem*, pág. 196.

um controle jurisdicional “menos legalista” e “mais jurisdicionalista”⁵⁵². Enfim, uma certa confusão parece ser mesmo inevitável.

Contudo, na linha doutrinária estabelecida por Afonso Queiró, a função jurisdicional é aquela que visa unicamente prosseguir o interesse público da “paz jurídica” (seria o seu *quid specificium*); enquanto, diversamente, a função administrativa é aquela para qual a resolução duma “questão de direito” objetiva outro resultado prático⁵⁵³. Essa distinção da juspublicística é a que mais encontra guarida na jurisprudência constitucional portuguesa⁵⁵⁴. São, por isso, as “características que o TC mais tem posto em evidência para afirmar a existência de um acto materialmente jurisdicional: (a) a resolução de um conflito de interesses num caso concreto, (b) de acordo com cânones ou critérios normativos jurídicos (e, portanto, de acordo com um direito pressuposto) e (c) que não tenha outro fim senão esse mesmo de dar uma solução jurídica ao conflito”⁵⁵⁵.

Mas, mesmo que assim seja, ainda não se pode negar que há entre a função jurisdicional e a função administrativa uma faixa nebulosa, na qual a caracterização da atividade como sendo resultado de uma ou de outra função se afigura problemática (mormente, quando há igualmente uma “questão de direito” a ser solvida numa “composição jurídica de conflitos”)⁵⁵⁶. Tal complexidade pode ser ainda agravada

⁵⁵² Ou, Cf. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 23: “Resumindo: enquanto se alargavam os horizontes da tutela jurisdicional como meio de defesa dos cidadãos, cresceram alguns problemas que se julgavam para sempre solucionados. Alguns desencanto perante os tribunais e o alargamento da actividade administrativa (incluindo no domínio sancionatório) fizeram surgir uma série de instrumentos novos que “abalam” o entendimento tradicional segundo o qual toda a função jurisdicional estava reservada aos tribunais”. Para Karl Loewenstein, *Teoria...*, pág. 297, seria uma fissura ao monopólio da jurisdição a atribuição de funções judiciais ou quase-judiciais às autoridades não judiciais no curso da transformação do Estado Legislativo para o Estado Administrativo.

⁵⁵³ In “A função administrativa”, ob. cit., pág. 31.

⁵⁵⁴ V. Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 39; e Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 24.

⁵⁵⁵ Cf. Paulo Castro Rangel, *Ibidem*, pág. 40.

⁵⁵⁶ V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, 625. V. José Afonso da Silva, *Direito...*, pág. 475. Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 34: “a ‘justiça administrativa’ (ou, talvez, a administração jurisdicionalizada), por meio da qual a Administração pública é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material” seria uma dessas “zonas cinzentas” entre a função administrativa e a jurisdicional.

se a autoridade administrativa detém um “estatuto” que lhe confere uma especial proteção face às ingerências do Governo/Poder Executivo e de outras entidades administrativas e está igualmente direcionada a atividades que se relacionam com a defesa de direitos fundamentais determinados, numa estreita correspondência para com a posição orgânico-funcional da autoridade judicial⁵⁵⁷.

Sobre isso, veja-se exemplificadamente a redação atual do art. 37º/3 da CRP em comparação com aquela que vigorava antes da Revisão Constitucional de 1997. Enquanto anteriormente a CRP determinava: “As infrações cometidas no exercício destes direitos – direitos relativos à liberdade de expressão e informação – ficam submetidos aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais”. Atualmente, o texto dispõe: “As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei”. Houve aqui, portanto, uma “desjurisdicionalização” da apreciação de determinados ilícitos (não obstante as infrações podem ser substancialmente as mesmas), os quais estão agora submetidos à competência da entidade administrativa independente respectiva.

É certo também, como antes afirmado, que dentre as funções estatais, a função jurisdicional é aquela que se apresenta mais estanque e mais demarcada⁵⁵⁸, isso em consequência do próprio “isolamento” dos juízes em relação às interferências provenientes dos demais Poderes; oriundo de sua peculiar independência (art. 203º da CRP e art. 95 da CF⁵⁵⁹); imprescindível à imparcialidade judicial. O exercício da juris-

⁵⁵⁷ Sobre a controvérsia que envolve a qualificação da natureza da “atividade disciplinar” do Conselho Superior de Magistratura no direito italiano, V. Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 209. O Autor menciona ser quase unânime na juspublicística italiana a caracterização dessa atividade como atividade materialmente e formalmente jurisdicional.

⁵⁵⁸ Cf. J. Oliveira Ascensão, “A Reserva Constitucional...”, pág. 466.

⁵⁵⁹ Na GG a independência dos juízes está consagrada no art. 97: “1) Os juízes são independentes, estando submetidos unicamente à lei. 2) Os juízes de carreira com mandato vitalício não poderão ser separados, suspensos temporal ou permanentemente, trasladados ou jubilados contra sua vontade, salvo decisão judicial e pelas razões e na forma determinada pelas leis. A lei pode fixar limitações de idade, ju-

dição seria, assim, apenas da competência dos tribunais. Isto é, dizer o que é ou não é direito, tendo como suporte um dado ordenamento jurídico, solucionando um conflito concreto de interesses ou um conflito abstrato de normas⁵⁶⁰, é função que compete *reservadamente* aos tribunais (ou ao Poder Judiciário, no que diz respeito à CF).

Obviamente, está ora em causa o princípio constitucional da separação dos poderes; dele se extraindo, certamente que, pelo menos por princípio, a *função* jurisdicional é matéria guardada aos *órgãos* de natureza jurisdicional, assim identificados e qualificados como tais (art. 202º da CRP e art. 5º, inciso XXXV, da CF). Nesse sentido, acaso se possa cogitar em entorses a esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade, devem apresentar os mesmos fundamento constitucional e possuir rígidos limites, não podendo ser colocados em risco os direitos fundamentais dos particulares e devendo ser resguardadas as suas garantias (na arbitragem, v. g., permite-se apenas a discussão de direitos patrimoniais disponíveis).

Ressalte-se, entretanto, que diversamente do que ocorre com a CRP, na qual restou expressamente consagrado no art. 202º/1 que “Os tribunais são órgãos de soberania com competência para *administrar a justiça* em nome do povo”; e, no art. 202º/2, que “Na *administração da justiça* incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir conflitos de interesses públicos e privados”; a CF preferiu identificar os tribunais integrantes do “Poder Judiciário”, fixando as suas competências (art. 92 e seguintes), fazendo alusão ao termo “função jurisdicional” apenas de modo incidental (nos arts. 127, 133 e 134)⁵⁶¹. Assim, enquanto a primeira se filiou

bilando-se os juízes de mandato vitalício ao alcançar tal idade. No caso de reforma da organização administrativa dos tribunais ou das demarcações judiciais, os juízes podem ser trasladados a outro tribunal ou separados de sua função, porém continuarão percebendo integralmente sua retribuição”. In Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde, *Manual...*, pág. 892.

⁵⁶⁰ Nos termos do Ac./TC nº 182/90, a função jurisdicional pressupõe: uma “composição de conflitos de interesses, levada a cabo por um órgão independente e imparcial, de harmonia com a lei ou com critérios por ela definidos, tendo como fim específico a realização do direito ou da justiça”.

⁵⁶¹ V. Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 21.

essencialmente à doutrina orgânico-funcional (relacionando a função jurisdicional com os tribunais); a segunda preferiu filiar-se primordialmente à doutrina organicista (identificando os órgãos integrantes do Poder Judiciário e que, nessa medida, podem exercer funções materialmente jurisdicionais)⁵⁶². A diferença final entre ambas, todavia, não deixa de ser tênue.

Mas, será que tal regra constitucional é absoluta? Ou, em outros termos, será que compete *exclusivamente* aos tribunais (ou ao Poder Judiciário – CF), como órgãos estatais, o exercício da jurisdição⁵⁶³? Ver-se-á, para isso, as disposições constitucionais próprias de cada Carta Magna⁵⁶⁴, afinal, ainda que seja possível se falar em exceções constitucionalmente implícitas ao princípio do monopólio do juiz (dos tribunais, em face da CRP, e do Poder Judiciário, em face da CF) para o exercício da jurisdição; não se pode perder de vista que a mesma deve ser correlacionada ainda com a *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. E,

⁵⁶² Cf. José Joaquim Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais...”, pág. 63; para a doutrina funcionalista todos os órgãos incumbidos do desempenho de determinada função do Estado materialmente definida – a função jurisdicional – são tribunais, mesmo quando não estejam subordinados a um tribunal superior ou incluídos numa ordem jurídica. Para a doutrina organicista, o que conta é a inserção do órgão no complexo de serviços do Estado, num particular poder denominado judicial ou “tribunais”, independente da função exercida. Por fim, para a doutrina orgânico-funcional, os tribunais são órgãos que tendo a seu cargo a exclusiva ou predominantemente a função jurisdicional, se integram orgânica e estruturalmente num aparelho que, dentro do Estado, está especializado na tarefa de administrar a justiça. Todavia, não obstante o desenho da CF, a doutrina brasileira também se atrela aos fundamentos dos funcionalistas. V. Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 380, conceituando a função jurisdicional como aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida, mediante processo regular, produzindo coisa julgada. Tb. José Afonso da Silva, *Direito...*, pág. 475, para quem jurisdição significa compor conflitos de interesse no caso concreto.

⁵⁶³ A Lei nº 3/74 (Portugal), de 14 de Maio, em seu art. 18º/I, rezava: “as funções jurisdicionais serão exercidas exclusivamente por tribunais integrados no poder judicial”. V. J. J. Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais...”, pág. 86. Tanto no Brasil, como em Portugal, já é reconhecido o exercício privado de funções jurisdicionais, em determinadas matérias (direitos patrimoniais disponíveis), através da arbitragem (tribunais privados *ad hoc*). V. Lei nº 31/86, de 29 de Agosto (Portugal) e Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996.

⁵⁶⁴ V. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva de Juiz...”, p. 34.

como já há muito argumentado, trata-se de um poder apenas extraordinariamente legítimo.

Sendo assim, reitere-se, mesmo que seja viável (constitucionalmente dizendo) *se aventar* a existência de permissão constitucional implícita que justifique o exercício de funções materialmente jurisdicionais pela Administração Pública ou pelas autoridades materialmente administrativas (neste caso, quando não inseridas no complexo orgânico da Administração Pública); isso se existir um “fundamento material para opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios”⁵⁶⁵; ou, ainda, “um interesse público (designadamente administrativo), um daqueles que são susceptíveis de comover uma intervenção estadual (não jurisdicional)”⁵⁶⁶, sendo o caso, portanto, dum “monopólio da última palavra do juiz” (resguardando-se, por lógico, a garantia de acesso aos tribunais, nos termos dos art. 20º da CRP e art. 5º, inciso XXXV, da CF); deve-se certificar se isso já será suficiente para legitimar extraordinariamente o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pelas autoridades; as quais, nessas circunstâncias, realizarão atividades formalmente administrativas e materialmente jurisdicionais.

Na verdade, no inter-relacionamento das eventuais exceções constitucionais ao princípio da reserva do juiz com o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pelas autoridades administrativas está sendo pressuposta a afirmativa de que a competência para o excepção-

⁵⁶⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 623: “Fora os casos individualizados na Constituição, o reconhecimento do monopólio da primeira palavra tende a afirmar-se quando não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios”.

⁵⁶⁶ Cf. tb. Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 64: “E não se esqueça que não basta a identificação da necessidade de resolução de uma “questão jurídica”; é ainda imperioso que, no caso, não se afirme concomitantemente um outro interesse público (designadamente administrativo), um daqueles que são susceptíveis de comover uma intervenção estadual (não jurisdicional). Em tal hipótese – sem que se negue a intercessão de uma “questão de direito”, que poderá ser resolvida, a título final, por um tribunal, embora sempre, só e enquanto questão jurídica – a verdade é que não se poderá excluir a legitimidade constitucional da intervenção decisória da autoridade não jurisdicional para a pacificação do interesse público. Nesta última contingência – pressuposta que seja a incidência de uma questão jurídica – estaremos numa área de reserva relativa de jurisdição”.

nal exercício da função *materialmente* jurisdicional e formalmente administrativa (mas não formalmente jurisdicional⁵⁶⁷) poderá carregar consigo a faculdade de desaplicar as leis que infringjam a Constituição no caso concreto; isso como próprio *corolário* dessa materialidade jurisdicional.

Por outras palavras, se a recusa das leis e dos atos normativos incompatíveis com a Constituição é inseparável da função jurisdicional no Direito português e no Direito brasileiro (no sentido de que “dizer o que é ou não é direito no caso em litígio” pressupõe a prévia apreciação da constitucionalidade dos atos normativos a este aplicáveis; isto é, de que “a função jurisdicional integra também a fiscalização da constitucionalidade”⁵⁶⁸), a sobreposição da materialidade jurisdicional sobre a formalidade administrativa do ato poderá implicar que a Administração Pública (ou as autoridades materialmente administrativas) possa levar a efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” por ocasião da prévia resolução da “questão de direito” na composição do conflito de interesses. Decerto, isso se argumentando sempre em termos excepcionais, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes e, certamente, ao princípio da reserva do juiz.

Todavia, é fato também que o art. 204º da CRP e o art. 97 da CF fazem referência aos “tribunais”. E o art. 209º da CRP e o art. 92 da CF identificam quais são os órgãos componentes dessa categoria, evidentemente, sobressaltando aqueles que *organicamente* integram o “Poder Judicial”.

⁵⁶⁷ Aqui, valendo-se dos argumentos de José Carlos Vieira de Andrade, *apud* Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 80, para quem: “no nosso entendimento, a reserva absoluta do juiz ... só se imporá no que se pudesse considerar o núcleo duro da função jurisdicional ...; por sua vez, nas zonas de contacto com outras actividades, designadamente a administrativa, valerá apenas uma reserva relativa ... assim, mesmo que se tenha concluído que a fixação de indemnizações constitui uma actividade materialmente jurisdicional, ainda se poderá perguntar-se se é daquelas que tenha de ser reservada em absoluto aos tribunais ...”

⁵⁶⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 796. Como ficou registrado nas páginas anteriores, tanto o Direito português, como o direito brasileiro, em termos de controle da constitucionalidade das leis, têm origem no instituto da *judicial review* americana.

No que diz respeito à CF, sabe-se já que o aludido art. 97 não obstaculiza que os juízes monocráticos (usualmente diferenciados, em termos linguísticos, dos “tribunais” de 2ª instância e instância máxima) possam (e devam) apreciar a constitucionalidade das leis nos feitos em julgamentos e rejeitar aquelas que considerem desconformes a Constituição⁵⁶⁹; mesmo porque, o controle incidental de constitucionalidade é instituto secular do Direito brasileiro.

Desse modo, poder-se-ia argumentar que tanto a CRP, como a CF, apenas admitiriam a desaplicação de normas infraconstitucionais (especialmente atos normativos primários), nos casos concretos (conflitos de interesses), quando a função levada a efeito seja, para além de materialmente jurisdicional, também formalmente (isto é, aquela cujos autores são todos e apenas os tribunais em sentido orgânico)⁵⁷⁰.

Mas, será que essa interpretação se coaduna com o fito da Justiça Constitucional, objetivamente voltada à guarda da Constituição (e direta ou indiretamente à defesa dos direitos fundamentais), quando inclusivamente se encontra predisposta para que a “última palavra”

⁵⁶⁹ Cf. Paulo Roberto Ramos Barbosa, *O Controle Concentrado...*, pág. 85: “No Brasil o controle incidental pode ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, tendo em vista um caso concreto, um processo submetido a seu julgamento”. Cf. tb. Ronaldo Polleti, *Controle da constitucionalidade...*, pág. 198: “Toda decisão judicial tem implícita em si uma declaração de direito. Uma sentença nada mais é do que a concreção específica de uma norma abstrata genérica. O juiz singular, ao sentenciar, aplica a um caso concreto o comando abstrato contido na norma. Para isso, ele precisa escolher a norma, bem como, interpretá-la. Quando deixa de aplicar, uma lei, por entendê-la contrária à Constituição, estará, pelo seu juízo, aplicando esta última e declarando a primeira inconstitucional... O juiz singular nada mais estará fazendo do que aplicar o raciocínio de Marshall no célebre caso *Marbury versus Madison*”.

⁵⁷⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 922: “Tribunais no sentido dos arts. 204º e 280º/1 devem considerar-se todos os órgãos jurisdicionais aos quais é atribuída, como função principal, a actividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à Constituição e à lei. Por esta definição se verifica que há dois problemas prévios quanto à qualificação das autoridades judiciais: (i) natureza judicial do órgão; (ii) natureza jurisdicional da actividade que ele desenvolve... No que se refere à primeira questão – natureza judicial do órgão – tem se entendido dever tratar-se de um verdadeiro tribunal e não de um simples órgãos de composição de conflitos (ex: órgãos disciplinares das ordens profissionais, jurisdição desportiva, Conselho Superior de Magistratura) ...”. V. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização da Constitucionalidade...”, pág. 24.

seja proferida pela Corte Constitucional? Será que também se harmoniza com a própria essência da função jurisdicional de “dizer o Direito aplicável ao caso”? Será que se pode “fazer justiça” numa atividade apenas materialmente jurisdicional, especialmente se a proteção de direitos fundamentais determinados está também em jogo, sem o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”?

Aliás, ressalte-se que nos procedimentos administrativos (designadamente sancionatórios e disciplinares) são usualmente aplicadas leis substantivas e processuais e, não apenas normas infralegais, e que os seus correlativos “réus” (ou “acusados”) têm igualmente o direito de tecer uma ampla defesa, na qual se pode inserir a arguição sobre a inconstitucionalidade dos atos normativos primários que poderão vir a ser aplicados concretamente no caso.

Por outro lado, será que não se deve interpretar *tribunais* como órgãos estatais (ainda que não integrados no complexo do “Poder Judicial” ou na “categorias de tribunais”) incumbidos de uma peculiar função jurisdicional e dotados de uma independência objetiva e subjetiva que resguarde e preserve a necessária imparcialidade da decisão; e, assim, no especial, quando a entidade independente esteja essencialmente direcionada à proteção de determinados direitos fundamentais, porque esse *múnus* requer também a sua implementação em face da lei (poder-se-á dizer que se trata aqui de uma função “parajurisdicional”⁵⁷¹)?

Aliás, em analogia, lembre-se que a jurisprudência constitucional portuguesa, quanto ao significado de “normas jurídicas”, sedimentou um “conceito funcionalmente orientado”; capaz de dar guarida aos propósitos do controle sucessivo, onde se “está subjacente uma componente de pro-

⁵⁷¹ V. art. 6º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 4º, II, da CF e art. 16º/2 da CRP). Cf. elucida Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 198: “No nosso país não se pode por conseguinte subscrever a afirmação de Cate-lani (1976:253), segundo a qual ‘nada impede que o direito positivo confira expressamente funções mesmo formalmente jurisdicionais a entes públicos menores diversos do Estado’. A administração só pode praticar actos administrativos, não actos formalmente jurisdicionais; e por isso só é admissível que a administração pratique actos parajurisdicionais quando estes não se enquadrarem no núcleo duro da função jurisdicional, que é constitucionalmente reserva aos tribunais. (§) As decisões das referidas instâncias profissionais, se bem que *materialmente equiparáveis à função jurisdicional*, são formalmente decisões administrativas, contenciosamente impugnáveis como tais, e não como decisões jurisdicionais”. – g.n.

tecção jurídica típica do Estado de direito democrático-constitucional”⁵⁷². Com isso, ampliou-se o âmbito para a efectivação da defesa indirecta dos direitos fundamentais na Justiça Constitucional lusa.

Com efeito, a “imparcialidade judicial” e a “imparcialidade administrativa” (ou impessoalidade administrativa, nos termos do art. 37, *caput*, CF) têm fundamentos diversificados; não se identificam e nem se excluem. Enquanto esse princípio orienta-se no sentido de que a Administração Pública deve vincular-se ao interesse público que incumbe legalmente prosseguir, sem incorrer em favoritismos; subjetivismos; privilégios ou despotismo⁵⁷³; a imparcialidade judicial liga-se à qualidade de ser “terceiro” ou de “não tomar parte” relativamente aos interesses em conflito no processo: “Imparcialidade implica, desde logo, isenção e objectividade: isenção porque o juiz deve estar numa posição de distanciamento e *independência* face às partes e aos interesses por elas defendidos ou representados; objectividade, pois os critérios materiais da justiça devem ser critérios objectivos, lógicos e racionais”⁵⁷⁴ – g.n.

Todavia, tais princípios têm efetivamente pontos em comum (entrelaçam-se, por exemplo, no princípio da igualdade) e apresentam peculiar similitude. Aliás, como afirma Maria Teresa de Melo Ribeiro: “A neutralidade política da Administração Pública constitui, assim, um corolário necessário do princípio da imparcialidade administrativa e da prossecução objectiva e exclusiva do interesse público. A neutralidade é, simultaneamente, consequência e contrapondo da indepen-

⁵⁷² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 864. V. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional...”, pág. 948; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 91. Referências bibliográficas anteriormente citadas. V., ainda, Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 301.

⁵⁷³ V. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 147 e seg.; José Carlos Vieira de Andrade, “A Imparcialidade...”, pág. 220; Jorge Miranda, *Manual...*, V, pág. 23; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos...*, pág. 32.

⁵⁷⁴ Cf. Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da imparcialidade...*, pág. 21. Cf. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 29 e 30: “o que no fundo se visa assegurar com a independência judicial e as respectivas e múltiplas exigências, é o equilíbrio social. ... Para isso, o que será absolutamente decisivo será a aparência de independência, uma vez que só assim as partes, em primeiro lugar (e sobretudo a parte vencida) e a sociedade em geral, em segundo lugar (incluindo a comunidade jurídica com o seu papel de vigilância), ficarão convencidas de que a decisão judicial – boa ou má, justa ou injusta – foi a única e somente (ou predominantemente) determinada pelo Direito”

dência da Administração”⁵⁷⁵. Por isso, “a distinção – a Administração como ‘parte imparcial’ e o juiz como ‘super partes’ –, que correspondia a uma visão correcta da situação político-constitucional do século passado, parece esbater-se durante o nosso século”⁵⁷⁶.

Por outro lado, consoante visto na hipótese atinente à jurisprudência constitucional como fonte de juridicidade administrativa, “seja no Brasil, seja em Portugal, existe um sistema de intervenção obrigatória do Ministério Público nos feitos onde haja arguição de inconstitucionalidade... ou julgamento de inconstitucionalidade” das leis aplicáveis ao caso; donde se percebe que há uma reserva favorável ao STF e ao TC para o exercício do controle incidental, podendo estas Cortes proferir a última palavra acerca da controvérsia constitucional (art. 221º da CRP e art. 102, III, b) da CF)⁵⁷⁷. Tal “concentração parcial”⁵⁷⁸ da competência para o controle da constitucionalidade dos atos normativos do poder político nas aludidas Cortes também poderia ser um outro argumento para justificar que apenas se poderia falar em “desaplicação de leis inconstitucionais” em casos concretos (conflito de interesses) quando em causa um ato formal e materialmente jurisdicional.

Entretanto, mesmo na lógica que preside os sistemas jurídicos em que apenas a Corte Constitucional tem competência para *apreciar e para pronunciar-se positivamente* acerca da constitucionalidade dos atos normativos (controle concentrado), os tribunais ordinários participam da Jurisdição Constitucional, na medida em sua “apreciação negativa” é pressuposto para a instauração da questão incidental no juízo *ad quem*. Esta, depois de solvida pela Corte Constitucional, possibilita o integral exercício da função (e do múnus) jurisdicional ordinário.

Não suficiente, entende-se que o funcionamento dos mecanismos da justiça constitucional (aqui mencionados num sentido amplo, art. 204º da CRP e art. 97 da CF) deve ser mesmo compreendido de modo “funcionalmente adequado”. Assim, serão incluídos os eventuais (*se constitucionalmente legítimos*) atos apenas materialmente jurisdicionais (mas formalmente administrativos), especificadamente quando

⁵⁷⁵ Cf. Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O Princípio da imparcialidade...*, pág. 190.

⁵⁷⁶ V. José Carlos Vieira de Andrade, “A Imparcialidade...”, pág. 226.

⁵⁷⁷ V. Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 32.

⁵⁷⁸ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 90.

resultarem de uma atividade administrativa de uma entidade independente que tenha por fim a proteção de direitos fundamentais determinados (por isso, doravante designados atos “parajurisdicionais”); uma vez que não se justifica que essa proteção seja implementada, *em termos iniciais*, pelos tribunais. Obviamente, pressupõe-se que tais atos sejam elaborados por órgãos que preencham os pressupostos necessários à imparcialidade da decisão, cujos membros devem ser dotados de especial “independência” objetiva e subjetiva, em analogia à independência judicial. Com isso, essa referida proteção de direitos fundamentais pode ser implementada em total consonância com as cautelas que os mesmos exigem.

Como é sabido, insere-se na independência judicial: a imparcialidade da autoridade, com as decorrentes incompatibilidades de exercício e a sua irresponsabilidade no exercício da função; a não sujeição a ordens de quem quer que seja; o modo de sua designação; bem como a sua inamovibilidade⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ V. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 27 e seg.; e J. J. Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais...”, pág. 65. V., ainda, Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 44, elucidando os requisitos da independência subjetiva e objetiva na jurisprudência do TC: “E assim o TC não se furta à tarefa de elencar algumas das características que um determinado órgão deverá revestir para reentrar num conceito constitucionalmente adequado de “tribunal”. Impõe, por isso, que os órgãos em causa sejam dotados de uma independência que se possa dizer simultaneamente “objectiva” e “subjectiva” – e, com isso, faz luz sobre o conteúdo do art. 206º da CRP, nos seus dois segmentos normativos: a independência (subjectiva) e a exclusiva submissão à “lei” (independência objectiva). (§) A dita *independência objectiva* está ainda, em certo grau, ligada à natureza jurisdicional da actividade exercida (e poderia, portanto, dela deduzir-se e, eventualmente, nela consumir-se), na medida em que se traduz no imperativo de exclusiva subordinação à “lei”... Esta última acepção de independência judicial – a que o TC tem chamado sugestivamente *independência subjectiva* – é que contende directamente com os imperativos de imparcialidade e de isenção e com garantia de estatuto funcional que os assegure e promova. Em boa verdade, ela evoca os conteúdos significativos que tradicionalmente andam ligados à ideia de independência judicial: a autonomia perante os poderes estaduais e correspondentes titulares; a imparcialidade perante os interesses e pretensões dos litigantes; a indiferença diante dos poderes sociais e da opinião pública; a independência perante os restantes juizes (ainda que co-titulares do mesmo colectivo) e perante o poder judicial como um corpo”. V. ainda Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 266.

Em suma, devem ser concedidos às autoridades que elaboram atos formalmente administrativos e materialmente jurisdicionais e que, cumulativamente, envolvam a defesa de determinados direitos fundamentais (sendo “decisões administrativas parajurisdicionais”) atributos que sejam capazes de assegurar sua “independência” e a fiel e plena submissão à lei; de forma que sua decisão possa ser concretizada com a devida imparcialidade. Nesse sentido, a entidade independente pode resguardar os direitos fundamentais para os quais está essencialmente voltada sem que haja um tipo de déficit garantístico, o qual pudesse pôr em causa a juridicidade da execução de sua função (Pense-se, v. g. na função da Alta Autoridade para a Comunicação Social de assegurar o direito à informação, a liberdade de imprensa e a independência dos meios de comunicação social – art. 39º, bem como na atual disposição do art. 37º/3, ambos da CRP).

Registre-se que não se trata, evidentemente, de uma “independência” no sentido da judicial, que congloba todo o “Poder Judicial”; mas sim de uma “independência relativa”⁵⁸⁰; a qual, contudo, incide especialmente sobre a autoridade autora do ato materialmente jurisdicional (e/ou sobre um órgão especial interno dotado de funções “parajurisdicionais”), fornecendo as garantias necessárias para a feitura de

⁵⁸⁰ Cf. Vital Moreira, *Administración Autónoma...*, pág. 131: “Primeiro, a independência da chamada administração independente é freqüentemente muito relativa... A própria independência de seus órgãos só está garantida pela relativa inamovibilidade, mas faltando freqüentemente no momento da nomeação, mesmo quando não são escolhidos livremente pelo Governo...”. E continua, às pág. 132: “A independência da administração independente em relação ao Governo é uma relação inteiramente “endo-administrativa”, pois não extravasa o quadro da administração do Estado”. Acrescenta, às pág. 135: “é de se considerar que os poderes das autoridades administrativas independentes não podem naturalmente envolver o exercício de poderes normativos que hajam de ser reservados à lei nem uma usurpação dos poderes jurisdicionais dos tribunais...”. Contudo, em nota, ainda na pág. 135: “As autoridades administrativas independentes podem acumular poderes de três espécies: poderes normativos, poderes de decisão individual, poderes sancionatórios e de adjudicação de conflitos. Quanto a este último poder, elas funcionam como instâncias parajurisdicionais, sendo em certo sentido uma alternativa ao poder jurisdicional (M. J. Guédon, 1991:22s). Essa leitura é acentuada pela própria imagem de independência e imparcialidade dessas autoridades, pelas incompatibilidades dos seus membros e pelos procedimentos quase judiciais estabelecidos na lei (*Idem*: 23)”. V. tb. José Manuel Sala Aquer, “El Estado Neutral...”, pág. 409 e seg.

uma decisão imparcial. Para isto, por certo, deve-se averiguar o “estatuto” próprio dessa autoridade e cientificar se ele está apto para tanto, o que deve ser aferido caso a caso.

Tal configuração (órgãos ou autoridades com funções que podem ser consideradas materialmente jurisdicionais, dotados de “independência e imparcialidade” relativas e em searas voltadas à defesa de determinados direitos fundamentais: funções “parajurisdicionais”) pode ser verificada em relação a certos tipos de estrutura administrativa, dentre as quais aquelas inseridas na “Administração Autônoma” ou na “Administração Independente”.

Decerto, ambas não estão sujeitas “a orientação externa nem a um controle de mérito” dos seus atos pela Administração Estatal⁵⁸¹; razão pela qual há um “distanciamento” do Poder Executivo (ou do Governo). Ademais, quanto à Administração Autônoma, não obstante a previsão constante do art. 199º/d da CRP, pode-se verificar, no plano fático, que a mesma não se encontre sujeita a qualquer tipo de tutela por parte do Governo, sequer de legalidade, ante a ausência da previsão legal correlativa (identificando-se, sob esse aspecto, com a “Administração Independente”)⁵⁸².

⁵⁸¹ Cf. Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, pág. 126. V., sobre a impossibilidade do Governo de Portugal ser responsabilizado pelo mérito das atividades das Autarquias Locais (bem como, atualmente, sobre a integralidade das atividades das Ordens Profissionais), Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 795.

⁵⁸² V. Vital Moreira, *Ibidem*, pág. 215. Cf. salienta o Autor, às pág. 216: “Em Portugal, hoje em dia, as ordens profissionais também não estão sujeitas em geral a qualquer forma de tutela. O controlo da sua actividade é estritamente judicial. Os estatutos de quase todas as ordens e demais associações públicas profissionais são explícitos no sentido de que elas ‘são independentes dos órgãos do Estado e livres e autónomas’ nas suas funções”. Para este Autor, a ausência de tutela só seria constitucionalmente admissível se houvesse expressa credencial constitucional, inexistente na CRP para as Ordens Profissionais. V. *Ibidem*, pág. 217. V., tb, Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 795, nota. Em termos gerais, a mesma situação é verificada no Brasil, relativamente às Ordens Profissionais. V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, pág. 392. Nos termos do art. 44, §1º, da Lei nº 8.906 de 04 de Julho de 1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – “A OAB não mantém com órgão da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”.

Assim, continuando, pense-se, logo de início, na “autojurisdição” das Ordens Profissionais⁵⁸³, na medida em que, para além de não estarem sujeitas à tutela governamental, tenham um “órgão especial dotado de independência face aos órgãos deliberativos e executivos, destinados a apreciar as queixas dos membros da colectividade em causa, ou a aplicar sanções pelas infracções cometidas, ou a resolver pendências entre os seus membros”⁵⁸⁴; atividade que não se pode negar estar

⁵⁸³ Não se ignora que existe um “conflito” interno nas Ordens Profissionais por causa de sua natureza pública (inclusivamente com poderes normativos no campo da regulação da profissão) e da função de representação e defesa dos interesses profissionais. Por isso, “o conceito de associação pública levanta, não raras as vezes, certa hesitação ou perplexidade”, *apud* Jorge Miranda, “As Associações Públicas no Direito Português”, *RFDUL*, vol. XXVII, 1986, pág. 67. Cf. Vital Moreira, “As Ordens Profissionais: entre o organismo público e o sindicato”, *Separata da RMP*, nº 73, 1998, pág. 30, 33, 42 e 45: “O que caracteriza as corporações públicas é a sua natureza incontornavelmente dualista. ... Quando se fala em associações públicas profissionais, os termos que vêm à mente são dualismo e ambivalência.” Daí que “as ordens profissionais colocam dois problemas, respectivamente quanto ao princípio da imparcialidade da administração e quanto ao princípio da igualdade”. Todavia, em Portugal, “quase todos – estatutos – prevêem órgãos disciplinares separados da direcção da corporação (excepto a Ordem dos Advogados e a Associação dos Arquitectos Portugueses)”. O Autor conclama a edição de uma lei-quadro das corporações profissionais, a qual deveria “Instituir uma verdadeira separação de poderes internamente, confiando a função disciplinar e para-jurisdicional a um órgão separado dos órgãos directivos da corporação, devendo ser necessariamente presidido por um leigo (se possível um magistrado), designado pela própria corporação ou mesmo pelo Estado, como sucede em vários outros países; só assim se podem estabelecer garantias de independência no desempenho dessa função”.

⁵⁸⁴ Cf. Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 196. Aliás, o art. 92 da GG dispõe: “Se confia aos juízes o poder judicial”. E o art. 101: “1) se proíbem os tribunais de excepção. Todos tem direito ao juiz predeterminado por lei. 2) Somente por lei é possível criar tribunais especializados”. Contudo, Cf. elucida Wolfgang Heyde, “La Jurisdicción”, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual...*, pág. 770: “isso não exclui os órgãos judiciais próprios das associações profissionais. Os tribunais não necessitam de ser criados em forma de órgãos directamente estatais; também podem estar subordinados a corporações de Direito Público”. Cf. Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Livraria Almedida, Coimbra, 1997, pág. 270: “Na Alemanha os conselhos jurisdicionais das ordens profissionais são igualmente considerados tribunais especiais para efeitos do art. 101º da Constituição” (o qual prevê os tribunais especializados). Os arts. 49 e 51 da Lei nº 8.906, de 04 de Julho de 1994 (que Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), dispõem, respecti-

intimamente relacionada à defesa do direito fundamental ao pleno exercício da profissão.

Como exemplo de um órgão desse tipo tem-se o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 70 e seguintes da Lei Federal nº 8.906, de 4 de Julho de 1994 – que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil); o qual pode ser movimentado por representação de interessados. Relembre-se, ademais, que a OAB não está sujeita a qualquer tipo de vínculo tutelar para com a Administração Pública do Estado. Ademais, em Portugal, veja-se novamente o art. 37º e o art. 39 da CRP e o art. 4º da Lei nº 43/98, de 06 de Agosto (Lei da Alta Autoridade para a Comunicação Social)⁵⁸⁵.

Para corroborar, tendo por parâmetro a CRP, a Corte Constitucional portuguesa asseverou: o “funcionamento dos mecanismos da justiça constitucional referidos na Constituição... abarca os actos jurisdicionais próprios ou, ainda, eventualmente, aqueles casos em que um entidade imparcial, com estatuto de juiz tenha de decidir um certo caso concreto que lhe foi apresentado para apreciação através da aplicação de normas jurídicas, devendo a decisão proferida ser acatada obrigatoriamente pelas partes ou entidades a que diga respeito... Mas poderão os assinalados preceitos (artigos 207º e 280º da Constituição) ser objecto de aplicação naquelas actividades que, embora não enquadráveis no âmbito das funções jurisdicionais, apresentam com estas *fortes analogias* ? (§) Verificar-se-ia esta situação quanto, apesar de não existir um situação conflitual a ser dirimida, um órgão imparcial e independente fosse chamado a verificar a legalidade de certo acto,

vamente: “O Tribunal de Ética e Disciplina é competente para orientar e aconselhar sobre ética profissional, respondendo às consultas em tese, e julgar os processos disciplinares”. “O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação dos interessados, que não pode ser anónima”.

⁵⁸⁵ O art. 19, da Lei 9.472, de 16 de Julho de 1997, a qual concretiza o art. 21, inciso XI, da CF, e institui a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações – Entidade Administrativa independente), dispõe que é da sua competência “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações”. Todavia, não seria aqui o caso de uma decisão administrativa “parajurisdicional” nos termos precisados do texto, haja em vista que a função deste ente não é a proteção de determinado direito fundamental, como ocorre com a AACS, mas sim a regulação das telecomunicações. V. art. 18 e 19 da mesma Lei.

devendo utilizar para tanto parâmetros previamente definidos por normas jurídicas. Esta construção permitiu o Tribunal de Constitucional italiano admitir que o Tribunal de Contas (*Corte de Conti*) pudesse levantar questões de constitucionalidade no decurso de processos reconhecidamente não jurisdicionais. ... (§) O que aqui se disse com referência directa ao Tribunal de Contas serviria para outros órgãos ou entidades cuja natureza judicial não é inteiramente pacífica ou dos quais a respectiva actividade possa ser contestada como actividade jurisdicional. (§) A questão não inteiramente pacífica, *muito embora pareça dever considerar-se uma interpretação abrangente daquelas normas*, por forma a ainda abarcarem, para além dos actos jurisdicionais próprios, todos aqueles casos em que uma entidade imparcial, com estatuto de juiz, tenha de decidir um certo caso concreto que lhe foi apresentado para apreciação através da aplicação de normas jurídicas, devendo a decisão proferida ser acatada obrigatoriamente pelas partes ou entidades a que diga respeito... Com efeito, a competência atribuída ao Tribunal de Contas pela norma em controvérsia é uma competência de natureza *puramente* administrativa, não comportando o parecer que no seu exercício poderia ser emitido *qualquer característica próprias da actividade jurisdicional*... Assim, a todas as luzes, há-de concluir que nesta situação, pese embora a natureza judicial do órgão que nela intervém, a sua actividade não pode considerar-se como adequada ao funcionamento dos mecanismos da justiça constitucional referidos na Constituição”. E, finalmente, em Declaração de Voto, ainda sobressaltou (criticamente) o Conselheiro Vital Moreira: “O acórdão, por um lado, parece admitir (ou, pelo menos, não rechaça) a ideia de ser admissível recurso para o Tribunal Constitucional mesmo de decisão de outros órgãos que não tribunais, apesar de a Constituição falar explicitamente em decisão dos tribunais”⁵⁸⁶.

Efetivamente, o fato do art. 280º/1 da CRP conter a expressão “decisões dos tribunais” não exclui, por si só, o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” em atividades apenas materialmente jurisdicionais; ou mais precisamente, quando da formulação de “decisões administrativas para-jurisdicionais” (pressupondo aqui que a enti-

⁵⁸⁶ Ac./TC nº 211/86, de 18 de Junho de 1986, DR, 2ª série, nº 257, de 7 de Novembro de 1986.

dade independente correlativa tem por um de seus fins a proteção de direitos fundamentais determinados).

Todavia, ainda relativamente à CRP, deve-se entender que o recurso de constitucionalidade para o TC somente será cabível contra a decisão de provimento dos tribunais (decisão formalmente jurisdicional, portanto) e esta, por sua vez, exige que a controvérsia (“o conflito de interesses”) tenha sido devidamente submetida ao crivo dos tribunais, tendo por fundamento o “monopólio da última palavra do juiz” (ou seja, a garantia constitucional de acesso aos tribunais). Por meio dessa decisão formalmente jurisdicional, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” concretizado no ato formalmente administrativo poderá ou não receber a chancela do juiz ordinário e, daí, alcançar o TC. Saliente-se, inclusivamente, que o legítimo ato de desaplicação, ainda que formulado no exercício de funções “parajurisdicionais”, tem como um de seus corolários o dever de fundamentação expressa e a notificação do MP, este na qualidade de *custos legis*.

Tal compreensão inviabiliza a configuração de uma eventual “supressão de instância judicial” e o nivelamento, para efeitos do funcionamento dos mecanismos da justiça constitucional portuguesa (em sentido estrito, ou seja, da interposição do recurso de constitucionalidade), de uma decisão apenas materialmente jurisdicional com uma decisão material e formalmente jurisdicional; do mesmo modo que possibilita uma maior proteção aos direitos fundamentais que são visados na decisão “parajurisdicional”.

Aliás, quando em causa as autoridades judiciais (quer frente à CRP; quer frente à CF), o que se tem é um “dever de rejeição de leis inconstitucionais”, em decorrência da competência para a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis; e, não um “poder de rejeição” (este aqui entendido no sentido de uma faculdade que provém da materialidade da função parajurisdicional, que deve ser exercido em *termos excepcionais* pela autoridade administrativa, afinal, sobre essa impera, em *termos gerais*, a observância pelo princípio da legalidade *stricto e lato sensu*).

De acordo com o Direito Constitucional brasileiro, entretanto, para que a controvérsia constitucional seja apreciada pelo STF, o feito deve ter percorrido todas as instâncias judiciais, estando já em fase de “recurso extraordinário”. É o que ordena o art. 102, *caput*, inciso III,

da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”. Ou seja, a controvérsia constitucional, ainda que surgida no regular exercício de uma atividade jurisdicional, carece de ter sido apreciada e solvida pelos Tribunais intermediários.

Doravante, passar-se-á à averiguação da CF e, posteriormente, da CRP no que toca ao princípio da reserva de jurisdição, para certificar-se se é ou não o mesmo um princípio absoluto.

Entrementes, acaso fique demonstrada a relatividade do princípio, conforme dantes alinhavado, dever-se-á considerar cabível o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, em caráter extraordinariamente legítimo, naquelas hipóteses de atividades “parajurisdicionais”, devidamente limitadas e justificadas como sendo casos de “reserva relativa de juiz”, reitere-se: (i) por “um interesse público (designadamente administrativo), um daqueles que são susceptíveis de comover uma intervenção estadual (não jurisdicional)”⁵⁸⁷; (ii) nas quais há o recurso a instrumentos formalmente administrativos para efetuar uma composição de conflitos de interesse; (iii) que se esteja diante de “entidades independentes” que tenham por importante escopo a proteção de determinados direitos fundamentais e, cumulativamente, (iv) que tal atividade “parajurisdicional” seja levada a efeito de modo peculiarmente “imparcial” e “independente”. Fala-se, designadamente, (v) de entes que estejam inseridos (formal ou materialmente) na “Administração Autônoma”⁵⁸⁸ ou na “Administração Independente”⁵⁸⁹, regular e legalmente constituídos (arts. 165º/s e

⁵⁸⁷ Cf., mais uma vez, Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 64; e *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 307.

⁵⁸⁸ V. Vital Moreira, *Administração Públicas...*, pág. 556, falando que as federações desportivas oficialmente reconhecidas como pessoas coletivas de utilidade pública desportiva são consideradas, em Portugal, instâncias de *auto-regulação pública do desporto*.

⁵⁸⁹ No Brasil, são exemplo de “entidades administrativas independentes” as designadas “agências reguladoras”: ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

267º/3/4 da CRP e art. 37, inciso XIX da CF), não sujeitos a qualquer tipo de tutela por parte do Estado.

Sem o preenchimento de todos esses requisitos (*i, ii, iii; iv e v*), não há falar em pleno respeito ao princípio da imparcialidade e, via de consequência, em exercício legítimo de função materialmente jurisdicional (“parajurisdicional”). Enfim, não se poderá considerar como extraordinariamente legítimo um “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pelas autoridades administrativas, cuja atividade envolva a defesa de específicos direitos fundamentais, se esta não está sendo concretizada de forma absolutamente legítima.

Por fim, como já noticiado, mesmo em se tratando de “entidades independentes de defesa de direitos fundamentais” ou de “autoridades materialmente administrativas com funções parajurisdicionais”, a eventual desaplicação da lei na resolução da “questão de Direito” tem, do mesmo modo, como sua consequência formal, a notificação do MP, para além de outros encargos (conforme se elucidará mais detidamente na parte seguinte da Dissertação, relativa ao *como da questão*).

7.1.1. *Brasil*

De fato, a CF (art. 93, inciso X) determina que todas as “decisões administrativas dos tribunais serão motivadas” (uma vez que nem toda a atividade desenvolvida pelo “Poder Judiciário” é produto de sua

(instituída pela Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997, conforme o art. 21, XI, da CF) e a ANP – Agência Nacional do Petróleo (instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de Agosto de 1997, conforme o art. 177, § 2º, III, da CF). A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de Dezembro de 1996) não tem fundamento constitucional expreso. Contudo, não se cogita de decisões administrativas “parajurisdicionais” dessas “entidades administrativas independentes” brasileiras, uma vez que estão precipuamente direcionadas à regulação das respectivas atividades econômicas. Assim disposto no art. 2º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); art. 8º da Lei nº 9.478/97 (ANP) e art. 8º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL). Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, pág. 392, a “Administração Independente” não é uma inovação no Direito brasileiro: isso “porque já existem,..., muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo, tal como ocorre com as Universidades Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades em que os dirigentes dispõem de mandato fixo, não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo”.

função jurisdicional); que ao Senado Federal compete “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles” e “processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” (art. 52, incisos I e II, respectivamente)⁵⁹⁰; que “As comissões parlamentares de inquérito... terão *poderes de investigação* próprios das autoridades judiciais” (art. 58, §3º)⁵⁹¹; que ao Tribunal de Contas (órgão não integrado no Poder Judiciário; apesar dos seus Ministros possuírem as mesmas prerrogativas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, garantidas no art. 73, §3º) compete “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos...” (art. 71, inciso II); que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei” (art. 217, § 1º) e que “A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir *decisão final* (art. 217, § 2º)-g.n.

Depreende-se, assim, que funções (e/ou poderes) que *podem materialmente ser assemelhadas* às funções jurisdicionais foram reconhecidas a órgãos que não integram o Poder Judiciário.

Não o suficiente, o art. 5º, inciso LV, ainda diz expressamente: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Daqui, extrai-se que, perante a CF, os processos administrativos podem ter como um de seus objetivos solver um dado “litígio”; isto é, “um conflito de interesses caracteri-

⁵⁹⁰ Cf. Karl Loewenstein, *Teoria...*, pág. 297; uma exceção ao monopólio dos tribunais ordinário é o exercício da chamada “justiça política” por parte das assembleias parlamentares; que pode ser justificada pela natureza política das ofensas alegadas. Salienta, ademais, o Autor que tal instituição está praticamente em desuso.

⁵⁹¹ V., de um modo crítico, Karl Loewenstein, *Teoria...*, pág. 296. V. Sobre o art. 178º/5 da CRP, homólogo ao citado art. 58, §3º, da CF., Paulo Rangel Castro, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 331, afirma: “à atividade de inquérito e de investigação parlamentar, é por demais evidente a zona de fronteira com a actividade típica, característica e própria do poder judicial e, em especial, dos tribunais”.

zado pela pretensão de um dos titulares e por uma actual ou eventual resistência do outro” (Castro Mendes, *Dir. Processual Civil*, 1980-69)⁵⁹².

Portanto, em face da CF, não se deve considerar o princípio da reserva do juiz como sendo algo absoluto. Deve-se, de outro modo, com supedâneo no princípio constitucional da separação dos poderes e, via de consequência, no princípio do Estado de Direito, perspectivá-lo como um princípio que obrigatoriamente se impõe quando não exista fundamento considerado constitucionalmente relevante para a legítima utilização de um procedimento não formalmente jurisdicional de composição de litígios. Trata-se de uma “reserva de juiz tendencialmente absoluta”.

Com efeito, não serão analisadas todas as exceções concretas havidas no Direito brasileiro (consideradas legítimas) que podem ser traduzidas como exercício de competências materialmente jurisdicionais e formalmente administrativas.

Todavia, registre-se, para que se possa falar em excepcionalmente legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, há que se estar diante de uma dada situação em que aqueles pressupostos identificados *a priori* sejam constatados; isto é: deve-se tratar de uma função “parajurisdicional” (a qual, como já afirmado, tem a ver com a proteção de direitos fundamentais determinados) e deve-se estar em face de uma “entidade independente”; fatores imprescindíveis para os efeitos da *questio* na hipótese em discussão. Tem-se em vista, designadamente, como um primeiro exemplo paradigmático do sistema jurídico brasileiro, o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Todavia, tem algum interesse para o presente debate apresentar o que a doutrina brasileira argumenta acerca das atividades desenvolvidas pelo Tribunal de Contas, apesar de não se estar diante de uma atividade “parajurisdicional” nos termos precisados anteriormente: “tem algumas atribuições próprias do Poder Judiciário, exercendo

⁵⁹² Apud João Melo Franco e Herlander Antunes Matins. *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pág. 549. V. tb., Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 226.

função judicialiforme, para usar a expressão de Pontes de Miranda”⁵⁹³. Por outro lado: “Incisivo, J. Cretella Jr. deixa claro que as *decisões* do Tribunal de Contas não constituem *sentenças*, alertando que, no Brasil, apenas o Poder Judiciário prolata sentenças, veículo de prestação *jurisdicional*: ‘O Tribunal de Contas não exerce *funções jurisdicionais*. Assim, suas decisões têm outra força jurídica: a administrativa’, argumentando o autor que os vocábulos ‘Tribunal’, ‘julgar’, ‘julgamento’, ‘jurisdição’ induziram alguns juristas à tese que inclui a Corte de Contas entre os órgãos do Poder Judiciário, advertindo quão enganosas são as palavras – *flatus vocis* – e concluindo que ‘toda uma série de traços externos, de ‘aparência’, epidérmicos, é que tem levado os estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas a *função jurisdicional*, quando esta, no Brasil, em que não há o contencioso administrativo, mas onde impera o princípio de *uma lex, uma jurisdictio*, é privativa do Poder Judiciário, cuja missão específica é a de aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, dirimindo controvérsias entre as partes, dando, afinal, a razão a quem tem, ou seja, entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida. Aderimos à doutrina majoritária, em nosso País, de que o Tribunal de Contas é tribunal administrativo, que a jurisdição que exerce é administrativa, ficando submetida as suas decisões ao crivo do Poder Judiciário’ ”⁵⁹⁴.

De fato, apesar do Tribunal de Contas ser órgão “auxiliar” do Congresso Nacional (a sua colocação no quadro constitucional situou-se dentro das normas relativas ao Poder Legislativo) na fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta (arts. 70 e 71, *caput*, da CF), foi garantido aos seus membros prerrogativas próprias dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (levando-se em conta a

⁵⁹³ Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 52.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, pág. 52. Todavia, apenas para melhor visualizar a dificuldade em se definir com rigorismo a natureza das funções exercidas pelo Tribunal de Contas perante o sistema constitucional brasileiro, V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 818; os quais, em relação ao art. 214º/CRP, identificam as funções jurisdicionais do Tribunal de Contas na sua competência para “julgar contas”: “Como resulta da própria *letra* deste artigo, o Tribunal de Contas não tem apenas funções jurisdicionais (“fiscalizar a legalidade das despesas”, “julgar contas”); possui também funções de outra natureza”. – g.n.

esfera federal), dentre as quais, evidentemente, aquelas próprias da magistratura (vitaliciedade; inamovibilidade; irredutibilidade salarial; irresponsabilidade). A escolha dos membros é procedida pelo Presidente da República, com aprovação do Senado (um terço) e do Congresso Nacional (dois terços); sendo certo que são exigidos para o exercício do cargo: notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos financeiros ou de administração pública, nos termos do art. 73 da CF.

Percebe-se, destarte, que a CF pretendeu outorgar aos membros do Tribunal de Contas o máximo de independência possível, de modo que possam “julgar as contas” da Administração com imparcialidade, sem sujeições a pressões político-partidárias, quer oriundas desta; quer do Chefe do Poder Executivo; quer ainda dos membros do Poder Legislativo. Não obstante isso, os “julgamentos” dos Tribunais de Contas não formam *res judicata* (fato que por si só, também, não quer dizer nada; uma vez que também existem sentenças dos “autênticos” Tribunais que não fazem coisa julgada material, apesar de serem materialmente jurisdicionais, como, v. g., aquelas que fixam os alimentos devidos aos menores pelos seus responsáveis legais).

Diante da natureza dúbia das decisões dos Tribunais de Contas brasileiros (da União, dos Estados e dos Municípios), podendo-se bem cogitar em materialidade jurisdicional e formalidade administrativa (porque, por certo, não realizam funções legislativas ou normativas), o Supremo Tribunal Federal há muito reconhece a legitimidade das autoridades “julgadas” destes Tribunais para o exercício da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos. Nesse sentido, em seus “julgamentos”, o TC pode desaplicar as leis que repute desconformes com a CF, isso em analogia ao controle difuso de constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário. É o que consta da Súmula nº 347 do STF: “*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*” – g.n.

Assim, mesmo não integrando o Poder Executivo (ou a Administração Pública em sentido orgânico), entendeu o STF que a função formalmente administrativa desempenhada pelos Tribunais de Contas compatibiliza-se com a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos públicos. Com efeito, trata-se de uma atividade realizada

de modo independente, tendo sido conferido aos titulares dos Tribunais de Contas um estatuto que resguarda a imparcialidade de suas decisões, em termos constitucionalmente equiparáveis às garantias da independência judicial⁵⁹⁵.

Tendo em conta a valorização da Justiça Desportiva pela Constituição⁵⁹⁶, importa dizer que se trata de um tipo de “justiça privada”, instituída por iniciativa das “entidades de administração do desporto”, nos termos dos arts. 13 e 23 da Lei nº 9.615, de 24 de Março de 1.998. Tal lei institui normas gerais sobre o desporto, além de dar outras providências, em cumprimento ao art. 33 da Lei nº 8.028, de 12 de Abril de 1990 (que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências). A Lei nº 9.615/98 foi regulamentada pelo Decreto nº 2.574, de 29 de Abril de 1998.

As “entidades de administração do desporto” são dotadas de poderes normativos dentro da sua esfera de competências, consoante os arts. 13 e 17, parágrafo único, da Lei 9.615/98 e art. 56 do Decreto nº 2.574/98, e fazem parte do Sistema Nacional do Desporto – SND. “O Sistema Nacional do Desporto congrega as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, encarregadas da coordenação, administração, normalização, apoio e prática do desporto, bem como as incumbidas da Justiça Desportiva ...”. O SND “tem por finalidade promover e aprimorar as práticas desportivas de rendimento” (art. 13 da Lei nº 9.615/98); isto é: usualmente o desporto realiza-se profissionalmente.

⁵⁹⁵ Cf. dá notícia ainda o Ac./TC nº 211/86, de 18 de Junho, *in DR*, 2ª série, nº 257, de 7 de Novembro, o Tribunal de Contas italiano também pode realizar uma apreciação negativa de constitucionalidade, ainda no exercício de atividades materialmente administrativas, lembrando-se que nesse sistema jurídico prevalece o controle concentrado: “Assinalou o Tribunal Constitucional italiano, na sentença antecedentemente citada, que certo procedimento (no caso, perante a *Corte dei Conti*), ainda que não constitua um juízo em sentido técnico-processual, apresenta características, sob muitos aspectos, análogos à função jurisdicional, observando-se ali a valoração da conformidade dos actos que dele são objecto, às normas do direito objetivo, através de uma fiscalização externa, neutral e desinteressada, visando unicamente garantir a legalidade do acto em apreciação e diferenciada do controlo administrativo que se processa no interior da Administração”.

⁵⁹⁶ Cf. José Afonso da Silva, *Curso...*, pág. 707.

O SND, por sua vez, integra o Sistema Brasileiro do Desporto – SBD (art. 4º da Lei 9.615/98). Este compreende, nos termos deste dispositivo: I – o Ministério do Esporte e Turismo; II – o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto – INDESP; III – o Conselho de Desenvolvimento do Desporto Brasileiro – CDDDB; IV – o SND e os “sistemas de desporto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, organizados de forma autônoma e em regime de colaboração, integrados por vínculo de natureza técnica específicos de cada modalidade desportiva”.

Assim, as referidas entidades, não obstante de direito privado, integram um dado complexo orgânico da Administração Pública Federal⁵⁹⁷, estando dotadas de poderes administrativos (são autoridades materialmente administrativas), apesar de não estarem sujeitas a qualquer ingerência por parte do Executivo (são autoridades materialmente administrativas independentes).

A competência da Justiça Desportiva está limitada ao processo e julgamento das infrações disciplinares e de conflitos havidos nas competições desportivas, nos termos do art. 271, § 1º, da CF, do art. 50 da Lei nº 9.615/98 e do Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva (com redação da Portaria nº 877, de 23 de Dezembro de 1.986 do Ministério da Educação)⁵⁹⁸.

Contudo, relativamente aos processos disciplinares dos desportistas (os quais estão sujeitos às decisões dos Tribunais da Justiça Desportiva), o direito fundamental em causa é o direito ao pleno exercício da profissão; num forte paralelismo com os processos disciplinares próprios das corporações profissionais.

⁵⁹⁷ Comparativamente, sobre as federações desportivas portuguesas, as quais também podem ser dotadas de poderes normativos tem-se: Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 556.

⁵⁹⁸ “Art. 28 deste Código: “Os Órgãos de Justiça Desportiva, nos limites da jurisdição territorial de cada entidade, têm competência, observadas as disposições especiais deste Código, para processar e julgar as infrações disciplinares praticadas por pessoas físicas ou jurídicas direta ou indiretamente subordinadas ou vinculadas à Confederação ou a serviço de qualquer entidade e para processar e julgar os litígios entre associações e atletas, entre entidades dirigentes e atletas, entre associações, entre entidades dirigentes e entre estas e associações”.

Aliás, a Justiça Desportiva pode aplicar as seguintes sanções aos desportistas (art. 50, § 1º, incisos I a XI, respectivamente): advertências; eliminação; exclusão de campeonato ou torneio; indenização; multa; suspensão por partida e suspensão por prazo (prazo este, aliás, que não expressamente foi limitado pela Lei). Ademais, a constituição dos *Tribunais* da Justiça Desportiva foi determinada pela própria Lei nº 9.615/98 (art. 55), sendo ainda nela disposto o estatuto de seus membros (“independência subjetiva”: impedimentos funcionais; indicação paritária; bacharelado em Direito; notório saber jurídico; conduta ilibada; mandato fixo de 4 anos, sendo permitida apenas uma recondução; dentre outros). Tal legislação ainda dispôs acerca da autonomia e independência (“independência objetiva”) dos Tribunais de Justiça Desportiva relativamente às “entidades de administração do desporto” (art. 52).

Nesse sentido, registre-se, *pondo novamente em destaque a expressa valorização da Justiça Desportiva pela CF* e, levando-se em consideração que foi garantida pelo próprio ato normativo infraconstitucional a “independência relativa” dos Tribunais da Justiça Desportiva e de seus membros, viabilizando decisões imparciais, entende-se cabível falar-se, nessas circunstâncias, em legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” quando da elaboração de suas decisões “parajurisdicionais”. Para tanto, todavia, deve-se estar diante de um dado conflito de interesses, no qual o direito fundamental ao exercício da profissão do desportista esteja em causa, sendo relevante à justiciabilidade da decisão “parajurisdicional” o exercício daquele poder extraordinário. Não é, portanto, um qualquer ato dos Tribunais (apenas dos Tribunais) da Justiça Desportiva que pode ser incluído no âmbito do exercício excepcionalmente legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”.

7.1.2. Portugal

Por sua vez, a CRP também excepciona: “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição *não jurisdicional* de conflitos” (art. 202º/4)⁵⁹⁹. Sendo assim, a CRP permite o exercício da

⁵⁹⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 793, comentando o referido dispositivo: “O nº 4, aditado pela LC nº 1/89, esclarece que, não obstante a função jurisdicional estar reservada a tribunais caracterizados como órgãos públicos de soberania, isso não significa a impossibilidade constitucional de formas

função jurisdicional (no sentido de ser uma função que visa unicamente uma composição de um conflito de interesses, com base em critérios normativos pré-definidos), mas por formas não jurisdicionais. O legislador, dentro da pequena liberdade de conformação que detém nessa matéria, poderá dispor sobre as circunstâncias nas quais se poderá falar numa reserva relativa de juiz e; isso, desde que haja fundamento material para tanto e que não se coloque em risco o *status* dos direitos fundamentais dos particulares, bem como as suas garantias⁶⁰⁰.

Outrossim, sendo averiguada uma legítima hipótese para o exercício de função “parajurisdicional”⁶⁰¹ e constatados os pressupostos enumerados como (i, ii, iii, iv, e v), as autoridades administrativas (dos órgãos) “independentes e imparciais” da “Administração Autônoma” ou da “Administração Independente” poderão levar a efeito, de modo extraordinariamente legítimo, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”. Evidentemente, dessa decisão “parajurisdicional” caberá recurso para os tribunais (designadamente, quando se tratar de atos administrativos definitivos e executórios, nos termos do art. 25º/1 da

de composição não jurisdicional de conflitos. Todavia, estas formas de “auto-justiça”, de “justiça privada” (ex.: “justiça profissional”, “justiça desportiva”) têm limites constitucionais, pois, por um lado, a autodeterminação judicial deve terminar onde estejam em causa bens indisponíveis ou direitos, liberdades e garantias, e, por outro lado, o recurso a estruturas extrajudiciais não pode precluir ou prejudicar o recurso à via jurisdicional. (§) As formas não jurisdicionais de composição de conflitos não têm de ser de natureza privada, podendo ser de iniciativa pública (estadual, regional ou municipal), como sucede entre nós com as comissões de conflitos de consumo”.

⁶⁰⁰ São juristas que também afirmam a existência da reserva relativa de jurisdição ou de uma “reserva quase absoluta” em face da CRP: Figueiredo Dias (cf. declaração de voto no acórdão nº 155/79 da Comissão Constitucional); Soveral Martins; J. J. Almeida Lopes, in J. J. Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais ...”; pág. 90 e seg.; José Carlos Vieira de Andrade e Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, in Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 33 e 80; Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 60; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 623.

⁶⁰¹ Não se olvida aqui que se inclui na reserva relativa da AR a organização dos tribunais (art. 165º/1/p da CRP). Por isso, tais funções materialmente jurisdicionais e formalmente administrativas devem ter previsão legal (lei ou decreto-lei autorizadora), assim como seus órgãos autores.

LPTA – Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de Julho)⁶⁰²; incumbindo-lhes pronunciar a derradeira palavra sobre a controvérsia (mormente quanto à legalidade do ato administrativo) e, conseqüentemente, ao TC, competindo a este a decisiva palavra sobre as matérias de natureza jurídico-constitucional. É o que se extrai dos arts. 20º, 221º e 280º/1 da CRP.

Como exemplos paradigmáticos do Direito português, citou-se a Alta Autoridade para a Comunicação Social, autoridade constitucionalmente independente, por força do art. 39º/3 da CRP, na medida do exercício de suas funções parajurisdicionais (arts. 37º e 39º); bem como a “autojurisdição” das Ordens Profissionais, na medida que se apresentem como entidades não tuteladas pelo Governo e que tenham órgãos internos imparciais (com “independência objetiva e subjetiva”) para a efetivação de seus poderes disciplinares.

Por fim, apenas a título de reforço do até então arrazoado, o art. 209º/2 da CRP autoriza a existência de “tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”, incluídos organicamente na categoria dos Tribunais; não obstante serem facultativos, cujas decisões são formal e materialmente jurisdicionais, dotadas das peculiaridades do art. 205º da CRP⁶⁰³.

Não obstante tal fato, ou seja, de que não se trata aqui de decisões formalmente administrativas, afigura-se interessante a referência aos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo. Trata-se de um tipo de arbitragem institucionalizada, subordinada aos princípios que regem a arbitragem voluntária (Lei nº 31/86, de 29 de Agosto).

Tais Centros assentam-se em estruturas de suporte que são Associações Privadas sem Fins Lucrativos, podendo ser conjuntamente constituídos por Associações de Consumidores, Associações Comerciais e Empresariais, Ordem dos Advogados (Administração Autónoma de base associativa) e Autarquias Locais (Administração Autôno-

⁶⁰² Assim também em relação aos atos das Ordens Profissionais no exercício de sua “autojurisdição”. V. tb. Jorge Miranda, “Ordem Profissional”, *DJAP*, vol. VI, Lisboa, 1994, pág. 234.

⁶⁰³ Sobre a consagração constitucional dos tribunais arbitrais na CRP, Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 291 e 292, afirma: “Esta admissão substancia, aliás, um indício forte de um fenómeno de alcance bem mais largo e que aponta para uma progressiva ‘desintegração’ do carácter estadual dos tribunais”

ma de base territorial)⁶⁰⁴. A Lei nº 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor) determina, em seu art. 14º/I, que “incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem como o objectivo de dirimir os conflitos de consumo”. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 159/99, de 14 de Setembro, o qual atribui competências às Autarquias Locais, determina em seu art. 27º, alínea c: “são competências dos órgãos municipais no domínio da defesa do consumidor ... *criar e participar* em sistemas de arbitragem de consumo de âmbito local”⁶⁰⁵ – g.n.

Nesse sentido, ainda que a participação da Administração Pública Local possa se efetuar de várias formas, acaso estas levem a efeito a institucionalização de Centros de Arbitragem de Conflitos do Consumo no âmbito municipal (imaginem-se, através da criação e conseqüente integração no complexo de seus órgãos), poder-se-á falar no exercício de funções jurisdicionais na esfera de incumbências da Administração Autónoma Municipal, ainda que essa função se realize com independência objetiva e se assente na iniciativa e na autonomia privada dos litigantes (voluntariedade da submissão ao juízo arbitral, apesar daqueles não terem a capacidade de elegerem prévia e livremente o correlativo árbitro⁶⁰⁶).

⁶⁰⁴ Cf. Isabel Oliveira, “A Arbitragem...”, pág. 389.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pág. 382.

⁶⁰⁶ Cf. inserido na proposta de lei nº 34/IV: “O reconhecimento da autonomia privada como fundamento da arbitragem voluntária e o facto de tal reconhecimento moldar a disciplina do instituto em aspectos tão importantes como a definição do litígio cometido ao tribunal arbitral, a constituição deste a escolha das regras do processo e até, como adiante se dirá, a fixação do direito aplicável pelos árbitros, não se pode fazer esquecer que o tribunal arbitral constitui um órgão participante na função jurisdicional”. Cf. Isabel Oliveira, “A Arbitragem...”, pág. 382, as autarquias locais têm tipo papel preponderante na criação destes centros de arbitragem, encontrando representadas em todas as associações de arbitragem constituídas para a resolução de litígios de consumo e assumindo, em parte, os seus custos financeiros. Aliás, às págs. 389 e 390, a Autora traz à baila a experiência da Administração Pública espanhola na constituição dos Centros de Arbitragem, os quais ficam inseridos em seus quadros: “As vantagens que resultam de o *sistema arbitral de consumo* se encontrar dependente da iniciativa da administração pública e se encontrar inserido nos quadros dessa administração são as que podemos apreciar pela cobertura territorial das Juntas Arbitrais de Consumo em Espanha, todo o território nacional tem Juntas Arbitrais competentes para a resolução de litígios de Consumo; o que não acontece em Portugal” (Real Decreto 636/1993).

Evidentemente, os Centros de Arbitragem de Conflitos do Consumo devem observar o princípio da independência do juiz⁶⁰⁷. O art. 10º da Lei de Arbitragem Voluntária dispõe que “Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juizes”. Mas, como o próprio TC reconhece: “É certo que, em determinados aspectos, os tribunais arbitrais *não são tribunais como os outros...* os árbitros não são juizes de carreira, não estando sujeitos, portanto, em alguns aspectos, ao estatuto constitucional destes”⁶⁰⁸.

Efetivamente, uma eventual dependência financeira destes Centros para com a Administração Municipal e o exercício de outras funções (públicas e privadas) por parte dos árbitros (art. 8º da Lei de Arbitragem Voluntária) podem bulir, de alguma forma, a imparcialidade dos julgadores, “pedra de toque” da independência judicial⁶⁰⁹. Por isso mesmo, questiona Isabel Oliveira se “Serão estes Centros de Arbitragem capazes de garantir a sua independência ?”⁶¹⁰.

Com isso, se objetiva dizer que, até mesmo na categoria a que alude o art. 209º da CRP podem existir regularmente tribunais, cujos juizes não tenham o mesmo estatuto dos juizes dos tribunais obrigatórios; havendo alguma diversidade quanto aos pressupostos da “inde-

⁶⁰⁷ Cf. a Resolução da Comissão de 30 de Março de 1998 (98/257/CE), relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de conflitos do consumo, é importante que estes se pautem pelos seguintes princípios: princípio da independência; princípio da transparência; princípio do contraditório, princípio da eficácia, princípio da legalidade; princípio da liberdade; princípio da representação.

⁶⁰⁸ Ac./TC nº 230/86, de 8 de Julho; DR, 1ª série, 12 de Setembro de 1986, ponto 6.

⁶⁰⁹ V. Joaquim Pedro F. Cardoso da Costa, “O Princípio da Reserva do Juiz...”, pág. 27. V. J. J. Almeida Lopes, “Princípios Constitucionais...”, pág. 66, criticando a “independência” dos tribunais técnicos-aduaneiros. Cf. J. Oliveira Ascensão, “A Reserva Constitucional...”, pág. 467: “Não pode haver assim órgãos que simultaneamente desempenhem funções judiciais e quaisquer outras, ao contrário do que acontecia em tempos passados”. Todavia, Cf. Isabel Oliveira, “A Arbitragem...”, pág. 389 e seg.: “O facto de estes Centros não se limitarem a resolver litígios através da Arbitragem Voluntária, proporcionando, ainda, informação e aconselhamento jurídico e um procedimento faseado que vai desde a mediação à conciliação e arbitragem, transforma-os em estruturas com algumas peculiaridades, das quais resultam as suas maiores virtudes e originam as principais críticas”.

⁶¹⁰ *Ibidem*, pág. 390.

pendência subjetiva”. Tal fato não inviabiliza, contudo, a que a decisão arbitral seja elaborada com a imparcialidade exigida para tanto, mormente para solver o litígio e implementar a tutela ao direito fundamental do consumidor (acaso tenha sido violado): art. 60º/1 da CRP.

7.2. Conclusão

Em síntese, portanto, considera-se legítimo, em termos extraordinários, o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” por parte das “entidades independentes” autoras de atos administrativos “parajurisdicionais”.

Entretanto, efetivamente, é demasiado complexa a caracterização de uma autoridade/entidade como “independente” para efeitos da *questio*; fato que também se verifica em relação à caracterização duma atividade administrativa como sendo “parajurisdicional”. Mas, se assim não fosse, para além de não se configurar a legitimidade excepcional do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, o princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, o princípio da “reserva do juiz” (tendencialmente absoluto) estariam a sofrer entorses. É certo, todavia, que se aponta para uma “zona de penumbra” entre a função administrativa e a jurisdicional.

Por isso, a necessidade de serem cumulativamente constatados os pressupostos identificados no texto como (*i*, *ii*, *iii*, *iv* e *v*), isso para fins de ser legitimado o ato de desaplicação formulado numa “decisão administrativa parajurisdicional”: (*i*) existência de um interesse público (designadamente administrativo) que seja susceptível de comover uma intervenção estadual não jurisdicional; (*ii*) o recurso a instrumentos formalmente administrativos para efetuar uma composição de interesses; (*iii*) que a entidade administrativa correlativa tenha por objetivo de relevo a proteção de direitos fundamentais determinados; (*iv*) que essa entidade possa ser caracterizada como relativamente independente (objetiva e subjetivamente) para efeitos da imparcialidade da decisão e (*v*), ainda, que faça parte da Administração Autônoma (não sujeita a tutela governamental) ou da Administração Independente e esteja regular e legalmente instituída.

Em todo caso, como é salvaguardada sempre a derradeira palavra do juiz sobre a controvérsia apreciada administrativamente (“monopólio da última palavra do juiz”), por meio da garantia de acesso aos tribunais (art. 20º, da CRP e art. 5º, inciso XXXV, da CF), donde poderão ser postos em funcionamento os mecanismos da Justiça Constitucional (em sentido estrito: “recurso de constitucionalidade” para o TC ou “recurso extraordinário” para o STF) sobre a “questão de Direito constitucional”; o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” poderá ou não ser ratificado pelo “Poder Judicial”.

Sob este específico aspecto, podem ser reiteradas as palavras de Paulo Castro Rangel acerca do princípio da “reserva do juiz”: “Valerá, portanto, aqui uma reserva de jurisdição com o sentido de que, *em caso de uma controvérsia que tenha por objecto a interpretação de uma norma jurídica, a ninguém poderá ser negada a possibilidade de a mesma ser resolvida por um juiz regularmente constituído*”⁶¹¹.

⁶¹¹ *In Repensar o Poder Judicial...*, pág. 301.

5ª HIPÓTESE

***O Direito Infraconstitucional Pretérito não
Recepcionado pela CRP e pela CF:
Uma Questão Situada entre o Direito Intertemporal
e o Direito Constitucional. Para uma Valorização
da Eficácia Revogatória da Constituição.***

8. LEIS PRÉ-CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS?

- 8.1. O Direito Ordinário Pretérito Contrário à CRP e à CF:
Revogação ou Inconstitucionalidade Superveniente?
A Jurisprudência como Fator Explicitante. O “Poder de
Rejeição das Leis Pré-Constitucionais Inconstitucionais”.

Parte da doutrina que se pronunciou acerca da *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa tem apontado como exceção à ordinária incompetência da Administração Pública para desaplicar leis com fundamento na sua incompatibilidade constitucional a hipótese referente às leis pré-constitucionais não recepcionadas pela Constituição superveniente; *in casu*, a CRP e a CF. Exemplificadamente, tem-se os posicionamentos de Oscar Saraiva (para este, desde que as leis pré-constitucionais se oponham a preceitos constitucionais auto-aplicáveis)⁶¹²; Jorge Miranda (para este, desde que descon-

⁶¹² In “Parecer”, RF, ano XLV, vol. CXVI, Fascículo nº 537, 1948, Rio de Janeiro, pág. 42 e seg. Segundo afirma às pág. 45: “Reconhecida, porém, a constitucionalidade”.

formas com a “idéia de Direito” que a Administração Pública detenha)⁶¹³; J. J. Gomes Canotilho (este se manifestando no âmbito específico da aplicabilidade imediata dos DLG, por isso, também atrelando as leis pré-constitucionais a preceitos constitucionais auto-aplicáveis)⁶¹⁴ e Maria Teresa de Melo Ribeiro⁶¹⁵.

Com efeito, argumentos vários podem ser alinhavados para justificar o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo quando em causa Direito infraconstitucional pré-constitucional não compatível com a Constituição posterior⁶¹⁶. Seguir-se-á, por isso, a trilha formada pela síntese desses argumentos, para dela se extrair acerca da relevância (ou não) do tema para os efeitos da *questio*, isto é, especialmente para a configuração daquela legitimidade excepcional.

De início, porque se tratam de leis (em sentido amplo: leis parlamentares; decretos-lei e outros diplomas com valor de lei) que foram

dade da lei através da outorga da sanção, extingue-se, sob esse aspecto, qualquer outra atribuição executiva, cumprindo apenas aos agentes desse Poder dar execução à lei, tal como redigida. Nas leis anteriores à Constituição, entretanto, essa oportunidade não se verifica, e somente em face de preceitos constitucionais auto-executáveis é que poderá o Executivo, por seus agentes ter por revogada a lei ordinária ou derogado qualquer de seus preceitos”.

⁶¹³ *In Manual...*, IV, pág. 319; e “Apreciação...”, pág. 269.

⁶¹⁴ *In Direito Constitucional ...*, pág. 418: “Parece ser razoável dar prevalência ao princípio da “vinculatividade imediata” das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade nos casos em que este deixou de poder ancorar-se em normas constitucionais (ex.: leis pré-constitucionais) ...”.

⁶¹⁵ *In O princípio da imparcialidade...*, pág. 142 e seg. Assim, afirma: “Mas mais importante do que admitir a utilidade e a possibilidade da fiscalização jurisdicional das leis anteriores inconstitucionais é, para nós, neste momento, reconhecer, sem qualquer dúvida, a legitimidade do não cumprimento, por parte da Administração Pública, de uma lei ordinária anterior desconforme com a Constituição. Como foi dito, e nunca é demais repetir, uma lei anterior à Constituição deixa de vigorar automaticamente por caducidade, se for desconforme com a Constituição. A Administração não é obrigada a cumprir uma lei que caducou”.

⁶¹⁶ Os argumentos que serão apresentados valem, com algumas especificidades, para as leis anteriores às leis de revisão constitucional (ou Emendas Constitucionais – CF) que com estas se tornaram incompatíveis. Contudo, para os restritos limites da *questio*, considerar-se-ão leis pré-constitucionais apenas aquelas elaboradas tendo por parâmetro a Constituição passada (e não a CRP e a CF, ainda que alteradas pelo Constituinte derivado). A autoridade legiferante deve ter sido o legislador pré-constitucional.

elaboradas tendo como parâmetros princípios, valores e normas constitucionais pretéritos, os quais podem não mais encontrar qualquer respaldo na Lei Fundamental vigente. Isso é principalmente visível em relação às Constituições portuguesa de 1933 e brasileira de 1967 (nesta incluso o Ato Institucional nº 05, de 1968⁶¹⁷), porquanto ambas fundavam regimes autoritários, despreocupados com o processo de “democratização da democracia”, e aonde o poder político encontrava-se, de uma certa forma, mais centralizado. Sendo assim, designadamente em determinadas matérias (como seriam os casos, v. g., das matérias relativas à participação dos particulares nos procedimentos administrativos que lhe dizem respeito e ao dever de fundamentação expressa dos atos administrativos que neguem direitos ou interesses dos particulares), poder-se-ia falar que vigoraria, para as leis pré-constitucionais, uma *presunção de constitucionalidade bastante enfraquecida* ou, quiçá, uma *presunção de inconstitucionalidade*, impondo, dessa forma, que o “olhar preventivo”⁶¹⁸ da autoridade administrativa sobre o ato normativo vetusto que lhe incumbe aplicar se faça em caráter necessário. Em outros termos, que à partida, a autoridade administrativa ponha em causa a subsistência jurídica das leis antigas que não permitam a concretização dos hodiernos princípios administrativos e, mormente, do princípio democrático.

Demais disso, obviamente em consequência de se estar perante uma legislação anterior à Constituição, não teve a mesma a possibilidade de ser sancionada ou vetada por inconstitucionalidade pela autoridade política respectiva e com base em eventual violação de preceito constitucional vigente.

Destarte, para aqueles que aduzem que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa seria uma “impossibilidade jurídica” nas hipóteses de leis, cujos projetos foram devidamente promulgados e publicados (ou seja, sem a oposição de veto por motivo de inconstitucionalidade), isso sob pena de se configurar um tipo de *bis in idem* (lembrando-se, aliás, que, perante o regime de governo brasileiro, há identidade entre a autoridade máxima da Admi-

⁶¹⁷ V. Celso Ribeiro Basto, *Curso...*, pág. 136: “O Ato Institucional nº 5, como visto, fundava uma nova ordem jurídica, igualando-se à própria Constituição de 1967”.

⁶¹⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 418.

nistração Pública e o Chefe de Estado); tal justificativa já não seria válida para as leis pré-constitucionais, assim como também não seria para os atos normativos não sujeitos à “chancela” presidencial⁶¹⁹. A rejeição das leis pretéritas reputadas incompatíveis com Constituição por parte da Administração Pública ou das autoridades administrativas não atentaria, nesse âmbito, diretamente contra o princípio da presunção de constitucionalidade das leis ou ainda, reflexamente, contra a legitimidade constitucional do legislador pós-constitucional e/ou contra o princípio constitucionalmente concretizado da separação dos poderes.

Entretanto, para além destes argumentos, tem-se outro de ordem puramente jurídica⁶²⁰. Trata-se da controvérsia dogmática que norteia as leis pré-constitucionais não recepcionadas pela Constituição superveniente, isto é, se a compatibilidade constitucional daquelas é questão a ser solvida: (i) apenas pelo Direito Intertemporal, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*⁶²¹ (relação de incompatibilidade horizontal); ou (ii) se também pelo Direito Constitucional, com base no princípio do primado da Constituição (relação de incompatibilidade vertical)⁶²².

⁶¹⁹ Nessa linha, como afirmado anteriormente, tem-se o posicionamento de Oscar Saraiva, “Parecer”, pág. 42. Cf. João Caupers, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 156 e 157, tendo em vista especialmente a CRP: “Julga-se mesmo possível ir um pouco mais longe: relativamente aos diplomas sujeitos à fiscalização preventiva da constitucionalidade – leis, decretos-lei, decretos regulamentares, tratados internacionais que devam ser ratificados e acordos internacionais que devam ser assinados pelo Presidente da República – diplomas que este órgão de soberania pode enviar ao Tribunal Constitucional, o não exercício desta faculdade, indicando a inexistência de dúvidas do Presidente, só muito excepcionalmente poderá permitir suspeitas válidas de inconstitucionalidade por parte da Administração”. V., refutando “as velhas teses que invocavam a regra *ne bis in idem* para evitar que o juízo de inconstitucionalidade da lei formulado pelo Chefe de Estado fosse posto em causa pelos tribunais”, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 228 e seg. Todavia, V. tb. o entendimento do Autor às pág. 137.

⁶²⁰ Assim, Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 142.

⁶²¹ V. o posicionamento de Hans Kelsen sobre o caráter desse princípio jurídico (jurídico-positivo), in *Teoria Geral das Normas*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, pág. 161.

⁶²² V. Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, pág. 339 e 441: “tratar-se-á verdadeira ou propriamente de um problema de inconstitucionalidade, ou será antes um problema de efeitos da sucessão temporal de normas, um problema, *grossa modo*, de revogação?”.

De fato, a prevalecer a concepção de que a constitucionalidade das leis somente pode ser aferida tendo como parâmetro a Constituição vigente à época de sua elaboração, ou melhor, de que a Constituição posterior não torna inconstitucional (ou “desconstitucionaliza”⁶²³) as leis anteriores com ela incompatíveis; mas, sim, as revoga tácita ou expressamente – fundamento primordial da tese (i) –, a Administração Pública seria competente para rejeitar as mesmas, uma vez que o conhecimento sobre a revogação dos atos normativos infraconstitucionais lhe é acessível. Ao reverso, a prevalecer a outra concepção, no sentido de que a tal incompatibilidade constitucional da lei pré-constitucional (ou a não recepção constitucional da lei) nada mais representaria que um tipo de “inconstitucionalidade material superveniente”⁶²⁴ – fundamento primordial da tese (ii) –, a Administração seria ordinariamente incompetente para desaplicar aquelas que reputasse em desarmonia com a Constituição posterior⁶²⁵. A diferença não

⁶²³ Cf. Ronaldo Polleti, *Controle da Constitucionalidade...*, pág. 173.

⁶²⁴ Cf. esclarece J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 1223: “O princípio *tempus regit actum* leva a distinguir dois efeitos no tempo: a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais no momento em que se efectiva essa mesma aplicação”. Todavia, Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, pág. 272 e seg., defende a relevância jurídica da inconstitucionalidade pretérita, ou seja, da “desconformidade entre um acto ou uma norma e uma norma constitucional que já não se encontra em vigor mais que desempenhou, em relação a tal acto ou a tal norma, função conformadora ou paramétrica”. Isso porque, “a existência passada também é relevante”. Segundo afirma, “a inconstitucionalidade pretérita pode ser orgânica, formal ou material. Assim pode ser total ou parcial. Assim, ainda, pode ser originária ou superveniente”. Cf. melhor salienta Rui Medeiros, “Os valores jurídicos...”, pág. 518: “Para este autor (Miguel Galvão Teles), qualquer tipo de inconstitucionalidade pretérita, inclusive material, é relevante desde que resulte da desconformidade com normas da Constituição anterior que tutelam valores que recebem protecção na nova Lei Fundamental. A fiscalização da inconstitucionalidade pretérita pré-constitucional é exclusivamente difusa, levada a cabo por todos os tribunais”. Contudo, no âmbito da *questio*, por motivo da interpretação restritiva que se deve dar ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, não serão consideradas as hipóteses juridicamente relevantes de inconstitucionalidade pretérita. Considerar-se-á a denominada “inconstitucionalidade superveniente” apenas a inconstitucionalidade material.

⁶²⁵ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, II, pág. 289: “Se optar por esta ou aquela conceituação tem consequências lógicas manifestas sobre o modo de encarar a intervenção

deixa de ser tênue, porquanto, a Constituição é, neste caso, tanto uma lei posterior, como superior.

É certo que as dificuldades em se optar por uma ou outra linha doutrinária residem naqueles casos (aliás, bastante usuais) em que o texto constitucional posterior não determina, de modo expresso e pormenorizado, a cessação da vigência das leis pré-constitucionais (ou seja, o texto não identifica a qualificação do Direito Ordinário que não será por ele recepcionado, porquanto, assim sendo, o efeito revogatório sobressaltará)⁶²⁶. Ademais, o legislador pós-constitucional também não se manifestou sobre esse Direito Pretérito, ratificando os seus termos. Há, por isso, alguma incerteza jurídica sobre a recepção ou não desse Direito infraconstitucional antigo, ou seja: se o mesmo consegue ou não retirar o seu fundamento de validade (e manter a sua eficácia normativa) em face da nova Lei Fundamental⁶²⁷.

Assim se verifica em relação à CRP e à CF. De fato, nos singelos termos do art. 290º/1/2 da CRP: “As leis constitucionais posteriores a 25 de Abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte” e “O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados”. A CF, por sua vez, preferiu-se manter silente, nesse aspecto, apesar da norma do art. 290º/2 da CRP ser de duvidosa imprescindibilidade⁶²⁸.

Contudo, não obstante a atitude de repúdio por parte da CRP relativamente ao Direito Ordinário contrário aos seus preceitos e princípios, está o mesmo expressamente incluído no âmbito da competência material do TC para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade das leis, cujas normas, acaso sejam declaradas *inconstitucionais* por infração de norma constitucional posterior (originária da CRP ou

dos tribunais e a da Administração – esta, competente quanto a revogação, não (em princípio) quanto a inconstitucionalidade – em último termo é no campo do Direito positivo que deve procurar-se a linha definidora de tal competência e da sua extensão”.

⁶²⁶ V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 113.

⁶²⁷ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, pág. 285 e seg.

⁶²⁸ V., tb assim, Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 224.

decorrente de Revisão Constitucional), serão consideradas sem vigência a partir da entrada em vigor desta última (art. 282º/2).

Vê-se, destarte, que a CRP (por causa do Constituinte derivado de 1.982) não quis se manter inerte frente a essa “grave questão do Direito”⁶²⁹, haja em vista que, consoante aquele citado dispositivo, a *inconstitucionalidade* das leis pretéritas (por serem contrárias às suas regras e princípios) seria causa da sua não recepção (ou revogação). Prevalece nesse sistema jurídico-constitucional, portanto, a tese da “inconstitucionalidade superveniente” – (ii). Mas, ainda que assim seja, será que a eficácia revogatória da CRP sobre tal Direito Ordinário, decorrência própria de seu pleno caráter normativo e de seu papel de “superlei”⁶³⁰, não apresenta relevância alguma no âmbito da *questio*?

Todavia, antes de se verificar qual a melhor solução a ser dada à *questio* sobre o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa no contexto da controvérsia atinente às leis pré-constitucionais não recepcionais pela Constituição posterior (ou seja, como considerá-las como uma das hipóteses exceptuativas para o exercício legítimo desse “poder”, no seguimento da “pista” deixada pela juspublicística); registrar-se-á, em sucintos traços, o posicionamento da jurisprudência constitucional alienígena sobre tal matéria; isso para demonstrar que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sobre a mesma pode apresentar certas especificidades, próprias duma confluência dos princípios do Direito Intertemporal como os do Direito Constitucional nesse campo⁶³¹. E isso, é certo, para além de se tratar de leis cuja presunção de constitucionalidade não pode ser sempre equiparada àquela que detêm as leis pós-constitucionais.

⁶²⁹ Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 221.

⁶³⁰ Cf. Felice Delfino *apud* Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 116. Com efeito, determinados juspublicistas, como é o caso de Jorge Miranda, *in Manual...*, II, pág. 290, preferem aduzir que se trataria do efeito da “caducidade” do Direito Ordinário pretérito ao invés de “revogação”. Contudo, prefere-se este termo, por possibilitar uma conexão mais imediata com o referido princípio do Direito Intertemporal, além de sobressaltar a eficácia revogatória da Constituição.

⁶³¹ V. Sepúlveda Pertence, “Ação Direita de Inconstitucionalidade e as Normas Anteriores: as Razões dos Vencidos”, *AMJ*, Ano 45, nº 180, Julho – Dezembro, 1992, pág. 152 e seg. V, ainda, para um maior aprofundamento do tema, a bibliografia apontada durante o discurso da 1ª Hipótese.

De acordo com a sedimentação da jurisprudência constitucional germânica, a cessação ou não da vigência do Direito pré-constitucional não expressamente reconhecido ou ratificado pelo legislador pós-constitucional pode ser aferida autonomamente pelo juiz ordinário, não se incluindo no monopólio do TCF do art. 100, alínea I, da GG⁶³². Isso porque, nos feitos de fiscalização concreta da constitucionalidade das leis, o *Bundesverfassungsgericht* atua precipuamente como protetor do legislador pós-constitucional. Sendo assim, “visto que o legislador pré-constitucional não se podia ter orientado pela nova Lei Fundamental”⁶³³, a decisão dos tribunais em geral acerca da não permanência do Direito Ordinário pretérito não põe em causa a legitimidade constitucional do legislador pós-constitucional. Portanto, os juízes ordinários podem apreciar e manifestar positivamente pela incompatibilidade constitucional (e, por conseguinte, pela não recepção ou revogação) do Direito infraconstitucional vetusto. No âmbito do controle abstrato, tanto as normas pré, como as pós-constitucionais podem ser alvo de exame por parte TCF.

Outrossim, no entendimento da Corte Constitucional italiana, em matéria de Direito Ordinário pré-constitucional não prevalece o monopólio dos juízes constitucionais, podendo também os juízes ordinários apreciar a eventual não compatibilidade constitucional daquele com a atual Constituição. Na prática, contudo, estes preferem suscitar diretamente a questão incidental perante aquela Corte⁶³⁴. Ademais, do mesmo modo, perante a jurisprudência do TC espanhol, os tribunais em geral têm competência para averiguar a recepção ou não do Direito

⁶³² V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 106; Otto Bachof, “Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz...”, pág. 1; Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 495; Otto Bachof, *Normas constitucionais...*, pág. 89; Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 230; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 122 e seg. Todavia, este autor aponta que, depois de ter transcorrido mais de quarenta anos da entrada em vigor da GG, a tendência da jurisprudência vai no sentido da admissibilidade da existência de uma certa presunção de intenção de recepção do Direito Ordinário anterior pelo legislador pós-constitucional; isto é, não seria mais imprescindível a averiguação de uma expressa referência à norma pré-constitucional pela legislação pós-constitucional.

⁶³³ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 125.

⁶³⁴ V. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 230; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 122.

Ordinário pré-constitucional; devendo, todavia, remeter a questão prejudicial para aquela Instância quando não estejam completamente convencidos sobre a compatibilidade constitucional da norma⁶³⁵.

Assim, ainda que os mencionados posicionamentos jurisprudenciais sejam originários de sistemas jurídicos nos quais prevalece a exclusiva competência da Corte Constitucional para o exercício da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, o fato é que atestam existir uma certa especificidade no controle de constitucionalidade e, via de consequência, na *hermenêutica* das normas infraconstitucionais pré-constitucionais; motivo pela qual reconheceram a competência dos juízes ordinários, ordinariamente incompetentes para a resolução de questões de natureza jurídico-constitucional, para, sem a imprescindível intervenção da Corte Constitucional, solverem controvérsias sobre a permanência ou não do Direito Ordinário provindo do legislador pré-constitucional.

8.1.1. Portugal

Em Portugal, ratificadas pelo art. 282º/2 da CRP, a doutrina e a jurisprudência constitucional são amplamente favoráveis à tese (ii), no sentido de que as leis pré-constitucionais contrárias às normas ou aos princípios da CRP (originários ou provenientes do Constituinte derivado) ficam feridas de “inconstitucionalidade material superveniente” e, por efeito desta, são tacitamente revogadas (art. 290º/2)⁶³⁶. Desse

⁶³⁵ V. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 230; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 129. V., tb. Luciano Parejo Alfonso, “La Constitución y las Leyes Preconstitucionales. El Problema de la Derogación e La Llamada Inconstitucionalidad Sobrevvenida”, *RAP*, nº 94 – 96, Janeiro – Abril, 1981, Madrid, pág. 201 e seg.

⁶³⁶ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, II, pág. 290; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 268. Estes são peremptórios: “A inconstitucionalidade tanto pode existir no momento da formação da norma, como ocorrer apenas posteriormente, por efeito de alteração da Constituição. Com efeito, uma norma que não é inconstitucional no momento da sua formação, pode vir a sê-lo quando se verifique modificação do parâmetro constitucional”. No Brasil, são os que defendem a tese da “inconstitucionalidade superveniente”: Sepúlveda Pertence; Castro Nunes; Lúcio Bittencourt e José Afonso da Silva, *apud* Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 222; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, pág. 217 e Sepúlveda Pertence, “Ação Direta...”, pág. 152.

modo era, aliás, mesmo antes da 1ª Revisão Constitucional⁶³⁷. Por isso mesmo, o Direito Ordinário passado não restou excluído do controle abstrato de normas de natureza jurisdicional.

Efetivamente, argumentam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (o que não deixa de ser uma procedente constatação fática) que “saber se uma determinada norma de direito anterior caducou ou não pressupõe um juízo de *constitucionalidade idêntico ao juízo de constitucionalidade material em relação a normas posteriores à Constituição*”⁶³⁸. Realmente, o exame de compatibilidade constitucional material duma lei anterior não pressupõe uma elaboração diferenciada do exame de constitucionalidade material da lei posterior; afinal, ambos são solvidos com supedâneo no caráter paramétrico das normas não instrumentais da Constituição⁶³⁹.

Em nome da segurança jurídica, portanto, haja em vista que a constatação da ocorrência da revogação tácita de um dado ato normativo é, por vezes, fonte de incertezas jurídicas (principalmente quando em causa normas que não têm a mesma autoridade hierárquica)⁶⁴⁰, os mecanismos da fiscalização da constitucionalidade das leis lusitanos podem ser movimentados quando em causa leis pré-constitucionais, com o fito de serem extirpadas aquelas eventuais hesitações⁶⁴¹.

Entretanto, não deixa de ser líquida a eficácia revogatória da Constituição (obviamente, de todas as suas normas e não apenas das

⁶³⁷ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 120, com base em palavras de Armindo Ribeiro Mendes: “A Comissão Constitucional... decidiu, por maioria de 5 votos contra 4, que ‘o direito ordinário anterior a 1976, que se havia tornado desconforme pela subsequente publicação da Constituição, padecia de vício de inconstitucionalidade material superveniente e que, portanto, a Comissão era competente para reconhecer dos correspondentes recursos’. Um tal entendimento jamais foi posto em causa na jurisprudência posterior”. Trata-se do Acórdão nº 40 da Comissão Constitucional.

⁶³⁸ *In Constituição...*, pág. 1073.

⁶³⁹ Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 235, sobre o direito brasileiro: “Embora achando que a antinomia da lei anterior com a Constituição não representa caso de inconstitucionalidade, não podemos deixar de reconhecer que se estará diante de um problema que envolve a constitucionalidade, de um juízo de constitucionalidade”.

⁶⁴⁰ Cf. Ipsen *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 169.

⁶⁴¹ V. Konrad Hesse, *Fundamentos...*, pág. 495.

normas estipuladas como sendo de aplicabilidade imediata)⁶⁴², fazendo assim “morrer” as leis anteriores que vigoraram antes de sua positivação e que nela não encontraram fundamento de validade (como sobressalta o art. 290º/2 da CRP).

8.1.2. *Brasil*

No Brasil, a solução adotada pela doutrina e jurisprudência constitucional sobre a controvérsia dogmática é diversa da lusitana: prevaleceu, certamente até pelo menos a edição da Lei nº 9.882/99 (relembre-se, a qual regula o processo e julgamento da ADPF), a tese (i)⁶⁴³. Ressalte-se que não existe no Direito Constitucional brasileiro uma norma análoga à constante do art. 282º/2 da CRP.

Com efeito, a jurisprudência reiteradamente firmada pelo STF assenta-se no sentido de que “a constitucionalidade, ou não, de uma lei deve ser aferida em relação à Constituição vigente à época em que essa mesma lei foi editada”⁶⁴⁴. Por outras palavras, “A inconstitucio-

⁶⁴² Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, pág. 216 e 217, trata-se da “eficácia ab-rogativa das normas constitucionais”: “Todas as normas constitucionais – quer as de eficácia plena, quer as de eficácia contida, ou as de eficácia limitada, as programáticas inclusive – incidem, nos limites de sua eficácia, imediatamente, salvo se a própria constituição expressamente dispuser de outro modo... Essa eficácia ab-rogativa das normas constitucionais, de todas elas, pode ser expressa ou tácita, por incompatibilidade verdadeiramente vertical, mas com uma solução de incompatibilidade horizontal”. V. Miguel Galvão teles, “Inconstitucionalidade Pretérita ...”, pág. 340 e 341. Este Autor, entretanto, não deixa de dizer: “Resta saber se a inconstitucionalidade superveniente é verdadeira e própria inconstitucionalidade ou se ‘vale inconstitucionalidade’; quer dizer, se lhe é equiparada para efeitos de competência contenciosa”.

⁶⁴³ V., sobre a questão, a título de exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 163; e “Arguição de Preceito Fundamental –I (§1º do art. 102 da Constituição Federal)”, *RJVPP*, nº 7, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/arguicao.htm; Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 230 e seg.; Ronaldo Polleti, *Controle da Constitucionalidade...*, pág. 172 e seg.; Clémerson Merlin Cléve, *A Fiscalização Abstrata...*, pág. 43; Edmar Oliveira De Andrade Filho, *Controle de Constitucionalidade...*, pág. 95; Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 68 e seg.; e Jorge Miranda, *Manual...*, II, pág. 290, nota.

⁶⁴⁴ Cf. a Ementa do Acórdão do julgamento da ADIn nº 52-9-DF, *DJU* de 24/04/1996: “O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser in-

nalidade seria um vício contemporâneo ao nascimento da lei”⁶⁴⁵. Destarte, a incompatibilidade do Direito Ordinário pretérito com a CF resolver-se-ia, para essa Corte, apenas pela *revogação*. O princípio do Direito Intertemporal *lex posterior derogat priori* haveria, portanto, de prevalecer com exclusividade sobre a questão.

O fundamento de um tal posicionamento reside no argumento de que o legislador pré-constitucional não devia obediência à CF, futura e inexistente; e, por isso, não se pôde pautar por suas regras e princípios, então não vigóantes⁶⁴⁶.

Em consonância com esse entendimento, o STF não chegava (como ainda atualmente não chega) a conhecer dos pedidos de ADIn (e ADC) que tinham (têm) como objeto normas pré-constitucionais; do mesmo modo que não admitia (e ainda não admite) que o Direito revogado seja alvo do controle abstrato, mesmo que a revogação se efetue no curso da ação⁶⁴⁷. Outrossim, não haveria aqui campo para a aplicabilidade do art. 97 da CF, não havendo necessidade de voto da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão jurisdicional para a constatação da revogação das leis pré-constitucionais pela CF. Ademais, igualmente, não se careceria de observar o que reza o art. 52, inciso X, da CF, não se impondo que o STF cientifique o Senado de suas decisões definitivas referentes à revogação do Direito Ordinário vetusto em razão da CF. E todas essas consequências sem falar nos inúmeros julgamentos díspares sobre a recepção ou não duma mesma lei pretérita, afinal, a solução dessa questão prejudicial era levada a termo apenas concretamente. Em suma, uma tal sedimentação da jurisprudência constitucional apresenta vários efeitos de ordem prática

constitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária”. *Apud* Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Controle de Constitucionalidade...*, pág. 96. V., ainda outros Acórdãos do STF *in*, Paulo Brossard, “A Constituição e as Leis a Ela Anteriores”, *AMJ*, Ano 45, nº 180, Julho – Dezembro, 1992, pág. 125 e seg.

⁶⁴⁵ Cf. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade...*, pág. 69.

⁶⁴⁶ Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 226.

⁶⁴⁷ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 173.

no sistema jurídico brasileiro e estava a acarretar insegurança jurídica em relação à verdadeira composição do ordenamento.

Todavia, o legislador de 1.999, ao editar a Lei nº 9.882/99 alterou, de algum modo, o que até então se verificava por causa da jurisprudência do STF; tomando partido da controvérsia que norteia as leis pré-constitucionais não compatíveis com a CF.

Efetivamente, prevê o art. 1º, parágrafo único, inciso I, dessa lei: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental... quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, *incluídos os anteriores à Constituição*” – g.n. Como mencionado noutros tópicos, trata-se de um tipo de controle abstrato de normas.

Ficou estabelecido, demais disso, no art. 8º, que: “a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros” do STF; isso em respeito ao art. 97 da CF. Por fim, no art. 11 da Lei restou assentado: “Ao declarar a *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo, no processo de descumprimento de preceito fundamental ...”. A decisão respectiva terá efeitos *erga omnes*, com a qual ficam obstadas futuras decisões concretas antagônicas acerca da revogação ou não duma mesma norma pré-constitucional.

Com tal atitude, o legislador pós-constitucional atribuiu real importância ao valor constitucional da segurança jurídica; fazendo com que o Direito Ordinário passado viesse a ser obrigatoriamente incluído na competência material do STF para o exercício da fiscalização abstrata de normas (em todo caso, por via exclusiva da ADPF); recebendo, dessa maneira, tratamento análogo ao que é ofertado à inconstitucionalidade originária (por via exclusiva da ADIn/ADC)⁶⁴⁸. E isso mesmo sem olvidar que, para a jurisprudência da sua mais alta Corte, a questão é apenas de Direito Intertemporal.

⁶⁴⁸ V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 171; “Arguição...”, pág. 1 e seg.; e Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 245.

8.2. A Jurisprudência Apenas como Fator Explicitante do Efeito Revogatório da Constituição, em Respeito ao Princípio da Segurança Jurídica

Realmente, é justificada a inclusão das leis pré-constitucionais não expressamente recepcionadas pela CRP e pela CF como hipótese excepcionalmente legitimadora do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

A uma, porque, sublinhe-se, do que se está a falar são de leis que, pela sua própria edição pretérita, carecem de ser agora confrontadas com a ordem constitucional superveniente; e tal necessidade é, obviamente, muito mais intensa do que relativamente à que decorre de qualquer lei pós-constitucional. Aliás, o fato de já se terem transcorrido mais de 25 (vinte e cinco) anos da promulgação da CRP e mais de 12 (doze) da CF não exclui, por si só, essa necessidade, já que a origem das leis pré-constitucionais remonta a Estados não democráticos.

Sendo assim, se a autoridade administrativa deve atuar de modo constitucionalmente adequado (consequência de sua indubitável subordinação à Carta Magna) e se deve pautar a sua atividade pelo princípio da juridicidade administrativa, deve poder, à *partida*, duvidar da subsistência daquele Direito infraconstitucional vetusto que lhe compete dar execução (isto é dizer, partir duma *presunção de ilegitimidade constitucional da lei* ou, ainda, duma *presunção de inconstitucionalidade*); e isso inclusivamente para que não se implementem injuridicidades no plano concreto, levando-se em conta inclusivamente o seu intenso e próximo relacionamento com os particulares. Ora, tal fato é especialmente importante no âmbito da concretização de princípios constitucionais em matéria administrativa não abraçados pela Lei Fundamental passada, tais como o princípio da imparcialidade administrativa; constitucionalizado através CRP⁶⁴⁹ e da CF⁶⁵⁰; o princípio

⁶⁴⁹ V. Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 87 e 88: “Apesar da existência, na história do direito português, de certas figuras jurídicas destinadas a proteger valores que, na nossa opinião, não podem deixar de ser reconduzidos à ideia de imparcialidade e das referências legais, doutrinárias e jurisprudenciais, a aspectos singulares da imparcialidade administrativa, o princípio da imparcialidade só se afirma na sua plenitude no ordenamento jurídico nacional com a Constituição de 1976. O princípio da imparcialidade surge, assim, no direito

da publicidade (e da transparência) administrativa como decorrência própria de um Estado Democrático de Direito⁶⁵¹; o princípio da eficácia administrativa, nomeadamente quando se tornou usual o recurso a formas de organização e de atuação jurídico-jurídico-privadas na seara da Administração Pública; e o princípio da participação dos administrados na gestão administrativa.

Nesse sentido, para aquelas normas legais pré-constitucionais cuja “leitura pós-constitucional” não possibilite a concretização desses hodiernos princípios e valores constitucionais, aos quais a autoridade administrativa está imediatamente atrelada⁶⁵²; a rejeição administrativa das mesmas afigurar-se-á uma medida legítima.

A duas, ademais, principalmente porque a questão da recepção ou não do Direito infraconstitucional pretérito pela Constituição superveniente encontra-se numa “zona cinzenta” entre o Direito Intertemporal e o Direito Constitucional; razão pela qual o seu tratamento não deve concebido em termos exatamente idênticos e rigorosos ao tratamento dado à “inconstitucionalidade originária” (designadamente para os efeitos da *questio*); salientando-se, aliás, que para a averiguação da revogação do Direito a autoridade administrativa tem competência ordinária.

Relembre-se que, se o que se pretende é valorizar e otimizar a eficácia normativa da Constituição, de maneira peculiar na seara da autoridade administrativa mediante o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo⁶⁵³; deve-se sim, de modo reflexo, sobressaltar a eficácia revogatória (ou ab-rogativa) das normas constitucionais; atribuindo maior ênfase às consequências

português, como um princípio geral de direito administrativo legalmente positivado: uma estatuição impositiva do legislador constitucional que cabe à doutrina conceptualizar e à jurisprudência fiscalizar”. V., ainda, José Carlos Vieira de Andrade, “A Imparcialidade...”, pág. 219 e seg.

⁶⁵⁰ V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito ...*, pág. 71 e seg.; e Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 147 e seg.

⁶⁵¹ V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 84 e seg. e Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 242 e seg.

⁶⁵² Cf. Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 143. V., tb. Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto Correia, *Responsabilidade do Estado...*, pág. 434; e Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 311.

⁶⁵³ Cf. já aduzido no tópico intitulado “Posicionamento Fundamental”.

imediatas desse atributo próprio das normas jurídicas⁶⁵⁴. Assim sendo, para obstar que sejam aplicadas pela Administração Pública normas infraconstitucionais antigas contrárias às normas e princípios constitucionais; deve-se reconhecer a legitimidade extraordinária da autoridade administrativa para levar a efeito esse “poder de rejeição”; uma vez que não se está diante de “leis puramente inconstitucionais”; por força da interferência do princípio *lex posterior derogat priori*.

Todavia, como dantes já se clarificou, a interpretação e a configuração do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa não podem estar desatreladas do princípio da segurança jurídica e, a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* não é totalmente isenta de problemas; por não se está defronte de normas de mesma autoridade hierárquica e de mesma densidade normativa⁶⁵⁵.

Por isso, para efeitos da *questio*, isto é, para que a autoridade administrativa possa, de modo *seguro*, para além de excepcional e legitimamente, levar a efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” quando em causa leis pré-constitucionais, entende-se que deverá a mesma procurar estribar o seu ato de desaplicação em conformidade com o posicionamento dos tribunais acerca da subsistência

⁶⁵⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 643, tendo como objeto a CRP: “Na qualidade de *norma primária sobre a produção jurídica* a Constituição tem três importantes funções: (1) identifica as *fontes de direito* do ordenamento jurídico português; (2) estabelece os critérios de *validade e eficácia* de cada uma das fontes; (3) determina a *competência* das entidades que revelam normas de direito positivo”. Cf. Konrad Hesse, *A força normativa...*, pág. 27, não obstante, acerca de um outro contexto discursivo: “A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional”. V. explicando o que se entende por “força normativa da Constituição”, J. J. Gomes Canotilho, *Ibidem*, pág. 1077, complementa: “a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*. A *força normativa* da constituição visa, exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*”.

⁶⁵⁵ V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 168; e Sepúlveda Pertence, “Ação Direita de Inconstitucionalidade...”, pág. 151: “Se se quer chamar a hipótese de revogação, tudo bem. Não será, contudo, caso de simples revogação, supostamente idêntica àquela que resultaria da incompatibilidade entre duas normas de gradação ordinária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional. Será, então, sim, revogação qualificada, porque derivada da inconstitucionalidade superveniente da lei anterior à Constituição”.

ou não do ato legislativo em questão, ainda que tal posicionamento não seja proveniente do TC ou do STF. Encontrando-se num âmbito aonde a presunção de constitucionalidade das leis não tem o mesmo vigor do que aquela decorrente da produção legislativa pós-constitucional, pode não se justificar a remessa dos feitos em julgamento até àquelas Instâncias Máximas⁶⁵⁶.

Assim, em síntese, reconhece-se a legitimidade extraordinária do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa quando esta tenha por competência a execução de leis pré-constitucionais definitivamente incompatíveis com a CRP/CF; ou seja, na medida em que esse Direito Ordinário não possibilite uma interpretação administrativa em conformidade com a Constituição e, especialmente, com a observância dos princípios constitucionais impostos pela nova Ordem à Administração Pública do Estado Democrático de Direito⁶⁵⁷. Dessa forma, expressamente valorizada a eficácia revogatória da Constituição, a qual independente do caráter auto-aplicável do preceito constitucional afrontado.

Contudo, *ad cautelam*, para a elaboração do ato de desaplicação, incumbe a autoridade administrativa procurar fundar o mesmo em consonância com o entendimento dos tribunais sobre a vigência ou não do ato normativo desaplicado, isso por serem esses os naturais intérpretes e aplicadores do Direito e os constitucionalmente competentes para o exercício do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Dessa maneira, portanto, com o escopo de que a atuação administrativa seja mais fiel possível ao princípio da segurança jurídica.

Considera-se, aliás, como sendo um entendimento jurisdicional hábil a dar guarida ao princípio da segurança jurídica (também aqui uma fonte da juridicidade administrativa) aquele oriundo dos tribunais

⁶⁵⁶ V. defendendo que quando se trate do reconhecimento de inconstitucionalidade superveniente não se justificaria a obrigatoriedade do Ministério Público interpor recurso de constitucionalidade, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 137. Rememore-se que o art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99 determina que o ato administrativo deve ser obrigatoriamente motivado quando deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre uma dada questão.

⁶⁵⁷ Até esse exato ponto, portanto, concorda-se com a exposição de Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 142.

de 2ª instância, consubstanciado em sua jurisprudência assentada, ainda que não integralmente pacífica, mas certamente majoritária.

Com isso também não se ignora o lapso temporal transcorrido desde a implementação da vigência da CRP e da CF (questão de ordem fática) e nem as competências constitucionalmente atribuídas aos tribunais em matéria de fiscalização da constitucionalidade.

8.3. Conclusão

Portanto, não é sem a razão a inclusão das leis pré-constitucionais não expressamente recepcionadas pelo Direito Constitucional posterior e não ratificadas pelo legislador pós-constitucional dentre as hipóteses exceptuativas para o exercício legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. E assim desde que tais leis pré-constitucionais não consigam ser executadas em conformidade com os hodiernos princípios que competem especialmente à autoridade administrativa observar.

Desse modo, pretende-se valorizar imediatamente a eficácia revogatória da Constituição, consequência de pleno caráter normativo e de seu papel de lei fundamental do Estado.

Entretanto, nos termos precisados, não se prega que o “poder de rejeição de leis pré-constitucionais inconstitucionais” seja levado a efeito em conflito com o princípio da segura jurídica. Nesse sentido, incumbe à autoridade administrativa atuar em consonância com o entendimento jurisprudencial que prevalece nos tribunais acerca da permanência ou não da norma que ela reputa supervenientemente inconstitucional.

6ª HIPÓTESE

Reserva de Administração Face ao Legislador? A Eficácia e a Racionalidade Administrativa contra a Visão Garantística do Princípio da Legalidade. Estudo peculiar da CRP

9. HÁ RELAÇÃO ENTRE “RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO” E “PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS”?

9.1. Reserva de Administração na CRP? O “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais” e a Defesa da Seara Própria da Autoridade Administrativa Contra a Lei. Argumentação Procedente ou Improcedente?

Consoante fora sucintamente exposto nas páginas iniciais da Dissertação, hodiernamente a juspublicística vem debatendo muito sobre a configuração da denominada “reserva de administração”, assim entendida como sendo um núcleo próprio da Administração Pública (ou da autoridade administrativa), no qual a entrada do legislador ou do juiz seria vedada (“reserva de administração face ao legislador” e “reserva de administração face ao juiz”)⁶⁵⁸. Assim, essa “reserva de administra-

⁶⁵⁸ V. falando da “reserva de Administração” face ao juiz: Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa...*, pág. 641. Independentemente de discordar-se das seguintes assertivas, Cf. Vital Moreira, “Sumários – Curso de Direito...”, pág. 7 e 8: “Não há uma equivalência entre a legalidade e o mérito da acção administrativa. Enquanto a legalidade é a zona de decisão administrativa que é susceptível de um juízo de

ção”⁶⁵⁹ poderia encontrar certo paralelismo nas figuras da “reserva de lei” e da “reserva de jurisdição”. Argumenta-se que todas elas são corolários do princípio constitucional da separação dos poderes e do “núcleo funcional inatingível” de cada um dos complexos orgânicos constitucionais.

Todavia, no presente tópico apenas se investigará acerca da “reserva de administração” (ou, se quiser da “reserva de autoridade administrativa”) face ao legislador e, designadamente, face ao legislador-parlamentar (e não ao legislador-executivo)⁶⁶⁰; uma vez que a *questio* com a qual se opera tem essencialmente como pano de fundo o princípio da separação horizontal dos poderes.

Ora, se na afirmação duma “reserva de administração” face ao legislador-parlamentar está sendo pressuposta a assertiva de que “a Administração deve dispor de um ‘espaço liberto da lei’ e/ou da acção do legislador, de um domínio exclusivo ou de vários, e até de modo de actuação específicos”⁶⁶¹, isto é, de um âmbito aonde seria defesa a ingerência parlamentar por intermédio da lei, poder-se-ia dar um “passo adiante” na controvérsia e cogitar-se num “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo, no sentido da autoridade administrativa resguardar o seu particular foro de atuação de

conformidade com o “bloco legal”, o mérito e a zona de decisão que escapa a um tal juízo, apenas estando sujeita a juízos de oportunidade, de conveniência e de correcção administrativa”. ... “O não cumprimento ou a violação de regras ou o dever de boa administração não é em geral susceptível de ser contenciosamente controlado”. V. apontando a discussão dos operadores jurídicos sobre a “reserva de administração”, Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 246.

⁶⁵⁹ Falando dos vários sentidos que pode adquirir a expressão “reserva de administração” (“reserva de ato administrativo”; “reserva de procedimento administrativo”; “reserva de regulamento de Governo em função do *indirizzo* da administração”), Diogo Vaiano, *La Riserva di Funzione Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 2 e seg.

⁶⁶⁰ Cf. Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 33: “Apesar de o tema em discussão ser frequentemente tratado sob a referência ‘reserva da administração’ – e, desde logo, porque foi sob essa designação (*Verwaltungsvorbehalt*) que ele foi mais sistematicamente tratado pela doutrina alemã – o termo padece de alguma equívocidade, já que na realidade está em causa não é um problema orientado à escolha da forma juridicamente adequada para o desempenho de competências constitucionalmente atribuídas (acto legislativo ou acto administrativo), mas sobretudo – ainda que a questão formal possa ser pontual e proveitosamente investida na argumentação – um problema de repartição orgânico-funcional de competências entre Parlamento e Governo”.

⁶⁶¹ Cf. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 329. V., ainda, Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 674.

eventuais usurpações por parte do legislador-parlamentar, numa lógica que faz lembrar o “direito de resistência” dos indivíduos quando em causa uma ostensiva violação do núcleo essencial de seus DLG. Daí o possível interesse do relacionamento do tema da “reserva de administração” com a *questio* relativa ao “poder de rejeição de leis (parlamentares) inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

Mas, retornando-se à discussão da “reserva de administração” e aprofundando-se na controvérsia, será que é constitucionalmente possível se afirmar a existência de uma “reserva de administração” face ao legislador-parlamentar, nomeadamente quando a atividade administrativa tem por traço fundamental o princípio da legalidade como “princípio da conformidade” e como “preferência e precedência da lei”, consagrado para a garantia dos direitos dos administrados; numa *mais valia* da segurança jurídica atribuída pelo Estado de Direito⁶⁶²? Em outros termos, será que é constitucionalmente viável a existência de uma “reserva de administração” face ao legislador-parlamentar quando este é o detentor da legitimidade democrática direta? Ou, se quiser, será que é juridicamente cabível se falar em “reserva de administração” quando é doutrinária e constitucionalmente admitida a figura da lei-medida como sendo um ato formalmente legislativo e materialmente administrativo⁶⁶³, aliás, heterogeneidade dessa da qual decorre o seu duplo controle jurisdicional⁶⁶⁴? E, na eventualidade de serem todas as respostas positivas, será em consequência delas extraordinariamente legítimo o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa quando esta se deparar com uma afronta ao seu “núcleo funcional essencial”?

É certo que as soluções dessas questões deverão ser fornecidas pelo princípio constitucional da separação dos poderes acolhidos pela Constituição concreta considerada⁶⁶⁵; princípio que, entretanto, deverá ser interpretado em consonância com as implicações e exigências do Estado Hodierno, dentre as quais desde já se destaca a tão focada “exigência de

⁶⁶² V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 572.

⁶⁶³ V. apresentando a controvérsia da “reserva de administração” em face da admissibilidade da lei-medida no Direito Italiano, Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 674.

⁶⁶⁴ V. art. 268º/4 da CRP, quando garante a impugnação de quaisquer atos administrativos que lesem os direitos e interesses dos administrados, independente da sua forma. Cf. Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 323.

⁶⁶⁵ V. Nuno Piçarra, “Separação dos Poderes...”, pág. 156; e *A Separação dos Poderes...*, pág. 264; e “Reserva...”, pág. 330 e 342.

eficácia e de racionalização das atividades estatais”⁶⁶⁶ (também decorrência da “dimensão positiva” do princípio da separação dos poderes)⁶⁶⁷.

Contudo, inicialmente, esclarece-se que a investigação da controvérsia atinente à “reserva de administração” face ao legislador-parlamentar somente será apreciada perante a CRP.

Excluiu-se da presente hipótese a CF. A uma, porque vigora nesse sistema constitucional o Presidencialismo e, conforme já afirmado, não há perante essa forma de governo a possibilidade do Chefe do Estado dissolver o Parlamento e nem deste censurar ou demitir o Governo (corporizado no Chefe de Estado). Destarte, não há controles primários entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo⁶⁶⁸. A responsabilidade política do Presidente da República se reduz ao instituto do *impeachment*, nos crimes de responsabilidade (art. 85 e seguinte da CF). E, consoante se verá, um dos argumentos utilizados para averiguar a “reserva de administração” face ao legislador-parlamentar (no sentido de ser uma reserva de competência em matéria administrativa do Governo não passível de investidas da AR, através de lei) é justamente a responsabilidade política do Governo perante o Parlamento (art. 190º da CRP), além da dignidade de “órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública” (art. 182º da CRP)⁶⁶⁹.

A duas, porque não há na CF uma consagração expressa dos fins da Administração Pública, análoga à constante exemplificadamente dos arts. 266º e 235º (administração local) da CRP; bem como não há uma distinção constitucionalmente consagrada entre as competências políticas e administrativas do Poder Executivo. Aliás, veja-se a competência do Congresso Nacional constante do art. 48, incisos II; IV; IX; X e XI, todas relacionadas diretamente com a função executiva

⁶⁶⁶ Cf. Jorge Reis Novais, *Separação de poderes...*, pág. 38; e Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 377. V. Luís Cabral Moncada, *Direito Público...*, pág. 10. V., tb. Albert Calsamiglia, “Justicia...”, pág. 113; e Heinz Schäffer, “Racionalización...”, pág. 153 e seg.

⁶⁶⁷ Ou, Cf. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 352: “A solução para esta contradição consistirá em encontrar em ‘justo meio’ que, tendo desde logo em conta os dados da realidade factual e normativa, possa servir de parâmetro, mais casuístico do que genérico, para a harmonização entre as exigências do princípio da legalidade, elemento essencial do Estado de direito, e as exigências de ‘boa administração’, eficiência e capacidade de intervenção da complexa estrutura administrativa”.

⁶⁶⁸ V. Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, pág. 371 e 372.

⁶⁶⁹ V. Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes...*, pág. 58.

(ou administrativa *lato sensu*), bem como a competência exclusiva disposta no art. 49, inciso V. A três, porque ainda interviria na controvérsia a separação vertical de competências entre os vários entes da Federação (Administração Pública da União; dos Estados e dos Municípios). E, por fim, porque o Poder Executivo no sistema constitucional brasileiro ocupa uma certa hegemonia jurídica e fática relativamente ao Poder Legislativo (nomeadamente por causa de sua ampla autonomia política e por causa de sua função legislativa extraordinária⁶⁷⁰) e funda-se igualmente numa legitimidade democrática direta.

Em suma, se a configuração duma “reserva de administração” já não é isenta de dúvidas perante a CRP⁶⁷¹, será certamente mais controvertida diante da CF, ainda mais quando se pretende estabelecer uma conexão dessa reserva com a *questio* referente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. A controvérsia poderá, entretanto, ser aí plantada, mas o exame da mesma carece de ser mais detido. Aliás, talvez seria mesmo o caso de se propor perante a CF, contrariamente, o debate para uma rígida delimitação duma “reserva do legislador-parlamentar em face do legislador-executivo”; isso por causa do uso e do abuso pelo Presidente da República do recurso constante do art. 62 da CF para a regulação de situações gerais e abstratas, sem o efetivo caráter de relevância e urgência, fazendo das medidas provisórias o instrumento normativo primário efetivamente ordinário⁶⁷².

Partindo-se para o exame da CRP e, nomeadamente, para o princípio da separação nela estabelecido, ver-se-á que não será escorreito

⁶⁷⁰ Cf. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *apud* Omar Francisco do Seixo Kadri, “O Executivo-Legislator...”, pág. 67 e 71. Cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 147: “Lamentamos constatar que, sepultado o decreto-lei, considerado um execrável entulho autoritário, as medidas provisórias têm sido editadas em número elevadíssimo, sobre os mais variados assuntos, e sendo constantemente reeditadas, transformando-se num instrumento poderoso para a concentração de poderes na pessoa do Presidente da República, submetendo-se o Congresso Nacional a um papel secundário e morto”. V. repugnando o presidencialismo brasileiro, Paulo Bonavides, *Curso...*, pág. 189. V., ainda acerca da posição hegemônica do Executivo na Constituição Brasileira pretérita, Ruy Carlos de Barros Monteiro, “O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”, *ob. cit.*, pág. 116.

⁶⁷¹ V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 571. Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Anotação” do Acórdão do Tribunal Constitucional de nº 1/97, *RLJ*, nº 3875 e 3876, pág. 83; e “Anotação” do Acórdão do Tribunal Constitucional de nº 24/98, *RLJ*, 3887 e 3888, p. 96.

⁶⁷² V. Omar Francisco do Seixo Kadri, “O Executivo-Legislator...”, pág. 15 e seg.

tratar o tema da “reserva de administração” da mesma forma como se trata da “reserva de lei da AR” (art. 164º e 165º) e da “reserva de jurisdição dos tribunais” (art. 202º); isto é, como uma só espécie (ainda que com as “subespécies” reserva absoluta e reserva relativa), afinal, perante esse texto constitucional, “Não há uma administração mas várias administrações públicas”⁶⁷³.

Com efeito, as múltiplas atividades e fins da Administração Direta, Indireta, Autônoma, Independente e dos próprios privados incumbidos de funções materialmente administrativas dificilmente conseguiriam ser condensados num único denominador comum, como sendo o “núcleo funcional essencial” conteúdo dessa “reserva de administração”⁶⁷⁴. Isto é, a extração de uma “reserva geral de administração” seria tarefa de fundamentação constitucional bastante árdua⁶⁷⁵, nomeadamente quando os interesses públicos que competem a esta Administração Pública plurinominal prosseguir devem ser heterodeterminados (art. 266º/1/2), corolário do princípio da legalidade nas vestes de “princípio da competência”⁶⁷⁶.

Nesse sentido, desfragmentando o conceito de “reserva de administração”, e tendo sempre como objetivo primordial a *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, a aludida figura ficará restrita à “reserva de Governo em

⁶⁷³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *apud* Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 571. V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 687.

⁶⁷⁴ V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 573.

⁶⁷⁵ Por isso Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 247, fala em “multiplicar o dito jogo das reservas”: “reserva de regulamento”, “reserva de ato administrativo”, “reserva de poder local”; “reserva de poder central”; “reserva de autonomia universitária” e, eventualmente, uma “reserva de associação pública”. Enfim, segundo aduz, “Esta infinita possibilidade de desmembramento ilustra bem a plasticidade ou a ‘perversidade’ (para voltar à teoria dos sistemas) da figura da ‘reserva’, mas evidencia, outrossim e concomitantemente, a dificuldade em definir uma reserva geral de administração”. V., tb. assim, Ac/TC nº 1/97, *RLJ*, 3875 e 3876, pág. 48 e seg.: “... a reserva geral de administração surge como inadequada à função actual do princípio – da separação e interdependência dos poderes –, na medida em que diminuiria possibilidades de efectivação do controlo democrático do Executivo, limitando as áreas de intervenção legislativa do Parlamento e excluindo-o da directa decisão política. Por outro lado, não decorre seguramente do art. 114º, nº 1, da Constituição, em conjugação com o próprio artigo 2º, que consagra o princípio do Estado de direito democrático, uma reserva geral de administração”.

⁶⁷⁶ V. Afonso Rodrigues Queirós, “Competência”, pág. 525.

matéria político-administrativa em face do legislador-parlamentar” (art. 199º/a/b/c/d/e/g)⁶⁷⁷.

Saliente-se, entretanto, que adquire destaque doutrinário, por causa das disposições constitucionais (arts. 6º/1; 235º e 241º), a figura da “reserva da administração local para a regulamentação dos interesses próprios das populações respectivas” em face do legislador⁶⁷⁸. Trata-se certamente de um tipo de “reserva de administração vertical” (art. 6º/1: “descentralização democrática da administração pública”). Nessa “reserva de administração específica”, obviamente, o legislador tanto pode ser o Governo; quanto a AR e as Assembléias Regionais (art. 227º/1/a). Todavia, tais legisladores (ou, eventualmente, autoridades administrativas, no que diz respeito ao poder regulamentar do Governo⁶⁷⁹) devem respeitar a “esfera peculiar” dos interesses próprios das populações correlativas, para que a mesma seja alvo de regulamentação pela assembleia da autarquia⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ Por isso, não se irá cogitar do art. 198º/2 da CRP, por se tratar de uma competência legislativa exclusiva do Governo para estabelecer a sua auto-organização, isto é, trata-se de uma “reserva exclusiva de decreto-lei”. V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 575 e seg. V. Ac./TC nº 24/98, *RLJ*, nº 3887 e 3888, pág. 69. Cf. questiona Jorge Reis Novais, *Separação dos poderes...*, pág. 34: “Há ou não, no conjunto das competências constitucionalmente atribuídas ao Governo e à Administração, um âmbito nuclear que se constitui em limite orgânico-funcional da intervenção do Parlamento, no sentido de que este, podendo embora legislar, não o pode fazer em termos que signifiquem uma determinação integral da actuação daqueles ou a substituição material de suas decisões?”.

⁶⁷⁸ V. Nuno Piçarra, “Reserva”, pág. 598. V. tb. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 610.

⁶⁷⁹ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 610: “Em primeiro lugar, o reconhecimento de uma esfera própria de poder regulamentar às autarquias locais, enquanto imposição constitucional ao legislador, gera um efeito directo sobre o âmbito da competência regulamentar do Governo para a execução das leis: o artigo 242º produz uma compressão tendencial do espaço de operatividade do artigo 202º, alínea c). Dito de outra maneira, o Governo ao emitir regulamentos para a boa execução das leis deve garantir o espaço da autonomia normativa autárquica, não invadindo arbitrariamente áreas respeitantes a interesses locais cuja prossecução pertence às autarquias locais, sob pena de inconstitucionalidade”.

⁶⁸⁰ V., falando em “dimensão invariável da autonomia local”, Mario Dogliani, “Reserva...”, pág. 680. V., falando que “Tem pleno cabimento, para efeitos da determinação do sentido e alcance de tal reserva de administração, aplicar à autonomia autárquica o conceito de conteúdo essencial ou núcleo essencial”; Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 598.

Com efeito, a CRP elevou ao nível de “Poder Local”, em título próprio (Título VIII), as autarquias locais (art. 235º e seguintes); as quais são fundadas numa legitimidade democrática direta (art. 239º/2). Ressalte-se, todavia, que não detém as autoridades máximas desses entes administrativos locais legitimidade *ad causam* para requerer a fiscalização abstrata sucessiva, nomeadamente quando os atos normativos primários desrespeitem os interesses próprios das populações em causa. Tal fato poderá apresentar alguma importância num futuro relacionamento da “reserva da administração local” com a *questio* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, apesar do que consta do art. 242º da CRP.

9.2. “Reserva de Governo” e “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”

Via de regra e sucintamente, quanto aos fundamentos que justificam a “reserva de administração” na vertente acima delimitada (“reserva de Governo”) podem ser resumidos nos tópicos que se seguem: (i) princípio da separação e interdependência dos poderes (art. 2º, com a alteração procedida pela Revisão Constitucional de 1997, e art. 114º)⁶⁸¹; (ii) *status* e qualificação constitucional do Governo, constantes respectivamente dos arts. 110º e 182º e impossibilidade da AR reduzir o Governo a um *nudum jus*⁶⁸²; (iii) responsabilidade política do Governo perante a AR como característica imprescindível do regime do governo (art. 190º) e indicadora do âmbito aonde ele detém uma autovinculação no exercício de suas competências, não se sujeitando a ordens e instruções parlamentares⁶⁸³, além da impossibilidade do chamado “governo de assembleia”⁶⁸⁴; (iv) racionalidade própria da atividade administrativa; princípio da eficácia e “dimensão positiva” do princípio da separação dos poderes⁶⁸⁵; (v) autonomia tecnocrática do Governo e legitimação para o procedimento admi-

⁶⁸¹ V. Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes...*, pág. 35;

⁶⁸² V. Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes...*, pág. 48 e 61.

⁶⁸³ V. Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes...*, pág. 58. V. Declaração de Voto da Conselheira Maria Fernanda Palma, Ac./TC nº 28/98.

⁶⁸⁴ V. Declaração de Voto do Conselheiro Messias Bento, Ac/TC nº 1/97.

⁶⁸⁵ V. Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes ...*, pág. 25; Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 679 e seg.; e Luís Cabral Moncada, *Direito Público...*, pág. 16. V. Konrad Hesse, *Elementos...*, pág. 377.

nistrativo apurada em termos de proximidade para a sua elaboração e otimização da função⁶⁸⁶; (vi) de modo reflexo, valorização da posição institucional da Administração, propendendo-se a considerá-la como uma organização dotada de uma própria autonomia; (vii) decadência da lei como “sacro dogma” e configuração do Parlamento como órgão tão ou mais “perigoso” que o Executivo, por ser representante direto dos grupos de pressão, levando que se cogite numa “legalidade sem lei”⁶⁸⁷, e incorporação do Poder Judicial na qualidade de “Poder protetor dos direitos dos cidadãos” (art. 202º/1); e, ainda, (vii) previsão constitucional da figura dos “regulamentos independentes” na alínea a que alude aos “regulamentos do Governo” (art. 112º/7) em conexão com o art. 199º/g, o qual dispõe sobre a competência administrativa do Governo⁶⁸⁸.

Não são poucos, outrossim, os argumentos que pesam para a inexistência constitucional da “reserva de administração” na vertente proposta: (i) ausência de um dispositivo constitucional expresso análogo aos artigos 164º; 165º; 198º/2 e 202º⁶⁸⁹; cumulada com um questionável princípio hermenêutico que seja capaz de dar guarida a uma interpretação da Constituição que limite formal ou materialmente a competência do Parlamento⁶⁹⁰; (ii) princípio da legalidade como traço marcante do regime jurídico administrativo e o caráter subordinado da função administrativa⁶⁹¹, com todas as implicações garantísticas que nisso estão subjacentes (art. 266º/2), nomeadamente quando a lei é proveniente do órgão que detém a legitimidade democrática direta (art. 147º); (iii) conceito de lei formulado com base em seus atributos

⁶⁸⁶ V. Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 698; Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição*..., pág. 30. V. Declaração de Voto do Conselheiro Bravo Serra, Ac./TC nº 1/97.

⁶⁸⁷ *Apud* Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 698. V. Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes*..., pág. 24; e Rogério Guilherme Soares, *Direito Público*..., pág. 154;

⁶⁸⁸ Cf. Servúlio Correia, *apud* Diogo Freitas do Amaral, “Legalidade...”, pág. 987.

⁶⁸⁹ V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 574.

⁶⁹⁰ Cf. Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 682. Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Anotação” do Ac./TC nº 24/98, pág. 91, sintetizando a tese majoritária do TC: “não há uma matéria que se fure ou seja possível retirar à competência legislativa da Assembleia da República, assim como não há uma reserva de administração (ou reservas de administração) que constituam coutadas imunes à intervenção parlamentar. Os parlamentos teriam os poderes do rei Midas: tudo o que tocam podem converter em acto legislativo da assembleia, mesmo que a outros pertença a tarefa de arranjar a matéria (fundos, receitas, reais ou virtuais) para a Assembleia a poder transformar em ouro”.

⁶⁹¹ V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 573.

formais (ato normativo primário de conteúdo aberto) e admissibilidade das leis-medida e das leis com baixa taxa de generalidade como consequência do Estado Social⁶⁹² (art. 2º, com a exceção posta pelo art. 18º/1) e das exigências de racionalização das atividades legislativas⁶⁹³, demonstrando não se tratar de uma “reserva de administração” de natureza formal; (iv) déficit democrático do Governo e, via de regra, da Administração Pública Direta e Instrumental⁶⁹⁴; (v) competência legislativa do Governo concorrente à da AR nas matérias do art. 198º/a e possibilidade da apreciação (ratificação, alteração ou revogação) parlamentar dos decretos-lei (art. 169º/1, salvo o elaborado com base no art. 198º/2), demonstrando não se tratar *a priori* de uma “reserva de administração” de natureza material⁶⁹⁵; e, por fim, (vi), contra a defesa dos “regulamentos independentes do Governo”, o art. 112º/8.

Ponderando-se tanto os argumentos prós, como os contra, em termos abstratos, do que se extrai do art. 199º/a/b/c/d/e/g é apenas uma “reserva relativa de administração” (frise-se, no sentido de “reserva relativa de Governo para o tratamento de matérias político-administrativas face ao legislador-parlamentar”), ainda que ela seja “reforçada” em algumas específicas matérias (nomeadamente nas que constam das alíneas b; d; e)⁶⁹⁶.

⁶⁹² Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Anotação” do Ac./TC nº 24/98, pág. 91.

⁶⁹³ V. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público...*, pág. 59 e 75; e Albert Calsamiglia, “Justicia...”, pág. 115 e seg.

⁶⁹⁴ Com isso, todavia, não se olvida que *pari passu*, está sendo defendida a legitimidade democrática direta do Governo, com base na sua determinação através do Programa de Governo escolhido pelos cidadãos. V. Paulo Otero, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra Editora, 1992, pág. 330 e 331: “Em consequência, as eleições “parlamentares” são sobretudo escolha de um governo, isto é, a eleição de um primeiro-ministro e da respectiva maioria parlamentar. Assim sendo, não é o chefe do governo que resulta da maioria parlamentar, mas é esta última que surge como arrastamento da escolha directa de um primeiro-ministro. (§) Por conseguinte, o modelo tradicional inverte-se: as eleições parlamentares são cada vez mais a escolha de um executivo e o julgamento da Administração cessante. (§) Como resultado de tudo isto, as eleições parlamentares transformam-se em verdadeiros processos de escolha de uma Administração; o governo passa a gozar de uma legitimidade democrática directa; o parlamento sente-se politicamente impossibilitado de controlar o executivo”. Assim, também, Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 789; e “Hierarquia Administrativa”, *DJAP*, vol. V, pág. 83.

⁶⁹⁵ V. Mario Dogliani, “Reserva...”, pág. 681 e 682.

⁶⁹⁶ V. Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 600.

E isso como resultado duma *mais valia* que se deve atribuir à “dimensão de racionalização” do princípio da separação e interdependência dos poderes, em conexão com uma certa “desmitificação” do Parlamento como único ou como o maior representante da vontade popular⁶⁹⁷. Ora, não sendo assim, em últimos termos, a AR poderá corromper com a “divisão dos poderes” estabelecida, cumulando tanto as funções de Parlamento, como as de Governo, o que se afigura absurdo⁶⁹⁸.

De fato, a configuração constitucional dessa “reserva relativa” em nada se confunde com aquelas que decorrem da “reserva de lei” (art. 165º) e da “reserva de jurisdição” (art. 20º), cujos contornos constitucionais se encontram bem mais definidos. Todavia, isso não significa dizer que concretamente não possa essa identificada “reserva relativa de administração” (ou “reserva relativa de Governo”) ser alvo de usurpação por parte do Parlamento, designadamente quando este, por intermédio da lei, arroga-se em “órgão da condução política do país e em órgão superior da administração pública”, subestimando o Governo na sua dignidade constitucional de órgão de soberania, de modo a alterar inclusivamente a sua responsabilidade política perante a AR.

Tal situação, contudo, deverá ser analisada caso a caso, dado os ténues contornos dessa aludida reserva (já que não sendo aprioristicamente de ordem material ou formal)⁶⁹⁹. Aliás, é por isso mesmo que se assevera doutrinariamente que a lei-medida viola o princípio da separação dos poderes em sua parte auto-executável, nesse sentido, fazem-

⁶⁹⁷ V. Alexandre de Moraes, *Jurisdição Constitucional...*, pág. 54; Vital Moreira, “Princípio da Maioria...”, pág. 182.

⁶⁹⁸ Tb. assim J. J. Gomes Canotilho, “Anotação” do Ac./TC nº 24/98, pág. 91: “a radicalização deste discurso acabará, como é óbvio, na própria dissolução de princípios estruturantes, na perda dos lugares constitucionais dos órgãos de soberania, no abuso da forma como modo de expansão de competências. Neste sentido, perguntamo-nos se não será de admitir uma reserva política do executivo”.

⁶⁹⁹ Concorde-se, assim, com os posicionamentos de Jorge Reis Novais, *Separação dos Poderes...*, pág. 60 e 61, no sentido de que a violação do conteúdo essencial das competências constitucionais do Governo devem ser apuradas no caso concreto. Tal ofensa seria implementada quando por força da determinação parlamentar, o Governo é pontualmente degradado ao nível de um órgão subordinado que recebe ordens ou instruções vinculativas da AR, de modo não condizente com o seu estatuto e com as suas incumbências constitucionais. V. tb. Marcelo Rebelo de Sousa, *O valor jurídico...*, pág. 118. Não obstante isso, o TC denegou a caracterização dogmática da “reserva de administração”.

do letra morta do papel constitucional que compete ao Poder Executivo. Este, nessa circunstância, em nada poderá racionalizar e otimizar os comandos legislativos (a “reserva de administração” pode ser vista aqui como de ordem “espacial”, numa maior ou menor capacidade para a racionalização da autoridade administrativa)⁷⁰⁰.

Assim sendo, agora fazendo a conexão do tema da “reserva de administração” com a *questio*, havendo efetiva violação do “conteúdo essencial” da “reserva relativa de administração”, nos termos supraprecisados, poder-se-á cogitar no excepcionalmente legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa? Isto é, verificando a autoridade governamental (ou a autoridade da Administração Pública estadual: órgãos da Administração Pública Direta e, ocasionalmente, da Instrumental, sob a orientação ou controle do Governo⁷⁰¹) que restou corrompido o “núcleo essencial” de competências do Governo, poderá a mesma levar a efeito, legitimamente, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”? Entende-se que, em princípio, a resposta deve ser negativa.

Explica-se. A uma, porque ainda que o TC não tenha competência para processar e julgar os litígios entre os órgãos de soberania, o ato legislativo parlamentar violador do “núcleo funcional essencial” do Governo poderá incontroversamente ser objeto de fiscalização abstrata sucessiva, ainda que tenha baixa taxa de generalidade e abstração⁷⁰²; controle esse que pode ser inclusivamente requerido pelo próprio PM, sob a invocação de violação das normas constitucionais de repartição horizontal de competências. A duas, porque o desenho constitucional da “reserva de administração” em causa é bastante subtil; e, a três, porque, tal “âmbito essencial” ainda não é devidamente

⁷⁰⁰ V. Luís Cabral Moncada, *Direito Público...*, pág. 59; Mario Dogliani, “Riserva...”, pág. 687; e Nuno Piçarra, “Reserva...”, pág. 601.

⁷⁰¹ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 793: “... o Governo responderá politicamente pela totalidade da actividade da Administração central do Estado sujeita ao poder de direcção, seja em termos de mérito ou de legalidade. Todavia, já não poderá ser responsabilizado pelo mérito da actividade administrativa desenvolvida pela Administração autónoma”. E às pág. 795: “Mais: o Governo nunca poderá ser responsabilizado politicamente pela actividade administrativa desenvolvida pelas regiões autónomas, observando-se aqui um limite ao âmbito dos poderes de fiscalização da Assembléa da República”.

⁷⁰² V. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pág. 24; e Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pág. 70.

reconhecido pelo TC (Acórdãos nº 1/97 e nº 24/98), fato que deve ser relevado pelo Governo quando é aquele o órgão especificadamente incumbido de administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 221º). Por derradeiro e principalmente porque o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, qualificado como extraordinariamente legítimo, não se presta para servir, em últimos termos, de recurso legítimo dentro das desavenças institucionais. O princípio da segurança jurídica impede uma tal interpretação.

Entretantes, desde que as consequências da imediata execução administrativa do ato parlamentar sejam incontornáveis e extremamente gravosas para a continuidade da condução da política geral do país (art. 182º), requisito que, registre-se, deve ser investigado concretamente e com a maior cautela e transparência por parte do Governo, poder-se-á falar em “poder de rejeição de leis inconstitucionais” por este órgão de soberania (art. 183º/1 e art. 201º/1/a/2); e não simplesmente “pela autoridade administrativa” (aqui, portanto, já restaram definidos alguns requisitos do *como* e do *quem* desse poder). É certo, ademais, que mesmo nessa hipótese, será *conditio sine qua non* da legitimidade excepcional do “poder de rejeição do ato parlamentar” o requerimento imediato da fiscalização abstrata sucessiva pelo PM (281º/2/c), lembrando-se que inexistente previsão legal para suspensão provisória da eficácia normativa através de uma decisão liminar do TC.

Em todo caso, mesmo assim, o Governo não deixará de estar sujeito, por causa da rejeição da lei parlamentar, a uma eventual responsabilização por parte do órgão de soberania respectivo, não obstante a efetiva eficácia do ato de desaplicação relativamente à incolumidade da condução da política geral do país.

9.3. Conclusão

Tentou-se estabelecer uma conexão da problemática figura dogmática da “reserva de administração” em face do legislador com o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo.

Não obstante isso, tendo em vista que a “reserva de administração”, no sentido de uma “reserva geral de administração” não encontra respaldo constitucional *expressis verbis*, elegeu-se uma “reserva específica de

administração” para se efetivar tal conexão. Optou-se, por razões de maior proximidade temática (tendo por parâmetro o relacionamento com o princípio da separação horizontal dos poderes), pela “reserva de Governo em face do legislador-parlamentar” (art. 199º da CRP).

Com efeito, o aludido dispositivo, à luz do hodierno princípio da separação dos poderes e, em conjunção com o art. 182º da CRP, desenha uma “reserva relativa de Governo”, a qual, contudo, não é de ordem formal e nem, *a priori*, de ordem material. Todavia, tal como as outras “reservas” (“reserva de lei da AR” e “reserva de jurisdição dos tribunais”), é passível de sofrer ingerências ilegítimas por parte da AR, circunstância que deve ser investigada concreta e acuradamente.

Contudo, não se considera legítimo, em termos extraordinários, o “poder de rejeição de leis parlamentares” pela autoridade governamental quando em causa o “núcleo essencial das competências do Governo”. O “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não é instrumento legítimo para a solução de contendas institucionais. Não pode ser assim visualizado. Caso o Governo entenda que teve corrompido pela AR o seu “núcleo funcional peculiar” poderá requerer a fiscalização abstrata diretamente perante o TC.

O legítimo “poder de rejeição de leis parlamentares” pela autoridade governamental, com fundamento em ofensa à “reserva relativa de Governo” *apenas* será cabível, contudo, em termos *excepcionalíssimos*, quando a salutar continuidade da “condução da política geral do país” se veja gravemente ameaçada em face da imediata execução do ato normativo parlamentar. Nesse caso, conjuntamente com o ato de desaplicação da lei parlamentar, a autoridade governamental (PM) deve apresentar o pedido de fiscalização abstrata sucessiva no TC.

PARTE V

O QUEM E O COMO DO PODER

*Qual Autoridade Administrativa Legítima para
Exercer o “Poder de Rejeição de Leis
Inconstitucionais”? Como Proceder a esse Exercício?*

10. OS OUTROS CONDICIONAMENTOS DO “PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS” EXTRAORDINARIAMENTE LEGÍTIMO

10.1. Considerações Iniciais

Depois de analisadas as hipóteses nas quais o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa se configuraria extraordinariamente legítimo (isto é, visto o “*quando* do poder”) – o que compôs a parte substancial da presente Dissertação –; cumpre agora investigar os seus outros condicionamentos (ou, se quiser, limites⁷⁰³), nomeadamente os que dizem respeito ao *quem* e ao *como*. Isso com o escopo de solver razoavelmente a *questio sub examine*.

Com efeito, não basta apenas identificar a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” como legítimo em termos excepcionais;

⁷⁰³ V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 236.

nem ainda descrever as circunstâncias nas quais se manifestaria a legitimidade para a formulação do ato de desaplicação da lei; carece-se, além disso, de esclarecer quais as autoridades administrativas podem, de modo legítimo, levar a efeito tal poder (será todas ou apenas algumas delas?).

Efetivamente, na determinação da autoridade administrativa legítima (ou das autoridades administrativas legítimas) para elaborar o ato de desaplicação da lei inconstitucional intervirão: (i) os efeitos da hierarquia administrativa⁷⁰⁴ como modo de estruturação orgânica da Administração, sob o ponto de vista intra-subjetivo, isso por ser a hierarquia administrativa o instrumento capaz de manter uma certa unidade ou homogeneidade no comportamento das autoridades administrativas frente à lei inconstitucional⁷⁰⁵ (art. 182º e art. 267º/2 da CRP e art. 84, II, da CF e art. 1º, 2º, 4º e 19 do Decreto-Lei nº 200/67⁷⁰⁶), o que se faz necessário por força dos princípios da segurança jurídica e da igualdade; bem como, num sentido oposto, (ii) os reflexos dos princípios democrático e da desconcentração e descentralização administrativa (art. 267º/1/2 da CRP e art. 6º e arts. 10 e se-

⁷⁰⁴ Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 76 e 77; e "Hierarquia Administrativa", *DJAP*, pág. 66 e 71: "Hierarquia Administrativa consiste num modelo de organização vertical da Administração Pública, através do qual se estabelece um vínculo jurídico entre uma pluralidade de órgãos da mesma pessoa colectiva, conferindo-se a um deles competência para dispor da vontade decisória de todos dos restantes órgãos, os quais se encontram adstritos a um dever legal de obediência". Na presente análise, quando se referir à hierarquia administrativa, estar-se-á pressupondo, normalmente, a hierarquia da Administração civil. V., ainda, Giovanni Marongiu, "Gerarchia Amministrativa", *EdD*, XVIII, pág. 616 e seg.

⁷⁰⁵ V. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 96.

⁷⁰⁶ O Decreto-Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967 dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. "Art. 1º – O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado." "Art. 2º – O Presidente da República e os Ministros de Estado exercem as atribuições de sua competência constitucional, legal e regulamentar com o auxílio dos órgãos que compõem a Administração Federal". "Art. 19 – Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República" (o art. 32 foi revogado pela Lei nº 9.649, de 27/05/1998).

guintes do Decreto-Lei nº 200/67⁷⁰⁷), estes com o escopo de aproximar a execução das atividades administrativas dos particulares diretamente interessados e de tornar mais eficaz a função estatal incumbida de prosseguir os interesses públicos heterodeterminados; além dos corolários do fenômeno da especialização da Administração Pública⁷⁰⁸.

Em consonância com aqueles últimos princípios, a legitimidade da autoridade administrativa para a desaplicação da lei inconstitucional pode ser extraída pela sua maior proximidade em relação ao procedimento (isto é, por ser a autoridade administrativa competente para efetuar a execução concreta da lei); enquanto, por força do fenômeno hierárquico, a autoridade administrativa legítima demonstra ser aquela que ocupa os postos mais altos do escalão administrativo (reforçada pela relação de legitimidade democrática da Administração para com o Poder Executivo e o Parlamento)⁷⁰⁹. Isto é, verifica-se aqui um certo conflito entre os princípios envolvidos nessa questão.

Em síntese, no que diz respeito ao *quem* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, há de se tentar compor uma “unidade no pluralismo”⁷¹⁰ acerca do comportamento da Administração Pública frente à lei inconstitucional.

⁷⁰⁷ “Art. 6º – As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV – Delegação de Competência; V – Controle”. “Art. 10 – A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”. “Art. 11 – A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender” (o legislador pretende aqui aludir à desconcentração administrativa usualmente referenciada pela juspublicística).

⁷⁰⁸ V. Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 32 e seg.

⁷⁰⁹ V. falando num “princípio da legitimidade democrática ascendente da estrutura hierárquica”, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 333; e “Hierarquia...”, pág. 83. Segundo o Autor, naquelas pág. 333: “quanto mais elevado se situar um órgão na hierarquia administrativa, maior será a legitimidade democrática das suas decisões”. Aliás, consoante já mencionado, o Autor afirma que hodiernamente o Governo (do sistema parlamentar-presidencial de Portugal) está dotado de legitimidade democrática direta. V., *Ibidem*, pág. 331; e *O Poder de Substituição...*, II, pág. 790.

⁷¹⁰ Expressão usada por Paulo Otero, in *O Poder de Substituição...*, II, pág. 752. Anteriormente, a expressão “unidade dentro da pluralidade” fora utilizada por Rolf Stober, *Derecho...*, pág. 75. V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 249.

Da mesma forma, demonstra ser também importante apresentar os requisitos conjunturais do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo (o que já se refere mais diretamente à parte relativa ao *como* desse poder). Ora, em razão de sua própria excepcional natureza, revela-se que, não basta apenas se estar diante de uma das hipóteses referentes ao *quando* do poder; mas que, inclusivamente, se esteja frente a uma dada situação em que o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” demonstre ser medida necessária à constitucionalidade da atuação administrativa (sempre no propósito direto de atribuir uma maior eficácia possível às normas constitucionais); o que certamente pressupõe uma ponderação sobre os eventuais prejuízos que podem advir, tanto da aplicação da lei inconstitucional, como da sua desaplicação⁷¹¹.

Outrossim, é também relevante mencionar quais os encargos que a autoridade administrativa autora do ato de desaplicação compete formular, porquanto, o exercício de um poder apenas extraordinariamente legítimo deve conjecturar a observância de alguns ônus formais; sob pena da ilegitimidade e arbitrariedade da rejeição.

Com efeito, tais incumbências relacionam-se, designadamente, com os propósitos de: (i) “assegurar a *reflexão* de um poder decisório responsável” e “a correção material”⁷¹² da decisão de desaplicação da lei reputada inconstitucional (dever de fundamentação expressa do ato administrativo de desaplicação: aplicação analógica dos art. 124º e 125º do CPA e art. 50 da Lei nº 9.784/99); (ii) resguardar que a “última palavra” acerca da constitucionalidade do ato normativo primário possa ser proferida por quem de Direito (os tribunais: art. 204º da CRP e art. 102, inciso III, alínea b) da CF), por força do princípio da sepa-

⁷¹¹ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 263; o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” requer uma “proporção que corresponda um equilíbrio ponderado dos valores em jogo”.

⁷¹² Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 13. Com efeito, o Autor elucida que o dever de fundamentação expressa de determinados atos administrativos objetiva, em primeira linha, proporcionar uma decisão administrativa correta e coerente com os interesses públicos (ou seja, dirige-se, imediatamente, à própria autoridade). Mediamente, entretanto, a fundamentação da autoridade administrativa facilita o controle a posteriori da atuação administrativa.

ração dos poderes concretamente constitucionalizado e, simultaneamente, acautelar que a atividade administrativa *contra legem* (em sentido rigorosamente estrito) possa ser controlada jurisdicionalmente (dever de notificação do Ministério Público, na qualidade de órgão constitucional responsável pela defesa da “legalidade democrática” – art. 219º/1 da CRP – e da “ordem jurídica e do regime democrático” – art. 127 da CF); (iii) possibilitar uma eventual ingerência do órgão/entidade da Administração Pública que exerça, sobre a autoridade administrativa desaplicadora da lei, algum tipo de poder de controle (vínculo intersubjetivo), no sentido amplo do termo, de “controle interno” da Administração Pública⁷¹³ (dever de notificação da respectiva entidade superior); (iv) garantir a transparência e a boa-fé da atuação administrativa, especialmente frente ao poder legiferante autor do ato normativo primário rejeitado, bem como a possível responsabilidade da autoridade administrativa praticante do ato de desaplicação (dever dar pleno conhecimento público da decisão de desaplicação da lei inconstitucional), para além evidentemente, da própria responsabilidade da pessoa coletiva pública ou da pessoa coletiva privada que está a exercer os poderes públicos (art. 22º da CRP e art. 37, §6º, da CF).

⁷¹³ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 212: “A Administração Pública, direta, indireta ou fundacional, sujeita-se a controle internos e externos. *Interno* é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. *Externo* é o efetuado por órgãos alheios à Administração”. E às pág. 125: “O controle das autarquias, às vezes designado, sobretudo na doutrina estrangeira, como tutela, é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado”. V. art. 74, incisos I e II, art. 84, inciso II, e art. 87, inciso I, todos da CF. V. art. 13 e 14 do Decreto-Lei nº 200/67. Na CRP, isso diz respeito aos poderes de direção, superintendência e tutela que o Governo exerce sobre, respectivamente, a Administração Direita do Estado, a Indireta (a qual também pode estar sujeita ao regime tutelar) e a Autônoma. V. art. 227º/m/o da CRP, relativamente aos poderes das regiões autônomas sobre a administração pública regional. V., tb. falando em “fronteiras externas” do fenômeno hierárquico, quanto aos poderes de tutela e de superintendência, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 221 e seg. Ressalte-se que o controle da legalidade sobre a atividade da Administração Independente é apenas jurisdicional; o que também ocorre usualmente em Portugal e no Brasil em relação às Ordens Profissionais. Cf. Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, págs. 127, 215 e 216. V., ainda, Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 795, nota, e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 250.

Tudo isso, enfim, em consonância com o princípio da juridicidade administrativa.

Assim, sendo certo que foram descritas 06 (seis) hipóteses para o exercício legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa; as quais podem ou não ter conexão entre si (v. g., uma decisão formalmente administrativa e materialmente jurisdicional – “parajurisdicional” – que contenha em seus fundamentos jurisprudência constitucional hábil a corroborar a desaplicação da lei reputada inconstitucional) e, tendo-as agora todas em vista, necessário, preliminarmente, apartar aquelas que, pela sua própria configuração, são dotadas de uma certa especificidade, a qual poderá repercutir na determinação de seus outros condicionamentos.

Será o caso, nomeadamente, das hipóteses atinentes às “decisões administrativas ‘parajurisdicionais’” e aos “direitos, liberdades e garantias”. Ambas não dizem respeito exclusiva e imediatamente ao ato normativo primário considerado (como ocorre em relação às “leis manifestamente inconstitucionais”; às “leis pré-constitucionais inconstitucionais” ou às leis cuja presunção de constitucionalidade encontra-se “abalada” por efeito do *status* da jurisprudência constitucional).

De fato, quanto à primeira hipótese mencionada, a sua peculiaridade advém da própria qualificação da atividade administrativa e do modo com é desempenhada. Isso porque, se “as decisões administrativas ‘parajurisdicionais’” são resultado de uma atividade formalmente administrativa; mas que visa, para além de outros fins, solver uma “questão de direito” numa dada “composição jurídica de conflitos”; isso por estar presente, lembre-se, a proteção de direitos fundamentais determinados, além de “um interesse público (designadamente administrativo), um daqueles que são susceptíveis de comover uma intervenção estadual (não jurisdicional)”⁷¹⁴; e, implementada mediante uma “independência relativa” da autoridade administrativa; por certo, somente as autoridades administrativas que se quadrem nos referidos requisitos podem ser autoras do ato de desaplicação da lei inconstitucional⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Cf., mais uma vez, Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição...*, pág. 64; *Repensar o Poder Judicial...*, pág. 307.

⁷¹⁵ Conforme os argumentos alinhavados no tópico 4.3.1. e seguintes.

Por isso, no que tange especificadamente à autoridade administrativa que levará a efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” quando em causa “decisões administrativas ‘parajurisdicionais’”, não será preciso acrescentar outros dados, para além dos que já foram oportunamente alinhavados, porquanto contextualmente identificado o condicionamento relativo ao seu *quem*. Todavia, quanto ao seu *como*; ou melhor, quanto aos encargos formais que essa autoridade administrativa incumbe elaborar para efeitos da legitimidade do seu ato de desaplicação (constante da decisão “parajurisdicional”), a argumentação que será posteriormente desenvolvida deve ser integralmente observada, afinal, do mesmo modo, trata-se aqui de um ato formalmente administrativo.

Por outro lado, no que diz respeito à hipótese relativa aos “direitos, liberdades e garantias”, a sua particularidade decorre da aplicabilidade imediata e da vinculação direta das “entidades públicas” aos preceitos constitucionais afrontados (art. 18º/1 da CRP e art. 5º, § 1º, da CF). De tal eficácia normativa, expressamente reforçada, decorre a desnecessidade da *interpositio legislatoris* para que norma constitucional correlativa seja capaz de incidir numa determinada relação jurídica. Dessa mesma especificidade, originou-se, reiterou-se, um “dever de rejeição”; motivo pelo qual se afigura mais prudente o seu apartado exame.

Todavia, o condicionamento referente ao *quem* do “dever de rejeição das leis ostensivamente violadoras dos DLG” somente será apreciado após terem sido confrontados, em termos gerais, o aludido condicionamento do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”.

Ademais, ressalte-se, que, no que tange à hipótese referente à “reserva de administração face ao legislador-parlamentar”, já se esclareceu que apenas se afiguraria legítimo, em termos excepcionalíssimos, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pelo Governo quando violada a “reserva relativa de governo em matéria político-administrativa” (art. 199º da CRP) e, ainda assim, deste que a execução desse ato normativo originário da AR seja capaz de provocar incontornáveis e graves prejuízos à “condução da política geral do país” e, cumulativamente, que o PM requeira, ato contínuo, a fiscalização abstrata sucessiva da lei desaplicada perante Tribunal Constitucional (art. 281º/2/c da CRP). Isso com o fito de ser resguardada imediata-

mente a eficácia normativa dos arts. 182º e 199º da CRP e, reflexamente, a posição institucional do Governo no concreto quadro da separação dos poderes.

Destarte, nesta hipótese, à partida, já foram mencionados os condicionamentos principais referentes ao *quem* e ao *como* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” violadoras da “reserva relativa de administração”; não obstante os fundamentos que serão abaixo apresentados acerca das formalidades do ato de desaplicação se prestarem igualmente para o caso do ato administrativo elaborado pelo Governo nessas condições⁷¹⁶.

Portanto, o “trajeto” a ser percorrido na presente parte será o seguinte: (i) inicialmente, averiguar-se-á, em termos gerais, o condicionamento relativo ao *quem* da *questio*. Após, (ii) verificar-se-á a existência de alguma especificidade, sobre esse mesmo condicionamento, quando em causa violação ostensiva ao núcleo essencial dos “direitos, liberdades e garantias”. Por fim, (iii) descrever-se-á acerca do condicionamento referente ao *como* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo, em termos gerais.

⁷¹⁶ Elucida-se que, quando se fala em ato administrativo de desaplicação da lei inconstitucional, está se aludindo a um ato administrativo *stricto sensu*. Isso porque, ainda que a autoridade administrativa legítima para exercer o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” tenha competência regulamentar, não será tal ato formulado por meio de um regulamento administrativo. Isso porque, não terá o ato o atributo da abstração, afinal, estará o mesmo intimamente relacionado com a norma legal rejeitada e com essa situação concreta de desaplicação. Isto é, a sua qualidade de ato administrativo concreto será efeito da possibilidade do mesmo ser aplicável a um número determinado de casos, nomeadamente àqueles aonde a lei desaplicada teria alguma relevância jurídica, respeitada a específica conjuntura concreta que originou a sua formalização. Assim se afirma porque se tem por conceito de regulamento a “norma escrita, geral e abstracta, por via de regra, subordinada à lei, emanada por uma autoridade administrativa, ou por uma entidade privada no desempenho de uma função público-normativa”. Cf. Jorge Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos...*, pág. 45. Aliás, é certo que a Administração Pública pode praticar atos de efeitos gerais e concretos. V. Jorge Coutinho de Abreu, *Ibidem*, pág. 23. Em todo caso, o mesmo Autor, às pág. 28, salienta que, não obstante a distinção doutrinária entre regulamentos e atos administrativos *stricto sensu*, por vezes é difícil saber se está perante um ou outro tipo de ato jurídico-administrativo.

10.2. *Quem?* A Tentativa de se Compor uma “Unidade no Pluralismo” para Efeitos do “Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais”

Efetivamente, difícil se afigura a determinação, *em termos exatos*, dentro da complexa trama organizatória da Administração Pública hodierna, da autoridade administrativa legítima (ou das autoridades administrativas legítimas) para levar a efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, mormente no contexto da dialética “Unidade no Pluralismo”⁷¹⁷. Aqui “unidade” diz respeito à “unidade da ação administrativa” (art. 267º/2 da CRP e arts. 84, II, e 87, I, da CF c/c arts. 8º, 19 e 20, 25, 26 do Decreto-Lei nº 200/67), exigida especialmente pelos princípios da segurança jurídica e da igualdade; enquanto “pluralismo” se relaciona com a atual configuração da Administração Pública: pluralizada (“Não há uma administração, mas várias administrações públicas”⁷¹⁸); pluriforme (pense-se naquelas administrações públicas que prosseguem interesses específicos e, inclusivamente, nos privados que estão autorizados a exercer atos materialmente administrativos) e pluricefálica (decorrência mesmo da exigência de democratização da Administração Pública – art. 6º/1 e 267º/1 da CRP, e art. 37, § 3º, da CF e art. 11 do Decreto-Lei nº 200/67 – além, paradoxalmente, da crescente especialização das atividades administrativas, chegando a se cogitar numa “tecnocracia”⁷¹⁹). Por isso, a veracidade

⁷¹⁷ Segundo Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 749: “A Administração de um moderno Estado de Direito encontra-se sujeita a movimentos geradores de influências tendencialmente contraditórias entre um pluralismo de organização administrativa – justificativo de processos de descentralização, desconcentração e participação – e, por outro lado, exigências de unidade da actividade desenvolvida, tendo como pressuposto a garantia do modelo jurídico e político de Administração fixado pela Constituição”.

⁷¹⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *apud* Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 571.

⁷¹⁹ V. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 382: “Uma das características essenciais do Estado industrializado do Ocidente reside em estar imbricado nesta antítese e ser desgastado por ela. Um lado desta antítese é representado pelos princípios do Estado de Direito (...), o outro sobretudo pelas tendências da conformação racional da sociedade; estas incluem uma importante componente institucional na burocratização de um mundo cada vez mais administrado (...).” V. ainda, pág. 486 e seg.

da afirmação: “Face ao funcionário qualificado e experiente na administração, o chefe político encontra-se ‘na posição do ‘diletante’ face ao perito’ (Max Weber)”⁷²⁰.

Não obstante o aduzido, a doutrina tem insistido, em todo caso, em concentrar na esfera de atribuições dos órgãos do topo da entidade administrativa (no caso da Administração Pública hierarquizada: Administração Direta, em termos gerais, e demais Administrações, quando internamente são estruturadas hierarquicamente⁷²¹) ou da organização superior da Administração Pública (Ministros e/ou Chefe do Executivo) a legitimidade para formular o ato de desaplicação da lei. Isto é, o mais próximo possível do vértice da “pirâmide administrativa”⁷²² (apesar do arcaísmo dessa representação gráfica⁷²³). Em suma, nos órgãos e/ou agentes que estão excluídos do vínculo hierárquico ante a sua elevada posição no arquétipo da organização da Administração Pública.

Assim, designadamente, Otto Bachof⁷²⁴; José Carlos Vieira de Andrade⁷²⁵; Pedro Maria Godinho Vaz Patto⁷²⁶; Adroaldo Mesquita

⁷²⁰ *Apud* Reinhold Zippelius, *Ibidem...*, pág. 498. V., ainda, Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 136.

⁷²¹ Segundo Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 237 e seg., não há relação hierárquica entre os membros do Governo; nos órgãos de topo das pessoas coletivas públicas; nos órgãos de topo da administração central desconcentrada quando na qualidade de órgãos independentes e nos órgãos administrativos colegiais.

⁷²² Cf. o posicionamento doutrinário de Wolff e Bachof, *apud* Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 69: o fenómeno hierárquico “representa-se esquematicamente numa forma de organização piramidal dos serviços públicos, através da qual um órgão – com excepção dos órgãos de topo – está subordinado a um ou vários órgãos, encontrando-se estes, por sua vez, em posição inferior face a outros órgãos”

⁷²³ Cf. Schuppert, *apud* Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 34: a imagem que melhor representa a Administração Pública de hoje é a de um planeta com um conjunto de satélites, de tamanho variado e variáveis distâncias do centro. Trata-se da “galáxia administrativa” a que se refere García de Enterría, *apud*, *Ibidem*, pág. 34.

⁷²⁴ In “Die Prüfungs-...”, pág. 44; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 244.

⁷²⁵ In *Direitos Fundamentais...*, pág. 266. O Autor aduz sinteticamente que sempre que possível deverá a controvérsia constitucional levada aos órgãos superiores da Administração.

⁷²⁶ In “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 501. Este entendendo que a expressão “entidades públicas” do art. 18º/1 relaciona-se com “órgãos de topo da escala hierárquica”.

da Costa⁷²⁷; Temistócles Brandão Cavalcanti⁷²⁸; L. C. Miranda Lima⁷²⁹ (estes três atribuindo o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais especialmente ao Chefe do Executivo: o Presidente da República). Tem-se, ainda, mais recentemente, o posicionamento de Rui Medeiros, no sentido de que “se existir uma *instância hierárquica com poder de direção*, a decisão sobre a não aplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade estará, em, regra, reservada ao *cume da Administração*”⁷³⁰- g.n.

Esclarece-se, contudo, que a existência da hierarquia administrativa, como um modo de estruturação intra-subjetiva da pessoa coletiva pública já pressupõe, por si mesma, que o superior hierárquico (órgão ou agente) tenha sobre os seus subalternos (órgãos e/ou agentes), pelo menos, o poder de direção (que é essencial ao fenómeno hierárquico). Via de regra, terá ainda o superior o poder de controle (instrumental em relação ao poder de direção), aqui inseridos os poderes de inspeção; supervisão e disciplinar⁷³¹. No lado passivo do vínculo, os subalternos devem obediência aos comandos provindos de seus legítimos superiores, em matéria de serviço e na forma legalmente estabelecida (requisitos básicos do dever de obediência hierárquica⁷³²).

Para além do art. 271º/2/3 da CRP, que menciona acerca do dever de obediência hierárquica dos funcionários e agentes públicos, tem-se ainda, em Portugal, as determinações do art. 10º do Estatuto

⁷²⁷ In “Parecer”, pág. 42.

⁷²⁸ In “Parecer”, pág. 47. Entretanto, este Autor elucida, às pág. 48, que, no que diz respeito aos funcionários, “a posição não é tão clara”. Todavia, afirma: “os funcionários de categoria superior, responsáveis pela decisão podem e devem considerar a aplicação das normas, em função de sua categoria hierárquica”.

⁷²⁹ In “Parecer”, pág. 64.

⁷³⁰ In *A Decisão...*, pág. 244, com base em argumentos de Otto Bachof. Contudo, o Autor salienta às pág. 245, que, relativamente à inconstitucionalidade superveniente, “sobretudo nos casos em que seja possível falar em *revogação* da lei ordinária anterior pela norma constitucional posterior, pode talvez admitir-se a competência dos subalternos para recusar a aplicação da lei inconstitucional”.

⁷³¹ V. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 135 e 149 e seg.; e Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 640 e seg.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lex, Lisboa, 1999, pág. 211 e seg.

⁷³² V. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 169; e “Hierarquia...”, pág. 77; Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 648; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 216; e Diógenes Gasparini, *Direito...*, pág. 203.

Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração (Decreto-Lei nº 24/84, de 16 de Janeiro⁷³³). No Brasil, o dever de obediência hierárquica encontra-se regulado no art. 116, incisos IV e XII, do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1.990, a qual concretiza a norma constitucional constante do art. 37, inciso I, da CF, para efeitos da esfera da Administração Pública Federal⁷³⁴).

Nesse sentido, em termos estritamente literais, perante o ordenamento jurídico português, o dever de obediência hierárquica cessa quando o cumprimento do comando implique a prática de qualquer crime; enquanto, face ao sistema jurídico brasileiro (de nível federal), de um modo comparativamente mais amplo, quando as ordens superiores forem “manifestamente ilegais”⁷³⁵.

A razão de fundo do posicionamento tradicional da juspublicística pode ser sintetizada no fato de que o poder de direção outorga ao superior hierárquico a faculdade de emitir comandos vinculativos (ordens e/ou instruções) para os seus subordinados, com objetivos de

⁷³³ “Art. 10 – 1. É excluída a responsabilidade disciplinar do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito. 2. Considerando ilegal a ordem recebida, o funcionário ou agente fará expressamente menção deste facto ao reclamar ou ao pedir a sua transmissão ou confirmação por escrito. 3. Se a decisão da reclamação ou transmissão ou confirmação da ordem por escrito não tiverem lugar dentro do tempo em que, sem prejuízo, o cumprimento desta possa ser demorado, o funcionário ou agente comunicará, também por escrito, ao seu imediato superior hierárquico os termos exactos da ordem recebida e do pedido formulado, bem como a não satisfação deste, executando a ordem seguidamente. 4. Quando a ordem for dada com menção de cumprimento imediato e sem prejuízo do disposto nos nº 1 e 2, a comunicação referida na parte final do número anterior será efectuada após a execução da ordem. 5. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções impliquem a prática de qualquer crime.”

⁷³⁴ “Art. 116 – “São deveres do servidor: III – observar as normas legais e regulamentares; IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; ...; XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único: A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa”.

⁷³⁵ O extinto TFR (Tribunal Federal de Recursos), ao julgar a apelação em Mandado de Segurança nº 89.710, decidiu que o funcionário que cumpre ordem manifestamente ilegal assume sua autoria e responsabilidade. V. Diógenes Gasparini, *Direito...*, pág. 204.

determinar a prática ou não das atividades e dos atos administrativos e, inclusivamente, de indicar o sentido a dar a determinados preceitos legais⁷³⁶; faculdade esta que mais intimamente se relaciona com o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”. E isso mesmo quando os comandos hierárquicos sejam válidos apenas como *res interna*⁷³⁷. Aliás, segundo o entendimento de Paulo Otero, “a circunstância de o superior poder emanar comandos sobre qualquer área da competência do subalterno e este estar vinculado a um dever geral de obediência, confere ao primeiro órgão uma faculdade global de intervir sobre todas as matérias da competência dos subalternos”; intervenção que, portanto, “vai da interpretação de disposições legais até a concretização exaustiva do conteúdo das decisões do subalterno”⁷³⁸. Por causa disso, afirma-se haver necessariamente um nexo de competência comum entre de ambos (superior e subalternos).

Sendo assim, diante de uma lei que subalterno considere inconstitucional, mas que fora interpretada e reputada pelo seu superior hierárquico como conforme a Constituição, devendo prevalecer o entendimento deste, repassado por meio dos comandos hierárquicos, não há como se falar em “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo pelo subalterno. Por outro lado, na hipótese da lei não ter sido apreciada pelo superior, o subalterno, entendendo-a inconstitucional, deve apresentar àquele a sua constatação (através de um meio juridicamente idôneo para tanto, como uma representação ou uma reclamação) e agir em conformidade com os seus posteriores comandos; sob pena de responsabilidade (designadamente administrativa, apurada em processo disciplinar, e civil⁷³⁹).

⁷³⁶ Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 115: “Outra manifestação do poder de direcção reside na função do superior hierárquico enquanto agente da interpretação administrativa das leis. Ao abrigo de tais poderes, o superior indica o sentido a atribuir a determinados preceitos legais, funcionando o poder de direcção interpretativo como ‘trait d’union’ entre a previsão legal e a sua aplicação em diversas situações concretas”.

⁷³⁷ A posição tradicional da doutrina qualifica os comandos hierárquicos como *res interna*. Todavia, podem eventualmente produzir efeitos externos. V. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 127 e 129.

⁷³⁸ *In Ibidem...*, pág. 120.

⁷³⁹ A responsabilidade civil e administrativa do funcionário público federal (Brasil) encontra-se regulada na Lei nº 8.112/90, art. 121 e seguintes. V. ainda, art. 37, §5º e §6º, da CF.

Todavia, acaso o superior repute inconstitucional a lei (porquanto lhe incumbe interpretar administrativamente as normas legais, de maneira vinculativa, no âmbito de sua direção), já se poderá cogitar legitimamente no excepcional “poder de rejeição de leis inconstitucionais”; não obstante não ser excluída uma sua eventual responsabilização (art. 271º/1 da CRP e art. 37, § 6º da CF), inclusivamente por causa dos prejuízos advindos duma interpretação errônea de sua parte.

Por isso, Rui Medeiros diferencia, para efeitos do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, a “competência para a apreciação da constitucionalidade” (atribuída ao subalterno, aliás, segundo o seu entendimento, como um dever de fiscalização administrativa da constitucionalidade) – *Prüfungskompetenz* – da “competência de decisão para recusar a aplicação da lei” – *Verwerfungskompetenz* – (atribuída ao superior hierárquico, na qualidade de órgãos de topo da Administração hierarquizada)⁷⁴⁰.

Efetivamente, mediante a interpretação exposta, consegue-se manter uma “unidade da ação administrativa” perante uma dada lei inconstitucional, centralizando no superior hierárquico a legitimidade para a elaboração do ato de desaplicação. De fato, recorde-se que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo deve mesmo se harmonizar com o princípio da segurança jurídica e, seria realmente uma afronta a esse princípio, possibilitar que a Administração Pública pudesse se manifestar de diferentes meios e modos perante um mesmo ato normativo primário (fato que inclusivamente poderia gerar desigualdades na elaboração dos atos administrativos que afetassem direitos ou interesses dos particulares)⁷⁴¹. “O poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo pressupõe, por isso, uma

⁷⁴⁰ *In A Decisão...*, pág. 237 e 239. V. Otto Bachof, “Die Prüfungs-”.

⁷⁴¹ Mais uma vez, utilizando a linguagem figurada de Almiro do Couto e Silva, “Os Princípios da Legalidade da Administração Pública...”, pág. 12; o comportamento diversificado da Administração Pública em face da lei inconstitucional, acaso não sejam garantidos instrumentos para se manter uma certa homogeneidade na atuação administrativa, poderá ser representado pela figura da Penélope: “fazendo e desmanchando a sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – sob argumento de ter adotado uma nova interpretação” da lei. Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 243: “A mesma exigência de uma prática administrativa unitária no âmbito de cada estrutura hierárquica da Administração não pode tolerar divergências e contradições de juízos sobre a validade das leis”.

atitude concertada da Administração Pública, mesmo que essa se afigure árdua numa conjuntura de “pluralização administrativa”.

Nesse sentido, concorda-se que se deva dar maior valia, na resolução do condicionamento atinente ao *quem da questão*, ao posicionamento da autoridade administrativa na escala hierárquica (referindo-se, evidentemente, a uma organização administrativa hierarquizada, a qual é a regra de estruturação intra-subjetiva das pessoas coletivas públicas); fazendo com que o exercício *legítimo* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” seja procedido por aquelas que ocupam os postos mais elevados da entidade pública (v. g. os postos de direção ou de chefia).

Entretanto, a preferência pela concentração do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” nos altos superiores hierárquicos, não pode significar a completa desconsideração dos efeitos do princípio democrático na Administração Pública⁷⁴² e, ainda, muito menos, um “fechar de olhos” para a forma como as atividades administrativas são hodiernamente exercidas (em face de sua corrente especialização jurídica e técnica⁷⁴³). São vários os argumentos que podem ser alinhavados no sentido de se encontrar uma solução de “meio-termo” relativamente à autoridade administrativa legítima para proceder ao ato de desaplicação da lei; atenuando assim, de alguma forma, a posição exclusivamente hegemônica do pleno superior hierárquico, na qualidade de “órgão ou agente de topo”.

Inicialmente, deve-se ressaltar que, seja no Brasil, seja em Portugal, é corrente a produção de atos normativos primários pelo Executivo⁷⁴⁴. Sendo assim, via de regra, sendo os altos postos da estrutura administrativa (nomeadamente da Administração Direta e, eventual-

⁷⁴² V. apresentando algumas condicionantes da operatividade da hierarquia administrativa, com origem no princípio da descentralização democrática da Administração Pública, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 262 e seg.

⁷⁴³ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 745: “quanto maior se apresenta a complexidade e a especialização da actividade administrativa, mas elevada é a perda de homogeneidade das tarefas da Administração e mais difícil se torna, por seu lado, a definição de linhas de unidade de acção ...”.

⁷⁴⁴ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 223: Em Portugal, o princípio da legalidade administrativa, cujo alcance depende da concreta estruturação de cada ordenamento constitucional, não assegura o primado do Parlamento. V, dentre muito outros, criticando a situação brasileira em relação ao corrente uso das Medidas Provisórias pelo PR, Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 164; e Omar Francisco do Seixo Kadri, “O Executivo-Legislator ...”.

mente, da Indireta) ocupados por agentes nomeados pelo Governo⁷⁴⁵, verifica-se que poderá ficar sem qualquer efeito o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo, ainda que estejam em causa leis “manifestamente inconstitucionais” ou leis que afrontem gravemente o núcleo essencial dos DLG. Isto se a alta autoridade administrativa for da confiança do Governo (ou do Chefe do Executivo) e este, enquanto autor do ato legislativo, for o maior interessado na execução da medida inconstitucional (imaginem-se, v. g., uma Medida Provisória ou um Decreto-Lei já em vigor e que se destina ilegalmente a angariar fundos dos contribuintes)⁷⁴⁶.

Além disso, especialmente no que diz respeito ao Executivo brasileiro, deve-se procurar evitar uma maior concentração de poderes em sua figura, privilegiado pela acumulação dos encargos de Chefe de Estado e de Chefe de Governo; pela sua legitimidade democrática direta e pela sua quase nula responsabilidade política. E isso pode ser implementado se a tese defendida, exemplificadamente, por Adroaldo Mesquita da Costa for seguida com fidelidade; atribuindo-se exclusivamente ao Presidente da República, na qualidade de agente superior da Administração Pública Federal (art. 84, inciso II, da CF⁷⁴⁷), o exer-

⁷⁴⁵ V. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 351 e seg. Segundo o Autor, considerando que o Governo, no atual sistema português, está dotado de legitimidade democrática direta (por causa da sua formação com base no programa de governo, mencionando que as eleições parlamentares apresentam como verdadeiros processos de escolha de uma Administração), a Administração Pública Direta funda-se numa legitimidade democrática direta; enquanto a Administração Pública Indireta, cujos órgãos de topo são nomeados pelo Governo, funda-se numa legitimidade democrática derivada. V., ainda, “Hierarquia...”, pág. 83; e *O Poder de Substituição...*, II, pág. 790.

⁷⁴⁶ Aliás, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 280 e 281, elucida, ao tratar de tema análogo: “a) Se a distribuição partidária de cargos na Administração assegura o controlo político das decisões administrativas, mais dificilmente assegura a obediência às mesmas. Com efeito, uma excessiva politização partidária do aparelho administrativo pode conduzir a tensões internas no funcionamento dos serviços e a um afrouxamento dos deveres hierárquicos dos funcionários de carreira.” (...) “Deste modo, a politização das estruturas administrativas conduz a desgastes de resistência à execução de certos comandos hierárquicos, os quais podem levar mesmo a situações de inexecução”.

⁷⁴⁷ Esclarece-se, contudo, que não obstante a CF referir-se no art. 84, inciso II, em “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a *direção* superior da administração pública”; isso não impede o reconhecimento às entidades componentes da Administração Indireta Federal de uma especial autonomia administrativa, como

cício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo (considerando o âmbito federal, evidentemente)⁷⁴⁸. Assim, mais compatível com o princípio constante do art. 2º da CF (independência e *harmonia* dos três Poderes) e com o princípio da segurança jurídica será, de alguma forma, “diluir” o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” para além do Presidente da República, enquanto autoridade administrativa federal máxima. Além do mais, ele também tem legitimidade para propor Ação Direita de Inconstitucionalidade perante o STF, podendo inclusivamente requerer a suspensão provisória da eficácia do ato normativo por meio de uma decisão liminar.

Não bastasse, se é certo que a centralização do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” nos órgãos de topo da Administração hierarquizada favorece a “unidade da ação administrativa”, não se pode negar, por outro lado, que os efeitos do ato de desaplicação apresentarão uma ampla repercussão. Se tal fato pode ser benéfico em certos aspectos (por inviabilizar o tratamento desigualitário dos administrados e propiciar uma homogeneidade entre as decisões administrativas análogas), pode ser extremamente maléfico em outros; designadamente quando a questão constitucional adquire proporções de um conflito institucional (Poder Executivo *versus* Poder Legislativo) ou de um conflito entre entes do Estado (Poder Central *versus* Poder Estadual ou Local). Esses conflitos, por sua vez, poderão eventualmente gerar uma intervenção federal; estadual ou tutelar, dependendo do caso (conforme art. 34, inciso VI, art. 35, inciso IV, e art. 36, inciso IV, todos da CF⁷⁴⁹, e art. 26, § único, alínea *i*, do Decreto-Lei nº

ocorre usualmente com as Autarquias (ex: universidades públicas) ou com as empresas públicas. V. Decreto-Lei nº 200/67, art. 4º e 5º. Por isso, a expressão direção do art. 84 é utilizada em sentido mais genérico.

⁷⁴⁸ Com esse mesmo argumento, Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional...*, pág. 347, entende não ser legítimo ao Poder Executivo deixar de dar cumprimento a uma lei por considerá-la inconstitucional. V., tb. assim, relativamente à CRP, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pág. 318.

⁷⁴⁹ “Art. 34 – A União não intervirá nos Estado nem no Distrito Federal, exceto para: VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.”. “Art. 35 – O Estado não intervirá em seus Municípios, em a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Federal, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.

200/67 e art. 242º da CRP). Tal situação seria extremamente prejudicial à estabilidade das instituições democráticas; à unidade do Estado Complexo e, portanto, ao princípio da segurança jurídica.

Além disso, quanto mais distante se situar a autoridade administrativa em relação ao respectivo procedimento (neste caso, entenda-se a formalização do ato administrativo de efeitos externos e concretos para o qual a lei inconstitucional apresenta relevância jurídica), como é o caso, designadamente, dos órgãos de topo da Administração hierarquizada, mais perfunctória será a ponderação das consequências concretas da desaplicação (ou da aplicação) da lei considerada; prejudicando, enfim, a observância plena do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 266º/2 da CRP e art. 5º do CPA e art. 2º da Lei nº 9.784/99)⁷⁵⁰. Assim pode ocorrer, nomeadamente, quando a pessoa

“Art. 36 – A decretação da intervenção dependerá: IV – de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral, no caso de recusa à execução de lei federal”.

⁷⁵⁰ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, pág. 81: “Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige *proporcionalidade* entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que se vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”. V., com argumentos sensivelmente diversos, Vitalino Canas, “Proporcionalidade...”, pág. 591 e seg. Segundo conceitua, às pág. 591: o princípio da proporcionalidade é “Princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins”. E continua às pág. 603: “Na *proporcionalidade* infere-se que não basta que o fundamento racional *seja um qualquer*, mas que (i) num grau intermédio de exigência, possa sustentar-se em convicções ético-práticas e conhecimentos técnico-científicos, mais ou menos difusos numa comunidade ou parcela relevante, *mesmo quando partilhadas por quem decide*; ou (ii) num grau máximo de exigência, requere-se que a medida seja intersubjectivamente encarádas como racionalmente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, tendo em conta os objectivos prosseguidos e os bens e interesses sacrificados de modo que possa ser aceite como tal *por quem decide nas várias instâncias*”. E mais, às pág. 617: “O princípio da proporcionalidade mede a adequação e a neces-

coletiva pública possua setores (ou órgãos) administrativos no âmbito central e nos periféricos (v. g. como uma Administração desconcentrada em decorrência do princípio da aproximação dos serviços das populações diretamente interessadas⁷⁵¹); afinal, enquanto nestes âmbitos a lei inconstitucional deve ser executada concretamente (podendo inclusivamente a mesma estar a violar interesses próprios dessas populações), a decisão de desaplicação tende a localizar-se no âmbito central.

E isso, aliás, é especialmente agravado quando se sabe que há, relativamente aos órgãos de topo da Administração hierarquizada, um *déficit de informação*; fato que tem origem na usual dependência destes para com as informações que são repassadas pelos seus subalternos. Assim, diante da corrente multiplicidade de informações e da exiguidade do tempo disponível para o conhecimento de todas elas, estes procedem a um tipo de prévia “triagem”, levando ao conhecimento dos órgãos de topo apenas as informações que lhes afigurem essencialmente relevantes, decidindo autonomamente quanto às demais. Disso, certamente decorre uma certa mitigação da posicionamento central do superior no vínculo da hierarquia administrativa⁷⁵².

sidade de uma medida para atingir um certo objectivo e contrapesa este objetivo com os bens, interesses e valores sacrificados. Isso implica que o *acto seja congruentemente finalístico*”. Enfim, às pág. 646 e 647: “O conceito de razoabilidade, que aqui aparece coligado com o de proporcionalidade, na é *mais uma* máxima ou elemento cativo da proporcionalidade, nem se confunde com a proporcionalidade. É um instrumento de condimentação ou de gradação ocasional da proporcionalidade que permite a superação de *alguns* casos difíceis. Consiste no apelo a critérios pragmáticos que permitam a aceitação de decisões com base em padrões mais ou menos objectivos e basicamente fundados nas circunstâncias do caso, sem recurso, portanto a critérios com ambição de plena intercomunicabilidade subjectiva”.

⁷⁵¹ Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 273: “Apesar de o princípio da aproximação dos serviços não excluir a hierarquia, ele condiciona alguns aspectos da sua concretização”.

⁷⁵² A situação é bem exposta por Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, pág. 746 e 747: “d) Em quarto lugar, se a unidade da Administração é exigência do princípio democrático, não deixa de ser paradoxal que o crescente pluralismo subjacente às decisões administrativas, envolvendo uma diversidade de interesses e perspectivas de enquadramento dos múltiplos problemas cuja análise é preciso ter em conta ao decidir, conduza a uma explosão de informações que faz as estruturas superiores de decisão estarem dependentes da selecção e escolha feitas pelos subalternos. Deste modo, além de uma possível inversão da tradicional corrente de comunica-

Por vezes, inclusivamente, são os próprios subalternos os *expert* no conhecimento da complexa legislação administrativa, domínio alcançado com os anos de serviço⁷⁵³, propiciados pela maior estabilidade do cargo público (art. 41 da CF). E, em variados setores da Administração Pública, são efetivamente as decisões dos especialistas que prevalecem, mesmo estando em contrariedade com a de seus superiores, por assentarem numa espécie “legitimação técnica”⁷⁵⁴.

Acresça a esse rol de argumentos contra a concentração exclusiva do exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” nos órgãos de topo da Administração hierarquizada a eventual participação dos funcionários na gestão administrativa e a dos interessados na formulação das decisões administrativas que lhes dizem respeito (art. 267º/1/5 da CRP).

ção hierárquica e de um reforço das estruturas burocráticas, a verdade é que um défice de informação ao nível dos órgãos de topo mostra-se susceptível de atenuar, senão mesmo mutilar, a eficácia do princípio da unidade”. Ainda, Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 498: “Aliás, os burocratas actuam sempre como ‘gatekeeper’ do fluxo de informações que, a nível interno, chega ao chefe e reclama a sua atenção. E é sobretudo a exposição das eventuais vantagens e desvantagens de uma medida que pode influenciar as decisões do chefe no sentido dos desejos da burocracia, desde logo porque a escassez de tempo impede frequentemente o chefe de analisar ele próprio o assunto”.

⁷⁵³ V. Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pág. 501.

⁷⁵⁴ Cf. Betancor *apud* Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, pág. 132. Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 288: “a) Hoje, só por ficção se pode ainda conceber a imagem do superior hierárquico que percebe de tudo. Na realidade, alguns funcionários subalternos são mais qualificados que os seus superiores. Consequentemente, desloca-se para os primeiros parte significativa das decisões administrativas, as quais escapam total ou parcialmente ao controlo hierárquico de supervisão. b) Os ministros, ou quaisquer outros órgãos dirigentes da Administração, carecendo de qualificações técnicas face ao respectivo departamento, sofrem uma diminuição na sua autoridade sobre a actividade dos especialistas, ficando amputados de poderes reais de decisão. Assim, se alguém pretender saber a decisão técnica do superior, melhor será perguntar ao respectivo funcionário especialista. Ao ministro fica o papel de advogado ou intérprete das decisões tomadas pelos especialistas. c) Simultaneamente, as iniciativas dos órgãos superiores podem ser inviabilizadas por obstáculos de racionalidade técnica, levantados por níveis inferiores. A falta de qualificação dos órgãos superiores é susceptível de conduzir a decisões inviáveis ou à resistência lesivas do bom andamento da Administração face às sugestões de alteração apresentadas pelos tecnocratas”.

Tudo isso, então, vem demonstrar que os superiores hierárquicos máximos ou os órgãos de topo da Administração hierarquizada já não mais possuem o “monopólio da interferência” sobre a conclusão das decisões administrativas de seus subalternos. Desmitifica-se, com isso, a idéia da existência dum “dever de obediência ilimitado” como contrapeso dum poder de direção também absoluto⁷⁵⁵; bem como a idéia da completa irrelevância jurídica da vontade decisória autônoma de determinados subalternos⁷⁵⁶ (designadamente daqueles que se apresentam como especialistas dentro da pessoa coletiva pública ou que têm um poder de direção ainda relativamente amplo sobre outros subalternos, situando-se numa posição intermediária na escala hierárquica).

Ainda, por derradeiro, o reconhecimento dos órgãos de topo da Administração hierarquizada como *únicas* autoridades legítimas para o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pode ter como consequência uma possível ineficácia do ato de desaplicação. Assim, especialmente quando a execução do ato administrativo concreto não possa ser remediada até a chegada do comando interpretativo hierárquico; o qual pode ser implementado com atraso, face ao “grande distanciamento” do subalterno para com o órgão/agente dotado dos poderes gerais de direção.

Por tudo isto, verifica-se que há ponderosas justificativas para se repensar no posicionamento tradicional da juspublicística relativamente ao *quem da questio*. Discorda-se, com efeito, da argumentação doutrinária que centraliza o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo *exclusivamente* nos órgãos de topo da Administração Pública hierarquizada ou, ainda, nos Ministros ou no Chefe do Executivo como órgãos superiores da Administração Pública.

Ora, os poderes de direção daqueles aludidos órgãos estão atualmente sensibilizados por condicionantes de variada ordem. Impera-se assim, efetivamente, uma solução *menos radical*, mas que seja ainda capaz de dar suficiente guarida ao princípio da “unidade da ação administrativa” (e, consequentemente, aos princípios da segurança jurídica e

⁷⁵⁵ V., afirmando que a lei estabeleceu um dever de obediência hierárquico ilimitado, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 207; e “Hierarquia...”, pág. 78. Contra, Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 636.

⁷⁵⁶ V., num sentido semelhante, Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 218.

da igualdade); bem como, simultaneamente, não desconsidere os efeitos da desconcentração da vontade decisória da Administração Pública e da sua crescente pluralização e especificação. Enfim, deve-se dar uma maior valia aos efeitos da democratização da Administração Pública.

Por isso, aparenta ser mais compatível com a hodierna configuração da Administração Pública, bem como mais adequado à eficácia do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo, atenuar a posição bastante rigorosa e arcaica da juspublicística, de forma que sejam incluídas no elenco das autoridades administrativas legítimas para elaborar o ato de desaplicação aquelas que pertençam aos quadros da Administração desconcentrada e que exercem poderes de direção num determinado âmbito espacial (Estado-Membro; região autônoma ou, especialmente, localidade). Com efeito, o princípio da “unidade da ação administrativa” já fica suficientemente assegurado se a autoridade detém poderes de direção amplos sobre a atividade de subalternos de um órgão administrativo, este com competência sobre toda a localidade para a qual está especialmente voltado. Assim, inclusivamente, podem ser englobados nessa categoria de autoridades administrativas os especialistas, na qualidade de funcionários de elevado posicionamento hierárquico. Ademais, através dessa interpretação, é valorizado o princípio da descentralização democrática da Administração Pública (além de outros que com esse são estreitamente conexos, em razão do princípio da desconcentração e da descentralização administrativa).

Nesse sentido, a solução acerca do condicionamento atinente a *quem* da *questio* certamente aponta, dentro do contexto da Administração hierarquizada, para os seus superiores (usualmente intitulados “chefes”; “diretores”; ou “superintendentes”); mesmo que não identificados com os órgãos de topo da pessoa coletiva pública. Pense-se, assim, por exemplo, no superior hierárquico de um departamento de uma entidade pública integrante da Administração Direta Federal ou Central⁷⁵⁷, cuja atuação se restrinja a uma determinada localidade; ou, ainda, no caso da Administração Indireta, no superior hierárquico de um determinado departamento local (ou regional) de um instituto pú-

⁷⁵⁷ O poder de direção, isto é, o poder de emitir ordens ou instruções, é o elemento característico da Administração Direta. V. Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 211. V. ainda, Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 228.

blico de âmbito nacional (ou de uma empresa pública sujeita ao regime jurídico-público), departamento este que seja dotado de poderes decisórios igualmente amplos.

Assim, ainda que a resposta dada ao condicionamento relativo ao *quem* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não seja totalmente exata, no sentido de definir, com rigor, as autoridades administrativas legítimas para elaborar o ato de desaplicação da lei inconstitucional, como ocorre no caso da interpretação que concentra tal legitimidade *unicamente* nos órgãos de topo da Administração hierarquizada, o fato é que ela demonstra ser mais fidedigna com a realidade administrativa dos Estados Democráticos instituídos pela CRP e pela CF; não deixando de guardar, ao mesmo tempo, sintonia com o princípio da “unidade da ação administrativa” e com o princípio da segurança jurídica, afinal, o comportamento da Administração Pública hierarquizada perante a lei inconstitucional se fará em iguais termos dentro do âmbito espacial (de direção) considerado (nomeadamente o local).

Quanto ao *legítimo* posicionamento dos subalternos face à lei inconstitucional (aqui entendidos os funcionários que não estão inseridos na intitulada “categoria das autoridades administrativas legítimas para formular o ato de desaplicação”); deve-se analisar isoladamente cada ordenamento jurídico em debate; não obstante a ocorrência duma eventual especificidade na hipótese de leis ostensivamente violadoras do núcleo essencial dos DLG (o que, frise-se, ver-se-á seguidamente). Para isso, recorrer-se-á, por analogia (uma vez que não são comandos hierárquicos ilegais que estão ora em causa; mas, sim, leis inconstitucionais), ao regime estabelecido para o dever de obediência hierárquica, da mesma forma como fez a doutrina citada⁷⁵⁸.

⁷⁵⁸ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 242: “Pode, pois, concluir-se, em sede de interpretação em sentido estrito do nº 2 do artigo 271º da Constituição, que o regime do dever de obediência não se aplica aos casos em que esteja em causa o cumprimento de uma norma legal. Esta conclusão não significa, porém, que o dever de obediência a ordens e instruções ilegítimas, mitigado pelo sistema de respeitosa representação, não se aplique, *por analogia*, no âmbito do cumprimento pelos subalternos das normas legais inconstitucionais”. V., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pág. 417; Temístócles Brandão Cavalcanti, “Parecer”, pág. 48. V., tb, sobre os comandos hierárquicos de natureza meramente declarativa, reproduzindo uma lei inconstitucional, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 112.

No Brasil, nos termos do já citado art. 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, cessa o dever de obediência hierárquica relativamente às ordens superiores “manifestamente ilegais”. Além disso, é dever do servidor “representar contra ilegalidade” (inciso XII). Sendo assim, por aplicação analógica e interpretando em sentido amplo o conceito de “ilegalidade” do inciso XII (tendo-se por fundamento o princípio da legalidade *lato sensu* e o princípio da juridicidade administrativa), retira-se a conclusão de que o servidor tem a obrigação de formular representação sempre que considerar inconstitucional um determinado ato normativo primário que lhe fora incumbido executar concretamente; devendo, todavia, cumprimento ao mesmo, até que haja posicionamento em contrário da autoridade administrativa legítima para exercer o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”.

Entretanto, caso a lei seja “manifestamente inconstitucional”; poderá o servidor deixar de dar execução à mesma (não aplicação provisória da lei) até que sobrevenha uma ordem em contrário de seu superior hierárquico; eis que não é excluído o seu dever de representar. É certo que o subalterno poderá arcar com as responsabilidades (especialmente nas searas civil e administrativa e, ainda, na criminal) decorrentes de seu autônomo posicionamento frente à lei “manifestamente inconstitucional”. Em termos gerais, portanto, o servidor está adstrito a dar execução às leis inconstitucionais. A prudência, por sua vez, determina que o subalterno recorra, na generalidade dos casos de inconstitucionalidade (manifestas ou não), exclusivamente à representação hierárquica, sob pena de responsabilidade⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Com argumento semelhante, Pedro Maria Godinho Vaz Patto, “A Vinculação das Entidades Públicas...”, pág. 502, elucida: “Correndo o funcionário o risco de ser punido por desobediência, caso o seu juízo de inconstitucionalidade da lei venha a ser considerado inadequado pelo tribunal que vier a julgar a sua conduta, a recusa de aplicação da norma inconstitucional será, na prática, reservada para casos extremos (limitando-se o funcionário, nos outros casos, à representação às entidades hierarquicamente superiores, com o que fica excluída a sua responsabilidade). Este tipo de factores de ordem prática não pode deixar de ser tido em consideração como atenuante da gravidade das consequências da possibilidade de recusa de aplicação de uma lei pelas entidades administrativas. O mesmo sucede, de resto, com o direito de resistência dos particulares, o qual, pelas mesmas razões, se reservará, na prática, para casos extremos de violação dos direitos, liberdades e garantias”.

Em Portugal, o art. 271º/3 da CRP determina a cessação do dever de obediência quando o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de crime. Transpondo, assim, analógica e *restritamente* essa norma para o campo das leis inconstitucionais, resultaria que o dever de obediência hierárquica cessaria quando a execução da lei significasse a prática de um crime. Poderia haver, aqui, portanto, um eventual contra-senso, porquanto a definição dos crimes é matéria de “reserva de lei” (art. 29º da CRP). Isto é, se a lei inconstitucional determinasse o cumprimento de um certo ato pela Administração Pública, antes definido legalmente como crime, poder-se-ia depreender que esta lei anterior teria sido revogada pela aludida lei inconstitucional (posterior), havendo uma descriminalização de uma conduta injurídica para a autoridade administrativa. Nesse sentido, entende-se que se deve interpretar analogicamente, em termos mais amplos, para o condicionamento atinente ao *quem* da *questio*, o regime estabelecido no art. 10º do Decreto-Lei nº 24/84, de 16 de Janeiro⁷⁶⁰.

Segundo o nº 2 do referido Estatuto, “Considerando *ilegal* a ordem recebida, o funcionário ou agente *fará* expressamente menção deste facto ao reclamar ou ao pedir a sua transmissão ou confirmação por escrito”. Assim, a regra será a de que subalterno tem o dever de reclamar, por escrito, sempre que considerar inconstitucional uma lei que lhe compete aplicar concretamente. Caso a execução da lei possa ser retardada sem maiores prejuízos para o serviço e para o interesse público, o subalterno deverá suspender a aplicação da mesma (não aplicação provisória da lei) até que lhe seja remetida a decisão de sua representação (interpretação analógica do nº 3 do art. 10º). Ao contrário, se da espera dessa decisão advirão prejuízos, o subalterno deverá dar execução à lei, comunicando, antes disso, ao seu imediato superior hierárquico, a constatação da inconstitucionalidade e a formulação da representação mencionada no nº 2 (interpretação analógica do nº 3 do art. 10º). Por fim, se a execução da lei inconstitucional é medida a ser implementada imediatamente, a formulação da representação deverá

⁷⁶⁰ Não se olvida com isso, contudo, que o art. 271º/3 da CRP permite uma interpretação no sentido de que o dever de obediência hierárquica cessa quando a ordem implique a prática de ato administrativo nulo, em conjugação com o art. 133º do CPA. Assim, Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 218.

ser ato posteriormente praticado pelo subalterno (interpretação analógica do n° 4 do art. 10º).

Todavia, na eventualidade do subalterno agir em desconformidade com as normas estatutárias, poderá ser responsabilizado através de processo disciplinar (e de processo judicial, se resultarem danos de seu autônomo comportamento perante a lei inconstitucional). Destarte, o subalterno não está, via de regra, desonerado de dar cumprimento à lei inconstitucional⁷⁶¹.

Por derradeiro, deve-se ainda aludir, em termos gerais, ao comportamento, perante a lei inconstitucional, das autoridades administrativas que não estão sujeitas ao dever de obediência hierárquica: as autoridades administrativas independentes⁷⁶²; os órgãos colegiais com funções administrativas⁷⁶³; particulares que exercem atos materialmente administrativos e trabalhadores de entes públicos não sujeitos às regras estatutárias da função pública; ressaltando, contudo, que o que será dito poderá apresentar alguma especificidade quando em causa leis violadoras do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias.

Quanto às primeiras; por serem exclusivamente responsáveis pela condução de sua atividade administrativa; não estando sujeitas a ordens; instruções e/ou diretivas externas de outros órgãos ou do Go-

⁷⁶¹ Parafraseando os argumentos de Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 654, desenvolvidos para dentro da temática do cumprimento de ordens ilegais pelos subalternos, pode-se dizer que: o dever de obediência a leis inconstitucionais é, na verdade, uma *excepção ao princípio da constitucionalidade* (em sentido estrito), mas é uma excepção que é legitimada pela própria Constituição (pelo princípio da juridicidade administrativa).

⁷⁶² Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 242: "Diferentemente da Administração indirecta, na Administração central desconcentrada existem serviços dotados de autonomia administrativa, mas sem personalidade jurídica. Como sublinha Freitas do Amaral, os referidos serviços não dependem directamente das ordens do Governo, tendo órgãos próprios de direcção ou de gestão. Não se encontrando submetidos a quaisquer comandos hierárquicos governamentais, os referidos órgãos de topo da Administração central desconcentrada surgem como órgãos independentes". Na hipótese da autoridade administrativa independente ser uma entidade pública, dotada de personalidade jurídica (componente da "Administração Independente") e internamente estruturada pela hierarquia administrativa, será de observar o que se referiu acerca da Administração hierarquizada.

⁷⁶³ Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 243.

verno e nem ao controle de mérito/legalidade dos seus atos (são dotadas de “autodeterminação”⁷⁶⁴); deve-se, com maioria de razão, incluí-las na categoria das “autoridades administrativas legítimas para proceder o ato de desaplicação da lei inconstitucional”. A “unidade da ação administrativa”, contudo, não ficará com isso prejudicada, pela própria excepcionalidade da existência de autoridades administrativas independentes na organização administrativa de um Estado Democrático de Direito (enquanto a independência face ao Governo ou ao Executivo signifique “corte da relação de legitimidade democrática da administração”⁷⁶⁵).

Quanto aos órgãos colegiais que exercem funções administrativas, a formulação do ato de desaplicação da lei inconstitucional deverá observar a vontade decisória do respectivo órgão, externada pelo princípio da maioria (considerando-se que há igualdade jurídica entre os votos de cada titular). Para as atividades consultivas, e existindo vários órgãos colegiais, poderão ser verificadas divergências de posicionamento acerca inconstitucionalidade do ato normativo entre os mesmos; o que é, entretanto, aceitável em face da própria natureza dessa atividade. Todavia, quando em causa atividades administrativas em sentido estrito (executivas) de órgãos colegiais, *apenas* se poderá falar em “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo se, de alguma forma, for também viável se falar numa certa “unidade da ação administrativa” (pensa-se numa lícita e legítima harmonização do comportamento desses órgãos colegiais para com as demais pessoas coletivas públicas que estejam igualmente destinadas à execução do mesmo ato normativo inconstitucional; desde que isto não venha, de alguma forma, prejudicar a liberdade decisória do órgão colegial).

Ademais, não obstante não se tratar aqui de uma Administração Pública em sentido orgânico, tem-se os *inúmeros* particulares que exercem atos materialmente administrativos (art. 267º/6 da CRP e art. 10, § 1º, c) e art. 19 do Decreto-Lei nº 200/67 e art. 236, § 1º da CF); os quais, apesar duma eventual fiscalização administrativa, efetivamente não estão submetidos a um dever de obediência hierárquica nos moldes do regime administrativo (fato que não exclui a sujeição des-

⁷⁶⁴ Marlet, *apud* Vital Moreira, *Administração Autônoma...*, pág. 128.

⁷⁶⁵ Cf. Vital Moreira, *Ibidem*, pág. 133.

ses particulares a um fenômeno hierárquico nos moldes do Direito privado, decorrente duma eventual subordinação jurídica oriunda relação de trabalho⁷⁶⁶).

Será possível falar-se numa “unidade de ação administrativa” frente ao comportamento desses privados para com a lei inconstitucional, para fins de legitimar, extraordinariamente, o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” na sua esfera de atuação? Afigura-se difícil, ainda que vigore a exigência pela adoção de um procedimento administrativo comum (art. 2º/5 do CPA⁷⁶⁷); mormente porque a atribuição de funções materialmente administrativas aos privados tem atualmente fins bastante diversificados.

Assim, via de princípio, não será de admitir como legítimo o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” por esses múltiplos privados executores de atos materialmente administrativos; salvo, eventualmente, na hipótese de leis violadoras do núcleo essencial dos DLG (porquanto, consoante já se aduziu em tópico anterior, pressupõe-se que estão vinculados pelos preceitos constitucionais respectivos nos mesmos moldes que as entidades públicas)⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Por exemplo, no Brasil, como já se teve oportunidade de mencionar, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236 da CF). Assim, v. g., tendo em conta um escrevente notarial substituto, o qual não seja o superior hierárquico responsável pelo respectivo notariado, observa-se que seu vínculo jurídico para com a pessoa coletiva é regido pelo Direito Privado (havendo relação de subordinação para com o responsável do notariado), não havendo que se falar em dever de obediência hierárquica nos moldes do Direito Administrativo. Todavia, pratica normalmente atos administrativos.

⁷⁶⁷ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 748: “o pluralismo da Administração de um Estado de Direito Democrático e os inerentes espaços de autonomia ou margens de liberdade decisória... deparam com uma função unificante ao nível do próprio Direito Administrativo: em termos formais, a codificação do procedimento administrativo estabelece um conjunto de regras comuns subordinadas da actuação administrativa e garantísticas dos administrados ...”.

⁷⁶⁸ Talvez seja também o caso de admitir, muito eventualmente, o exercício excepcionalmente legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” no caso de empresas privadas prestadoras de serviço público, como, v. g., o caso de um hospital privado que esteja no exercício de atividades públicas. Isso principalmente porque, nessas circunstâncias, afigura-se possível garantir-se a “unidade da ação administrativa”. Efetivamente, muitos serviços públicos essenciais são hodiernamente prestados por empresas privadas de grande porte, através de concessão do poder público. Todavia, a solução de *quem da questio* numa dada situação deve

Isso, não significa dizer, contudo, que esses “agentes privados” devam permanecer inertes em face da inconstitucionalidade da lei. Ao reverso, como encargo pelos poderes públicos que lhe são confiados e por analogia ao regime da função pública, *devem* levar ao conhecimento do Poder Público e, designadamente, da Administração Pública incumbida de sua fiscalização, a constatação da desconformidade constitucional por meio do instrumento formalmente idôneo para tanto (art. 52º da CRP e art. 5º, inciso XXXIV, alínea *a*) da CF). E, relativamente a essa Administração Pública, por sua vez, já será possível se falar em “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo, na medida que tenha capacidade para manter a “unidade da ação administrativa”.

Em suma, o princípio da segurança jurídica deve se sobrepor, neste aspecto, à ocorrência duma possível afronta ao princípio da constitucionalidade da atuação administrativa (no sentido estrito do termo), implementada pelos “agentes privados” com a aplicação da lei inconstitucional ao ato materialmente administrativo de sua responsabilidade.

A não sujeição ao dever de obediência hierárquica também se verifica em relação aos trabalhadores das Administração Pública sob formas de organização jurídico-privadas; designadamente, no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista que, no âmbito trabalhista, sujeitam-se à legislação privada e não às regras estatutárias da função pública; apesar de usualmente estarem a exercer poderes de império. Assim, por exemplo, em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista brasileiras, por expressa determinação constitucional (art. 173, § 1º, inciso II). Trata-se, reitere-se, de um dos meios de *privatização formal* da Administração Pública.

Para tal situação, todavia, sendo verificada internamente na entidade uma estruturação hierárquica (regida pelo Direito privado), deverá valer (também por força da aplicação analógica) a argumentação

observar, por analogia, aquela que será referenciada para o caso da Administração Pública organizada sob forma jurídico-privada. Contudo, essa exceção não inviabilize que se reafirme, como princípio geral, a ilegitimidade dos privados que exercem atos materialmente administrativos para o exercício legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”.

desenvolvida para a Administração hierarquizada organizada sob a forma jurídico-pública, concentrando-se, do mesmo modo, nos altos superiores hierárquicos (especialmente quando a empresa pública está desconcentrada territorialmente) e nos seus “órgãos de topo” o exercício legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”. Contudo, o fato é que o processamento disciplinar para a apuração da responsabilidade dos trabalhadores dessa entidade (subalternos e superiores) pode não estar consagrado legalmente ou por normas autônomas, não obstante se poder cogitar numa motivada rescisão contratual pelo não cumprimento da lei inconstitucional⁷⁶⁹.

Em todos os casos, contudo, exercendo a autoridade administrativa legítima o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, não fica excluída a sua responsabilidade pelas conseqüências do ato de desaplicação. Este ato também pode justificar um tipo de ingerência (uma intervenção), por parte da entidade respectivamente competente para tanto (Poder Executivo/Governo), sobre a pessoa coletiva autora do ato de desaplicação, nos termos da lei (poderes de direção e de controle – Administração Direta – ou poderes de tutela – Administração Indireta e Autônoma: arts. 182º e 199º/d da CRP e arts. 84, inciso II, 87, inciso, da CF e art. 26, parágrafo único, alínea i), do Decreto-Lei nº 200/67)⁷⁷⁰. Ou ainda, acaso seja efetivamente necessário, possa até mesmo se falar no exercício de uma “tutela extraordinária” por parte daquela entidade administrativa, por força imediata da Constituição⁷⁷¹.

Ademais, para aquelas pessoas coletivas da Administração Indireta que estejam sujeitas ainda a um certo tipo de “controle preventivo” por parte de outra entidade administrativa (art. 20 e 26 do Decre-

⁷⁶⁹ Cf. o art. 9º/a do Decreto-Lei nº 64-A/89, de 27 de Fevereiro (Portugal), constitui justa causa de despedimento a desobediência ilegítima às ordens dada por responsáveis hierarquicamente superiores. Cf. o art. 482/h da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1.943), constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador o ato de indisciplina ou de insubordinação

⁷⁷⁰ Tb., assim, Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, vol. II, pág. 578; e Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 250.

⁷⁷¹ V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 127; e Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, vol. II, pág. 763.

to-Lei nº 200/67)⁷⁷² ou à superintendência do Governo (art. 199º/d da CRP)⁷⁷³; pode se afigurar medida exigida pelos princípios da juridicidade administrativa e da “unidade da ação administrativa”; reforçada pela natureza excepcional do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, a elaboração do ato de desaplicação pela autoridade administrativa somente após ter sido possibilitada a essa entidade “controladora” em sentido amplo (v. g. Ministros de Estado no âmbito da União/Nacional ou Secretários de Estado no âmbito do Estado-Membro) a formulação duma orientação/diretiva relativamente à aplicação/não aplicação da lei inconstitucional. Com isso, restaria ainda mais reforçada a legitimidade da eventual rejeição, pelo respeito à posição institucional e legal desse ente orientador da Administração Pública.

10.3. *Quem? E Quando em Causa Violação da “Trilogia DLG”*⁷⁷⁴?

Entretanto, estando especialmente em causa DLG, será que a solução desenhada acima se altera? Ou melhor, sendo a lei inconstitucional uma lei que viola ostensivamente o núcleo essencial de um DLG, poder-se-á falar em “poder (aqui, na verdade, um *dever*) de rejeição de leis inconstitucionais” por toda e qualquer autoridade administrativa, inclusivamente por aquelas que o são apenas materialmente⁷⁷⁵?

⁷⁷² Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 127: tem-se o controle preventivo quando a entidade dotada de autonomia administrativa, para praticar determinado ato, ou para que este adquira eficácia, depende de prévia manifestação do controlador.

⁷⁷³ Cf. Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 228: “Porém, face às entidades da Administração indirecta, a Constituição possibilita que a sua actividade seja não apenas controlada, mas igualmente orientada por uma outra pessoa colectiva pública”. V., ainda, sobre o conceito de superintendência, do mesmo Autor, “Hierarquia...”, pág. 210 e seg.; *O Poder de Substituição...*, vol. II, pág. 788; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 229; e Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, pág. 383 e seg. e 641 e seg.

⁷⁷⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pág. 109.

⁷⁷⁵ Recorde-se que, na 3ª hipótese do *quando* da *questio*, sobre os “Direitos, Liberdades e Garantias”, no que diz respeito ao Direito português, para além da ofensa ostensiva ao núcleo essencial do DLG, considerou-se como inconstitucionalidade justificadora do “dever de rejeição de leis inconstitucionais” a integral retroatividade da lei restritiva (alcançando fatos e atos totalmente consumados), isso por

Recorde-se que os preceitos constitucionais consagradores desses direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e vinculam, independentemente da *interpositio legislatoris*, as entidades públicas e as entidades privadas autorizadas a exercer poderes públicos (art. 18º/1 da CRP e art. 5º, § 1º, da CF). Aliás, frise-se, discute-se hodiernamente a intensidade dos “efeitos horizontais” dos direitos fundamentais⁷⁷⁶.

E isso, num exame preliminar, não aparenta ter qualquer relação com a posição hierárquica da autoridade administrativa. Isto é, a heterovinculação imediata dos DLG independe de normas instituidoras duma hierarquia na Administração Pública e, por isso, a existência jurídica desse fenómeno administrativo intra-subjetivo seria irrelevante àquela sujeição normativa, a qual alcança toda e qualquer autoridade administrativa. Assim, poder-se-ia extrair que, para efeitos da *questio* relativa ao “dever de rejeição de leis ostensivamente violadoras do conteúdo essencial dos DLG”, qualquer autoridade administrativa teria legitimidade para o seu exercício.

Ademais, levando-se ainda em conta que são exatamente os subalternos (e não os altos superiores hierárquicos) aqueles que mais diretamente se relacionam com a esfera dos particulares, enquanto autoridades competentes para elaborar atos administrativos de efeitos externos, individuais e concretos (ou, ainda, que de alguma forma, afetem interesses e direitos dos particulares); o reconhecimento da legitimidade desses agentes para o exercício do “dever de rejeição de leis ostensivamente violadoras do núcleo essencial dos DLG” parece ser mesmo solução apropriada num “Estado de direitos fundamentais”⁷⁷⁷.

força do art. 18º/3 da CRP. Todavia, apenas para facilitar o discurso, o texto usualmente se referirá à parte comum dos Direitos português e brasileiro (a proteção do conteúdo essencial do DLG). Registre-se, contudo, essa observação, uma vez que os argumentos que serão expendidos podem ser eventualmente adaptados para o caso das leis restritivas integralmente retroativas.

⁷⁷⁶ V., como exemplo, Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”..., pág. 106 e seg.

⁷⁷⁷ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 537. O Autor elucida, entretanto, que “o verdadeiro problema que a configuração da Administração como guardiã (intermediária) do ‘Estado de direitos fundamentais’ coloca situa-se ao nível das relações intra-administrativas. É aí, pode dizer-se, que a matéria da garantia e proteção administrativa dos direitos fundamentais suscita um novo campo de questões jurídico-dogmáticas”. V., ainda deste Autor, reconhecendo o “poder de

Em Portugal, aliás, a disposição do art. 123º/2/d do CPA viria corroborar essa argumentação; não obstante se entender que, ainda que não houvesse o legislador ordinário consagrado-a *expressis verbis*, a nulidade do ato administrativo que ofendesse o conteúdo essencial de um DLG seria consequência da imediata aplicação do art. 18º/1 da CRP⁷⁷⁸. Por isso, a retórica vale, *mutatis mutandis*, para o ato administrativo formulado perante o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Em sistemas jurídicos em que o ato administrativo que macula o conteúdo essencial de um DLG é sancionado com a nulidade, no sentido de que a qualquer tempo a sua invalidade pode ser declarada jurisdicionalmente (tal é a gravidade do vício que não é convalidado pelo decurso do tempo); demonstra ser condizente a conclusão de que os subalternos não devem aplicar leis ostensivamente violadoras do conteúdo essencial dos DLG; donde a legitimidade para o exercício do específico “dever de rejeição de leis inconstitucionais”.

Se os subalternos seriam autoridades administrativas legítimas para a formulação do ato de desaplicação (isso, evidentemente, presumindo que seriam também competentes para a realização do ato administrativo que afetasse DLG dos administrados), com maioria de razão também seriam legítimas as autoridades administrativas não sujeitas a um dever de obediência hierárquica.

Agregue-se ainda aos fundamentos desenvolvidos até agora a imprescindibilidade da observância concreta dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 266º/2 da CRP e art. 5º/2 do CPA e art. 2º, inciso VI, da Lei nº 9.784/99); sendo certo que são as autoridades administrativas que mais próximas se situam do procedimento aquelas que têm melhores condições de analisar as consequências concretas da aplicação e da desaplicação duma lei inconstitucional e,

rejeição de casos julgados inconstitucionais” pela Administração Pública, isso quando a decisão jurisdicional ofende grosseiramente direitos, liberdades e garantias, *Ensaio sobre o caso julgado...*, pág. 148 e seg. Nessas circunstâncias, a Administração não deve executar a sentença.

⁷⁷⁸ Cf. Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade...*, pág. 146, nota, a jurisprudência do STA, contrariando o posicionamento da doutrina, sempre se recusou a considerar como nulos os atos administrativos violadores de DLG. Daí também a consagração do art. 123º/2/d do CPA.

especialmente, de antever os danos que certamente advirão ao particular se a lei efetivamente violar o conteúdo essencial do seu DLG.

Além do mais, já não fosse isso suficiente, acaso o funcionário não desaplique a lei inconstitucional, será responsabilizado pelos prejuízos causados à esfera jurídica individual, ainda que tenha agido com culpa (art. 217º/1 e o art. 37, § 6º, da CF). Aliás, ainda que a responsabilidade civil do subalterno seja configurada, só muito eventualmente uma recompensa pecuniária indenizatória será hábil de restituir o particular ao seu *status quo*, face à impossibilidade de se valorar monetariamente quase todos os DLG⁷⁷⁹. Por isso, a anterior configuração do “dever de rejeição” como um “dever de precaver e de proteger a eficácia direta e plena dos DLG”.

Não obstante o aduzido, Gomes Canotilho⁷⁸⁰; Pedro Maria Godinho Vaz Patto⁷⁸¹; e José Carlos Vieira de Andrade⁷⁸², ao tratarem da *questio* especialmente no âmbito dos DLG traçam soluções análogas àquela que fora anteriormente exposta, em termos gerais, relativamente ao condicionamento do *quem*. Por sua vez, Maria Teresa Ribeiro⁷⁸³; Marcelo Rebelo de Sousa⁷⁸⁴; Paulo Otero⁷⁸⁵; e Rui Medeiros (em

⁷⁷⁹ Cf. Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade...*, pág. 118.

⁷⁸⁰ *In Direito Constitucional...*, pág. 417: “Em primeiro lugar, o princípio básico é o de recusar à administração em geral e aos agentes em particular qualquer poder de controlo da constitucionalidade das leis, mesmo se dessa aplicação resultar violação dos direitos fundamentais. Aos agentes administrativos é sempre possível a *representação* – *direito de representação* – às entidades hierarquicamente superiores das consequências da aplicação leis, mas até a uma possível decisão judicial da inconstitucionalidade permanecerão vinculados às lei e às ordens concretas de aplicação dos órgãos colocados num grau superior da hierarquia (art. 271º/2). Estes, por sua vez, poderão exercer o *poder de substituição legal* para integrar a eventual inércia dos órgãos administrativos violadora de direitos, liberdades e garantias ou para exercer uma substituição revogatória de um acto da administração lesivo dos mesmos. O funcionário ou agente administrativo deverá, porém, *desobedecer* a ordens concretas de aplicação de *leis inexistentes*, violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (cfr. Artigo 271º/3). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em estado-de-sítio podem ser suspensos (artigo 19º/6)”.

⁷⁸¹ *In “A Vinculação das Entidades Públicas...”*, pág. 501.

⁷⁸² *In Direitos Fundamentais...*, pág. 263.

⁷⁸³ *In O princípio da imparcialidade...*, pág. 145 e 146: “... consideramos que a ‘solução mais adequada à nova imagem de uma Administração com maior legitimidade

artigo mais antigo)⁷⁸⁶ apontam numa direção mais abrangente, da qual se pode extrair a legitimidade de todas as autoridades administrativas para formular o ato de desaplicação.

Entretanto, esta última interpretação não parece ser ainda a legítima quando se tem ciência que se deve compatibilizar o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” com o princípio da “unidade da ação administrativa”, por força dos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Todavia, por outro lado, reconhece-se que se deve atribuir um *papel mais relevante* (e uma maior responsabilidade) ao subalterno, dentro do âmbito da *questio* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, quando em causa leis ostensivamente violadoras do conteúdo essencial dos DLG; e isso na medida que tenha competência para formular atos administrativos individuais e concretos, com eficácia na seara do particular. Isso decorre exatamente da sua maior proximidade em relação ao administrado. A mesma solução deve prevalecer, por

e responsabilidade, e, afinal de contas, sempre sujeita ao controle, judicial dos seus actos, é a que confere *plenos* poderes para não aplicar uma lei violadora do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias dos administrados” ... “não tem sentido negar essa mesma legitimidade à Administração Pública, poder autónomo e independente do Estado, quando ainda por cima a intervenção da Administração pode evitar a lesão dos direitos dos particulares”. – g.n.

⁷⁸⁴ In *O valor jurídico...*, pág. 181, considerando-se “lei inexistente” aquela que viola o núcleo essencial dos DLG, “nenhum órgão ou agente administrativo subalterno pode ser obrigado a cumprir ou executar actos que não existem juridicamente”.

⁷⁸⁵ Cf. Paulo Otero, “Hierarquia...”, pág. 76: “No respeitante ao dever de fidelidade à Constituição, entendemos que todos os funcionários se encontram vinculados ao respeito pelas suas normas, especialmente em relação aquelas que são dotadas de aplicabilidade imediata, como sejam as normas sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais (art. 18º, nº 1). Todavia, importa sublinhar, este dever de fidelidade à Constituição não habilita os funcionários a desaplicarem uma lei ou recusarem obediência a um comando hierárquico com fundamento na sua inconstitucionalidade, salvo, eventualmente, tratando-se de uma violação flagrante e manifesta da Constituição em matéria de direitos, liberdades e garantias fundamentais”.

⁷⁸⁶ In “Valores jurídicos...”, pág. 533: “O artigo 271º, nº 3, da CRP não está em contradição com os artigos 18º, nº 1 e 21º da CRP. Da conjugação destas normas decorre que os funcionários e agentes administrativos *têm* sempre de respeitar o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias, para além destas situações, só cessa o dever de obediência hierárquica quando a ordem conduzir à prática de um crime” – g.n.

isso, para as entidades privadas dotadas de atribuições para formular atos materialmente administrativos individuais e concretos.

Desse modo, se em termos genéricos o subalterno, após constatar a inconstitucionalidade da lei, deve representar ao seu superior hierárquico (com esse ato também eximindo a sua responsabilidade administrativa e eventual culpa) e aplicar a lei; quando em causa leis que ostensivamente violam o núcleo inatingível de um DLG, a lógica dever ser outra: o subalterno, depois de proceder a uma cautelosa ponderação das consequências da perfeita execução da medida legal (afinal, pressupõe-se aqui um subalterno responsável e ciente de seu múnus constitucional⁷⁸⁷); e, vindo a concluir que serão efetivamente inevitáveis os prejuízos ao conteúdo essencial do DLG do particular, deverá, de modo diverso, conjuntamente com a representação hierárquica (na qual deverá expor claramente o efeito da aplicação da lei ao DLG), *não aplicar provisoriamente* essa lei, até que lhe seja repassada ordem em contrário do superior hierárquico (que detém a legitimidade para a formulação do ato de desaplicação).

Assim, frise-se, ainda que se trate dum sistema de “Administração Executiva” e que algum prejuízo ou desconforto seja verificado para o serviço ou para o interesse público prosseguido, como uma diminuição da celeridade e da eficiência do procedimento (art. 57º do CPA e art. 2º da Lei nº 9.874/99). Ora, “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público”; *mas* “no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Trata-se também de um reflexo do “dever de precaver e de proteger a eficácia plena dos DLG”; o qual é implementado, no âmbito das competências do subalterno, através da não aplicação provisória da lei como um mecanismo para tentar manter a perfeita integridade do conteúdo essencial do DLG.

A não aplicação provisória da lei é, nesse caso específico, mais compatível com a “unidade da ação administrativa” do que propriamente o reconhecimento da legitimidade do subalterno para elaborar o ato de desaplicação. Contudo, é certo que instrumentos devem ser postos em funcionamento pelo próprio subalterno para que essa não aplicação provisória (como uma “paralisação”) não se prolongue em demasiado no tempo; isto é, para que a autoridade administrativa des-

⁷⁸⁷ Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 238.

tinatória da representação manifeste a sua decisão num prazo condizente com a situação concreta. Aliás, registre-se que a não aplicação provisória da lei poderá eventualmente dar origem ao cabimento do exercício do poder de substituição pela autoridade administrativa respectivamente competente, nos termos legais⁷⁸⁸.

Contudo, sendo o comando hierárquico implementado no sentido da aplicação da lei, donde resultará a efetiva violação do núcleo essencial dos DLG, encontrará o subalterno diante duma hipótese para o legítimo exercício do *direito de resistência* do particular (art. 21º da CRP) ou, no caso do sistema brasileiro, para a justa impetração de remédio constitucional na sua modalidade preventiva (art. 5º, incisos LXVIII; LXIX ou LXXII da CF).

Outrossim, em se tratando de privado no exercício de poderes públicos, a *não aplicação provisória* da lei inconstitucional deve permanecer até que provenha a resposta do Poder Público (designadamente, da Administração Pública responsável pela sua fiscalização) no sentido da aplicação da lei inconstitucional. Do mesmo modo, sendo esta a decisão da autoridade pública destinatária da “petição-representação” (na qual, aliás, deverá estar igualmente registrada a inconveniência da aplicação da lei inconstitucional) e, em face do exercício de competências públicas pelo privado; os efeitos da possível execução da lei serão os mesmos que se verificam em relação aos subalternos: a possibilidade do recurso ao *direito de resistência*, caso

⁷⁸⁸ Cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição...*, II, pág. 757: “Sempre que a Administração deva dar preferência à Constituição sobre a lei (...), a aplicação indevida de uma lei inconstitucional ou a desaplicação de uma lei com fundamento na sua errada inconstitucionalidade pelo órgão administrativo normalmente competente poderá habilitar o exercício de uma substituição prejudicial e, em situações extremas, uma substituição revogatória ou integrativa”. Não obstante o Autor se referir, no essencial, para o caso de violação de direitos fundamentais imediatamente aplicáveis, a sua fundamentação vale, *mutatis mutandis*, para todas as hipóteses legítimas para o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”. Às pág. 763 o Autor acrescenta acerca do posicionamento privilegiado do Governo frente às estruturas decisórias da Administração: “o Governo está habilitado pela Constituição, todavia, a intervir a título substitutivo sobre as estruturas decisórias da Administração, desde que, segundo um princípio de necessidade ou proporcionalidade, a substituição seja o único meio idóneo para garantir a efectividade do ‘Estado de direitos fundamentais’, a ideia de Direito, e mais genericamente, o Estado de juridicidade em termos constitucionais”.

se trate do ordenamento jurídico-constitucional português, ou da impetração do remédio constitucional respectivamente cabível, caso se trate do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro⁷⁸⁹.

Nesta hipótese também não fica excluída a possibilidade da entidade administrativa competente vir a exercer o seu poder legal de substituição, especialmente face à não aplicação da lei pelo “agente privado”, ainda que provisoriamente.

10.4. *Como?* Os Ônus que a Formulação do Ato Administrativo de Desaplicação da Lei Pressupõe

Verificada a presença dos condicionamentos anteriores, relativos ao *quando* e ao *quem* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo (isto é, estando-se diante de uma das hipóteses legítimas para o seu exercício e de uma autoridade administrativa legítima para a formulação do ato de desaplicação); cumpre, então, examinar o seu último condicionamento: o atinente ao *como*. E, consoante dito alhures, essa derradeira “limitação” do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” diz respeito, essencialmente, às incumbências que competem a essa autoridade observar e fazer constar do ato administrativo de desaplicação (deve ser, por isso, um ato administrativo escrito). Por isso, já se pode ter por certo que a legitimidade da rejeição administrativa da lei inconstitucional é, na verdade, resultado de um conjunto de fatores de variada ordem: *circunstanciais; subjetivos e formais*.

⁷⁸⁹ Cf. o art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533, de 31/12/1.951, o qual dispõe sobre o Mandado de Segurança, com a redação dada pela Lei nº 9.259/96 (cujas normas se aplicam subsidiariamente a todos os remédios constitucionais brasileiros): “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-lo por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º. Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”.

Entretanto, antes de examinar esses encargos da autoridade administrativa, importa fazer ainda o registro de um outro fator de ordem circunstancial do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo; mas que tem estreita ligação com a formulação do ato de desaplicação.

Trata-se, com efeito, da constatação da necessidade da rejeição administrativa da lei inconstitucional como única forma de manter a constitucionalidade e a juridicidade da atuação administrativa.

Ou seja, fala-se de uma situação fática na qual não seja viável se aguardar uma futura decisão da Corte Constitucional (isso, aliás, na hipótese de ter sido formulado o pedido por quem de direito; ou, ainda, na hipótese de não ter sido suspensa a eficácia da lei pelo Supremo Tribunal Federal, através de uma decisão liminar com efeitos gerais). Assim, não seria possível um retardamento da atividade administrativa e, via de consequência, uma não aplicação provisória da lei pela autoridade administrativa⁷⁹⁰; sob pena de prejuízos à prossecução do interesse público (v. g., como uma eventual paralisação de um determinado serviço público essencial durante o curso do processo constitucional); objetivo que deve ser uma constante na função administrativa⁷⁹¹.

Aliás, de fato, em variados aspectos, a não aplicação provisória da lei, no sentido de ser uma recusa tácita da Administração Pública frente ao ato normativo que lhe compete dar execução (ou melhor, dum “silêncio administrativo”), pode, em face da observância concreta do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, apresentar-se como medida até mais gravosa que propriamente a rejeição da lei. Isso porque, para além dos inconvenientes de uma possível paralisação das atividades administrativas (cujos efeitos podem decorrer inclusive em cadeia, quando em causa procedimentos onde interajam várias autoridades – “procedimento complexo”- como já é usual numa Administração pluralizada⁷⁹²); o particular se pode ver na incômoda

⁷⁹⁰ V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, pág. 263, este Autor utilizando o termo “suspensão” (ao invés de “não aplicação provisória” da lei).

⁷⁹¹ V. sobre as consequências da impossibilidade de paralisação nos serviços públicos essenciais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo...*, pág. 74.

⁷⁹² Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever da fundamentação...*, pág. 31: A multiplicação e a diversificação das entidades intervenientes na produção respectiva e a proliferação dos interesses públicos que impõem formas de cooperação e meca-

situação de ter que aguardar o prazo legal para a interposição do recurso contra o presumido indeferimento tácito (fala-se do art. 109º do CPA – V. art. 49 da Lei nº 9.784/99)⁷⁹³. E, isso poderá ser extremamente oneroso para ele quando se trate, por exemplo, de direitos relacionados à sua subsistência.

Ora, numa situação como a delineada, a atitude menos prejudicial à regularidade da prossecução do interesse público e aos direitos e interesses dos particulares poderá ser mesmo a formulação do ato de desaplicação; do qual, aliás, o interessado poderá interpor recurso num espaço de tempo mais breve.

Ademais, em decorrência da observância concreta do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, também não se afigura prudente a aplicação da lei inconstitucional, uma vez que as consequências dessa execução podem ser de tal forma gravantes e definitivas (aqui no sentido de que a futura declaração de inconstitucionalidade não conseguirá, em termos materiais, “apagar” esses efeitos da lei inconstitucional), que a atitude mais conforme o princípio da juridicidade administrativa é; enfim, a elaboração do ato de desaplicação. Imagine-se, por exemplo, uma lei que viesse determinar à Administração o pagamento imediato de desarrazoados benefícios – inconstitucionais – aos particulares que se quadrassem numa situação *x*, causando um enorme prejuízo ao erário público, cujas sérias consequências não pudessem ser solvidas com a posterior devolução da verba, em face do decurso do tempo; ou, ainda, uma lei que determinasse à Administração a imediata dispensa da metade dos enfermeiros em efetividade nos hospitais públicos, para efeito de contenção de despesas, independentemente dos enfermos internos.

Em síntese, a elaboração do ato de desaplicação deve demonstrar ser a decisão mais conforme o princípio da juridicidade administrativa; conclusão para a qual se afigura imprescindível uma responsável

nismos de interinfluência entre agentes administrativos acaba por transformar “o modelo tradicional típico de decisão administrativa, pensado para uma administração burocrática e centralizada e substituído agora por um interação complexa de momentos de iniciativa, instrução, decisão e controle, em que matrizes de colaboração, de coordenação, de participação e até de negociação alteram o perfil estilizado da manifestação de vontade hierárquica, unilateral e autoritária”.

⁷⁹³ V., tb. com fundamentos semelhantes, Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 248.

observação do princípio da razoabilidade, de forma certamente ainda mais criteriosa do que numa regular atividade executiva. Nesse sentido, o *necessário e adequado* ato de desaplicação exige uma decisão *justa* da autoridade administrativa, na medida em que esta deve ponderar os valores envolvidos e os reflexos da rejeição/não rejeição da lei inconstitucional⁷⁹⁴. E disso resulta, em termos específicos, o dever de fundamentação expressa do ato de desaplicação, para além das exigências, em termos genéricos, dos arts. 268º/3 da CRP; 124º/125º do CPA e art. 50 da Lei nº 9.784/99.

10.4.1. *O Dever de Fundamentação Expressa*⁷⁹⁵

De fato, o art. 268º/3 da CRP determina que os atos administrativos “carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos e interesses legalmente protegidos”. O legislador ordinário, ao concretizar essa norma constitucional, dispôs, no art. 124º do CPA, que: “Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente: a) Nuguem, extingam, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; b) Decidam reclamação ou recurso; c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial; d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais; e) Impliquem revogação, modificação ou suspensão de acto administrativo anterior”.

Efetivamente, não se trata de uma enumeração exaustiva e, em síntese, consoante José Carlos Vieira de Andrade (tendo em vista o Decreto-Lei nº 256-A/77, mantido, no essencial, pelo CPA em matéria de fundamentação expressa do ato), “são genericamente os actos desfavoráveis, os actos que impliquem mudança ou divergência e os actos

⁷⁹⁴ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 120. V. tb. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 79.

⁷⁹⁵ No presente tópico, seguiu-se de perto a argumentação de José Carlos Vieira de Andrade, desenvolvida na citada obra *O Dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*.

‘quasi-jurisdicionais’ que são positivamente incluídos no âmbito do dever de fundamentação”⁷⁹⁶.

Assim também ocorre no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro⁷⁹⁷. O art. 93, inciso X, da CF, ordena que: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”; regra que o Supremo Tribunal Federal, antes de 1.999, já considerava igualmente válida para a esfera da Administração Pública⁷⁹⁸. O art. 50 da Lei nº 9.784/99, entretanto, explicitou essa exigência, determinando a motivação dos atos administrativos, com indicação de seus fatos e fundamentos, especialmente quando: “I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

Ademais, não obstante constitucional e legalmente o regime obrigatório da fundamentação expressa se relacionar mais diretamente com os atos administrativos desfavoráveis sob o ponto de vista dos direitos e interesses dos particulares, pode ser igualmente aplicável aos atos administrativos que têm efeitos apenas entre entidades da Administração (efeitos intra-administrativos, tendo em conta todo o complexo organizatório da Administração). Isto é, ainda que o ato administrativo não haja afetado qualquer interesse ou direito do administrado (não atingindo a esfera privada), a fundamentação expressa deve ser obrigatória, desde que se verifique uma situação análoga àquelas constantes da lei; como, designadamente, a decisão de rejeitar uma lei, por motivo de sua inconstitucionalidade⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ In *O Dever da fundamentação...*, pág. 113.

⁷⁹⁷ V. falando sobre a não exaustividade da numeração do art. 50, da Lei nº 9.784/99, Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo...*, pág. 258.

⁷⁹⁸ Cf. Diógenes Gasparini, *Curso...*, pág. 60: “A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (RDP, 34:141)”.

⁷⁹⁹ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever da fundamentação...*, pág. 92 e seg.: “Poder-se-á questionar se estarão abrangidos pela garantia, desde logo, os actos

Afinal, realmente, tal decisão administrativa é estritamente *contra legem*; e, num regime administrativo orientado basicamente pelo princípio da legalidade (na vertente de princípio da conformidade), tal decisão somente pode ser vista como uma daquelas integrantes do chamado “grupo de risco”; no qual “é maior a probabilidade e o temor (ou são funestas as consequências) do erro ou do arbítrio da Administração”⁸⁰⁰. Quiçá se possa mesmo afirmar que, defronte dos atos componentes desse “grupo de risco”, o ato de desaplicação da lei inconstitucional seja a sua “pior espécie”, pelas probabilidades da autoridade administrativa interpretar erroneamente o ato normativo e precipitar-se na decisão de rejeição ou, ainda, agir com arbitrariedade.

Nesse sentido, se a exigência de motivação expressa dirige-se, *prima facie*, à própria atividade administrativa, no sentido de garantir que a decisão da autoridade seja fundada em objetividade, razoabilidade e racionalidade; com o que torna muito mais provável o acerto decisório da Administração Pública (e ainda a maior eficácia e a plena juridicidade de sua atuação)⁸⁰¹; o dever de fundamentação expressa

administrativos que não sejam susceptíveis de afectarem a esfera jurídica dos particulares, por produzirem todos os seus efeitos nas relações entre entes e órgãos públicos. Trata-se de uma zona não despidianda da actividade administrativa externa, que, apesar de não ser directamente considerada, deve entender-se sujeita ao imperativo de fundamentação quando a *analogia* de situações o exija, por exemplo, se estiverem em causa direitos ou interesse de entes públicos colocados numa situação de subordinação em face de entes mais poderosos, designadamente quando sejam titulares de faculdades relevantes em matéria de direitos fundamentais”.

⁸⁰⁰ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Ibidem*, pág. 75.

⁸⁰¹ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever da fundamentação...*, pág. 71; 73 e 79: “Uma observação mais atenta mostra que o papel do dever de fundamentação previsto na nossa ordem jurídica não se reduz à garantia contenciosa dos administrados, que este visa igualmente assegurar a objectividade e o cuidado na formação da vontade decisória da Administração, bem como a própria transparência da actividade administrativa”. E continua, “Ora, na ausência de qualquer preconceito, parece adequado reconhecer que o primeiro interesse servido pela obrigatoriedade da fundamentação, sobretudo quando contextual, há-de ser, pela ordem natural das coisas, a correcção jurídica ou a racionalidade da própria decisão administrativa. O objectivo principal de um legislador razoável não pode ser aí senão o de *prevenir* contra decisões que, por falta de reflexão ou de ponderação, possam ser levianas, desequilibradas ou de outro modo arbitrárias, e, por consequência necessária, alheias ou contrárias ao interesse público”. Por isso, conclui o Autor que o imperativo da fundamentação tem como uma de suas finalidades: “a melhoria da

(como dever instrumental que é) é assim *conditio sine qua non* para a legitimidade excepcional do “poder de rejeição de leis inconstitucional” e para a perfeição fática e jurídica do ato de desaplicação. O exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, pela sua própria natureza extraordinária, obriga, portanto, a realização duma prévia reflexão e duma manifesta justificativa por parte da autoridade administrativa (aquela que tem legitimidade para tanto); sendo, aliás, requisito necessário da motivação expressa a sua contemporaneidade relativamente à formação da decisão⁸⁰².

Devendo a autoridade administrativa expor as razões de fato e de direito (art. 125º/1 do CPA e art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784/99) pelas quais entende ser necessária e razoável a rejeição da lei inconstitucional, compete-lhe fazer constar da fundamentação fática, nomeadamente: as consequências da aplicação da lei inconstitucional, quer para o interesse público, quer para os direitos e interesses dos administrados (donde a importância da reclamação pormenorizadamente formulada pelo subalterno que não tem legitimidade para elaborar o ato de desaplicação); os efeitos benéficos e maléficos da desaplicação da lei (porque com isso se aprecia a proporcionalidade da decisão); e a imprescindibilidade da rejeição como forma de viabilizar a juridicidade da atuação administrativa (tanto do ponto de vista do interesse público prosseguido, como, eventualmente, da incolumidade do núcleo essencial do DLG do particular). Desse modo, torna-se conseqüentemente favorecida a visão da autoridade administrativa/judicial competente para realizar o controle de mérito/de legalidade do ato de desaplicação; designadamente quanto à sua necessidade e proporcionalidade; bem como se possibilita o conhecimento integral das razões da atuação da autoridade administrativa “desaplicadora” em afronta ao princípio da legalidade *stricto sensu*⁸⁰³.

qualidade e a legitimidade da decisão administrativa, decorrentes da ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo e de uma maior atenção à racionalidade objetiva (ou intersubjectiva) na escolha da melhor solução para prosseguir o interesse público no caso concreto”.

⁸⁰² Cf., *Ibidem*..., pág. 41.

⁸⁰³ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Ibidem*, pág. 79: a segunda finalidade do dever de fundamentação expressa dos atos administrativos é “o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da legitimidade das decisões administrativas de autoridade”.

Quanto aos argumentos jurídicos, compete a autoridade administrativa demonstrar, de modo claro e congruente, a inconstitucionalidade da lei (ainda que com fundamentos não *absolutamente* corretos do ponto de vista da interpretação do Direito⁸⁰⁴). Destarte, a conclusão pela inconstitucionalidade da lei deve estar, em tese, bem sustentada. É especialmente nesse ponto da fundamentação expressa que a jurisprudência constitucional (nos moldes já definidos nos tópicos respectivos) pode se apresentar como uma importante fonte de juridicidade administrativa, ratificando a justeza da decisão de desaplicação. Assim, particularmente, nos casos de leis cuja constitucionalidade já tenha sido apreciada pela Corte Constitucional ou de leis pré-constitucionais. Aliás, ressalte-se que o art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.874/99, reconhece expressamente a jurisprudência firmada como fonte de juridicidade administrativa.

E, tendo em conta que compete à autoridade administrativa notificar o Ministério Público do ato de desaplicação (porque, frise-se, é o órgão constitucional com a função precípua de defender a “legalidade democrática”⁸⁰⁵ e a “ordem jurídica e o regime democrático” e porque,

de, designadamente no que respeita aos seus momentos discricionários, tendo especial consideração a garantia do exercício efectivo do direito do recurso contencioso dos administrados; o alargamento da publicidade administrativa, sobretudo na dimensão informativa e participativa, no plano das relações com os particulares interessados, mas ainda numa dimensão de transparência ‘ecológica’, ao nível da relação com a comunidade global”.

⁸⁰⁴ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Ibidem*, pág. 13, o dever de fundamentação expressa se cumpre desde que exista uma declaração a exprimir um discurso que pretenda justificar a decisão, independentemente desse arrazoado ser materialmente correto, convincente ou inatacável. Cf. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 266: “impende sobre as autoridades administrativas que pretendam arguir a inconstitucionalidade de uma lei o ónus da respectiva prova”.

⁸⁰⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pág. 69, a expressão “legalidade democrática” é de difícil apreensão quanto ao seu sentido rigoroso. Argumentam que o melhor significado que lhe cabe dar parece ser o que abrange não apenas as regras do Estado de direito democrático aludido no art. 2º/CRP, mas também a ideia da submissão das autoridades públicas à lei em geral, de acordo com o princípio da legalidade ou, mais amplamente, o princípio da juridicidade. Assim, tal expressão tem estreito relacionamento com o princípio da legalidade administrativa. V., ainda, *Pareceres...*, coord. José Augusto Sacadura Garcia Marques e Luís Novais Lingnau da Silveira, vol. V., pág. 489, no sentido de que: “‘legalidade democrática’ é assim, antes de mais, constitucionalidade”.

indubitavelmente, pertence aos tribunais a “última palavra” sobre a inconstitucionalidade do ato normativo desaplicado); poderá a mesma até, de forma reflexa, compartilhar na Jurisdição Constitucional. Pense-se, a título de exemplo, numa jurisprudência do TC constituída por três decisões concretas de inconstitucionalidade (jurisprudência essa que tenha sido referenciada na fundamentação expressa do ato de desaplicação pela autoridade administrativa); mas que, não obstante a sua existência, ainda não tenha sido requerido o “processo de generalização”. A notificação do MP virá, nesse sentido, de alguma forma, reforçar a necessidade de se instaurar esse controle abstrato.

10.4.2. *O Dever de Notificação do Ministério Público*

O dever de notificação do Ministério Público⁸⁰⁶ como efeito decorrente do exercício do excepcional “poder de rejeição de leis inconstitucionais” é duplamente justificado no contexto de Estados Democráticos de Direito. Isto porque finaliza garantir que a atividade administrativa em desconformidade com o princípio da legalidade em sentido estrito seja fiscalizada jurisdicionalmente e, ato contínuo, que seja dos tribunais a “derradeira palavra” sobre a constitucionalidade do ato normativo desaplicado. Além disso, reflexamente, possibilita a apuração das eventuais responsabilidades da Administração Pública (e das entidades privadas no exercício de poderes públicos), bem como da autoridade administrativa autora do ato de desaplicação, pelo exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” de modo não compatível com o Direito.

⁸⁰⁶ Na CF, as normas atinentes ao Ministério Público encontram-se dispostas no art. 127 e seg. O art. 127 determina: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. O art. 129, inciso II, dispõe, por sua vez: “São funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito pelos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. A Lei nº 8.625/93, de 12 de Fevereiro de 1993, institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. A Lei Complementar nº 75/93, de 20 de Maio de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.

Sendo assim, formulado o ato de desaplicação, incumbe à autoridade administrativa notificar imediatamente o Ministério Público do mesmo, e de maneira integral, para que esse órgão constitucional possa dele recorrer contenciosamente, na qualidade de *custos legis* e, ainda, aforar a fiscalização abstrata sucessiva, na eventualidade do exame em tese da constitucionalidade da lei se afigurar também relevante à proteção da “legalidade democrática” (art. 3º/2 da CRP) e da “ordem jurídica e do regime democrático” (art. 127 da CF).

Aliás, perante o sistema jurídico brasileiro, a notificação administrativa deve dirigir-se ao MP estadual, acaso a Administração Pública em causa faça parte da esfera Estadual ou Municipal ou ao MP da União, acaso a Administração Pública seja da órbita Federal.

No que diz respeito ao recurso contencioso para os tribunais (relativamente ao sistema jurídico português, entenda-se “tribunais administrativos”, via de regra), como decorrência da excepcionalidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, deve-se entender que a sua interposição pelo Ministério Público constitui para este uma *regra* em defesa do princípio da legalidade administrativa, decorrência mesmo de seu múnus constitucional (art. 69º do ETAF e 104º da LPTA e art. 27, inciso II, da Lei nº 8.625/93 e art. 5º, inciso I, alínea *h*), da Lei Complementar nº 75/93); ainda mais porque a lei, mesmo que inconstitucional, é em geral aprioristicamente heterovinculante para a Administração Pública⁸⁰⁷.

Aliás, especialmente quanto ao aspecto da obrigatoriedade da interposição do recurso contencioso (na verdade, trata-se duma ação judicial a ser aforada pelo MP ou, ainda, eventualmente, da intervenção do MP no processo judicial aforado pelo particular diretamente interessado no ato de desaplicação), Rui Medeiros entende ser aplicável, por analogia, o art. 280º/5 da CRP quando em causa ato adminis-

⁸⁰⁷ Cf. dá notícia Cunha Rodrigues, “Ministério Público”, *DJAP*, vol. V, pág. 592, nota, a Circular do Procurador-Geral da República de nº 8/90 (Julho de 1990), determina hierarquicamente ser obrigatória a intervenção do Ministério Público de Portugal no contencioso administrativo quando nos casos de atos nulos por disposição da lei; de atos que violem direitos fundamentais e atos que afetem interesses difusos ou colectivos; e de atos que violem princípios de justiça e imparcialidade da atividade administrativa.

trativo de desaplicação que destoe de anterior decisão do TC⁸⁰⁸. Assim, consoante essa argumentação, seria sempre obrigatória para o Ministério Público a interposição de recurso contencioso das decisões das autoridades administrativas que desaplicassem uma norma anteriormente não julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional.

Todavia, diferentemente, prefere-se, em termos mais gerais, partir-se da premissa que o ajuizamento do recurso contencioso pelo MP constitui sempre, de *per si*, uma incumbência própria deste (donde a sua obrigatoriedade). Mas, é certo que, em determinadas hipóteses, a interposição do recurso não se apresentará como uma medida de imprescindível e rigorosa observância (fato que, contudo, não torna dispensável a notificação do MP pela autoridade administrativa). Assim, pense-se, v. g., quando em causa atos normativos pré-constitucionais, cuja revogação já esteja pacífica na jurisprudência dos tribunais⁸⁰⁹; ou, ainda, atos normativos que o STF, por meio de Súmulas, já tenha afirmado serem inconstitucionais. Em outras circunstâncias, por outro lado, designadamente quando a rejeição da lei tem consequências jurídicas de profundo alcance (tal como uma possível intervenção administrativa ou uma intervenção federal no Estado-Membro), a interposição do recurso contencioso pelo MP não deverá sequer ser remediada.

Em todo caso, o posicionamento do MP frente ao ato administrativo de desaplicação norteia-se pelo princípio da imparcialidade e da independência, característicos dessa instituição⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Cf. a tese de Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 254: “As razões que estão na base do regime de recurso obrigatório, para os agentes do Ministério Público, das decisões dos tribunais que aplicam lei anteriormente julgada inconstitucional, previsto no art. 5º do art. 280º, podem, na verdade, justificar a afirmação de uma regra que obrigue o Ministério Público a recorrer contenciosamente para os tribunais administrativos das decisões das autoridades administrativas que, em termos semelhantes, contrariem o anteriormente decidido pelo Tribunal Constitucional”.

⁸⁰⁹ Relativamente ao comportamento dos subalternos perante as leis pré-constitucionais, V. Rui Medeiros, *A Decisão...*, pág. 245.

⁸¹⁰ No Recurso nº 40.770 do STA, *ADSTA*, nº 356/357, Ano XXX, Agosto/Setembro de 1.991, pág. 574 e seg. afirmou-se: “A ilegitimidade processual do Ministério Público. ... Nos termos do art. 104º, nº 1, da LPTA, podem recorrer a parte ou interveniente no processo que fique vencido, a pessoa directa e efectivamente prejudicada pela decisão e o Ministério Público. Esta norma reafirma, no processo administrativo, o que está disposto nos artigos 1º e 3º, nº 1, alínea u), da Lei nº 47/86, de 15-10, que confere ao Ministério Público a defesa da legalidade demo-

10.4.3. *O Dever de Notificação da Entidade Administrativa que Tem Poderes de Tutela sobre a Entidade Administrativa Autora do Ato de Desaplicação: Resguardando-se o Princípio da “Unidade da ação administrativa” ao Nível Intersubjetivo da Administração*

Outrossim, incumbe também à autoridade administrativa descentralizada autora do ato de desaplicação notificar diretamente a entidade administrativa que pode exercer sobre a sua atividade, nos termos da lei, poderes de tutela (de mérito e/ou de legalidade) – entidade tutelar⁸¹¹. Tal exigência visa garantir, ao nível intersubjetivo da Administração Pública, o respeito ao princípio da “unidade da ação administrativa”; ainda de que forma posterior à elaboração do ato de desaplicação, na medida em que este possa ser controlado pela entidade tutelar.

Assim, designadamente, deverá se processar se a autoridade administrativa que formulou o ato de desaplicação pertencer aos quadros de uma pessoa coletiva pública tutelada da Administração Indireta, de uma pessoa coletiva de direito privado da Administração Indireta, igualmente sujeita à tutela do Executivo no âmbito do exercício dos poderes públicos e de uma pessoa coletiva da Administração Autônoma sujeita à tutela de legalidade governamental.

crática e os interesses postos por lei e o *poder-dever de recorrer sempre que a decisão tenha proferida contra lei expressa*, pois que ele aparece ali numa posição, claramente diversa da de parte ou de interveniente no processo que tenha ficado vencido. ... De facto, no caso em apreço, ao recorrer, o Ministério Público não intervém como parte, não *assume* as vestes de parte, nem representa os interesses de qualquer das partes no processo. A sua intervenção desenvolve-se no exercício dos seus poderes institucionais, como único objectivo de prosseguir o interesse público específico da defesa da legalidade democrática por, em seu entender, *a decisão violar lei expressa*, pautando-se tal intervenção por critérios objetivos e segundo estritos cânones de imparcialidade, com total independência equidistância em relação aos interesses de qualquer das partes no litígio não se dirigindo contra ou a favor de nenhuma delas” – g.n.

⁸¹¹ Sobre os poderes de tutela, no Brasil usualmente chamados de controle, V., a título de exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, pág. 125. Em Portugal, V., por exemplo, Paulo Otero, *Conceito...*, pág. 221; e *O Poder de Substituição...*, pág. 788 e seg.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições...*, pág. 230 e seg.; Vital Moreira, *Administração Autônoma* ..., pág. 210.

Isso porque, a entidade da Administração Pública descentralizada que se decidiu pela desaplicação da lei inconstitucional, não obstante após responsável ponderação dos valores em jogo e firme fundamentação, não pode se eximir dos efeitos jurídicos intra-administrativos do exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo; das quais, aliás, tem plena ciência por contar da lei e da Constituição. Assim, em atenção ao princípio da juridicidade administrativa (onde confluem os princípios da boa-fé e da moralidade administrativa: art. 266º/2 da CRP e art. 37, *caput*, da CF), a autoridade administrativa deve se antecipar e agir com transparência relativamente à sua entidade tutelar; notificando-a de sua decisão de desaplicação da lei inconstitucional. Em suma, arcando com os possíveis ônus de seu posicionamento.

Em último termo, aliás, a entidade administrativa tutelar poderá proceder a uma intervenção administrativa na entidade tutelada, nos limites legais, na medida em que esta seja a única forma de assegurar a observância por esta da lei rejeitada (fala-se duma intervenção restrita à legalidade, ou seja, suficiente para o restabelecimento desta). Nessas circunstâncias e, após ter a entidade tutelar realizado o controle do ato de desaplicação, decidindo-se contrariamente a decisão nele contida; não mais se poderá falar em exercício legítimo do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” por parte da autoridade administrativa da entidade tutelada; mas, sim, em ilegítimo desrespeito ao princípio da “unidade da ação administrativa”.

10.4.4. *O Dever de Dar Pleno Conhecimento Público ao Ato de Desaplicação*

Ademais, como deve ser regra em Estados Democráticos de Direito, o ato administrativo carece de divulgação (princípio da publicidade dos atos administrativos), isso para além da notificação dos administrados diretamente interessados (art. 268º/3 da CRP e art. 130º e seguintes do CPA e art. 37, *caput*, da CF e art. 26 e seguintes e art. 66 da Lei nº 9.784/99). Somente há razões para que tal formalidade seja robustamente implementada relativamente ao ato administrativo de desaplicação da lei inconstitucional.

Decerto, tratando-se o ato de desaplicação do exercício de um poder apenas excepcionalmente legítimo, como já amplamente referenciado, a exigência de publicidade deve ser ainda mais rigorosa e ampla, de forma a possibilitar, especialmente: o pleno conhecimento público do mesmo (em seus integrais termos); a posterior responsabilidade civil da pessoa coletiva de direito público (ou da pessoa coletiva de direito privado no exercício de poderes públicos) pelos danos que eventualmente tenham sido causados a terceiros em razão da inexecução da lei inconstitucional, bem como a eventual responsabilização da autoridade administrativa autora do ato de desaplicação. Por isso, vale também aqui a assertiva de José Carlos Vieira de Andrade no sentido de que: “é porque o acto é produto de uma *vontade subordinada* à realização do interesse público normativamente definido que se exige ao seu autor uma *declaração*, em que se assuma como responsável pela decisão tomada, e através da qual possa demonstrar ter actuado intencionalmente de um modo legítimo”⁸¹².

Ademais, a publicação do ato de desaplicação deve especificamente finalizar a ciência do poder legiferante autor do ato normativo rejeitado sobre o comportamento da Administração Pública frente ao mesmo. Este objetivo é, de fato, demasiadamente importante, podendo inclusivamente justificar uma notificação direta da autoridade administrativa ao mesmo (Poder Legislativo ou, dependendo do caso, o Executivo-Legislador), caso a publicação em periódico de reconhecimento oficial ser de duvidosa eficácia. Assim, por exemplo, poderia ocorrer quando a Administração de um determinado município deixasse de executar uma lei federal; uma vez que a divulgação do ato em jornal oficial de âmbito local poderia não satisfazer o propósito em questão⁸¹³.

Isso porque, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo não se presta de instrumento desautorizador

⁸¹² In *O Dever da fundamentação...*, pág. 28.

⁸¹³ Percebe-se, por isso, que os instrumentos de divulgação, regulamente utilizados pela Administração Pública para dar publicidade aos seus atos administrativos, são igualmente válidos para o ato administrativo de desaplicação da lei inconstitucional. É certo que a divulgação deste deve-se dar em integrais termos, observando, contudo, se para a devida ciência do autor do ato legislativo a publicação no periódico oficial usual é suficientemente eficaz.

do órgão que está especial e constitucionalmente vocacionado para a produção normativa; devendo o seu exercício pautar-se por um princípio de “transparência, respeito e lealdade institucional”⁸¹⁴. Além disso, devendo a entidade administrativa responder pelo ato de desaplicação de sua autoria, nomeadamente quando sobre ele for questionada ao nível de uma eventual fiscalização parlamentar (art. 162º da CRP e art. 49, inciso X, da CF), a ciência desse poder legiferante é medida que se impõe à legitimidade extraordinária do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” como efeito da competência do mesmo para o exercício da fiscalização dos atos da Administração Pública.

10.4.5. *O Princípio da Não-Autovinculação da Administração Pública ao Ato de Desaplicação*

Finalizando o tratamento da *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, deve registrar-se o “princípio da não-autovinculação da Administração Pública ao ato de desaplicação”. Ora, pela própria natureza excepcional desse ato e por ser, ainda, *contra legem* em sentido estrito, mesmo que tenham decorrido benefícios para o administrado, a sua revogação (*lato sensu*⁸¹⁵) deve constituir uma regra geral.

De fato, a autoridade administrativa que elaborou o ato de desaplicação (ou a autoridade que sobre ele venha realizar o controle de mérito ou de legalidade) pode constatar, eventualmente e *ex officio*, que a decisão de rejeição não está em perfeita sintonia com o interesse público. Também, como é claro, a Administração Pública não pode ter a sua posterior atividade vinculada pela decisão de desaplicação da lei⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais...*, pág. 242: “A Democracia moderna e, em especial, aquela idealizada no Estado Contemporâneo, estabelece como princípio fundamental o da transparência, pois a relação política somente pode ser justificada pelo respeito ao outro e a todos, solapada como foi a tese e a prática de supremacia do governante sobre os governados”.

⁸¹⁵ Nos termos do art. 53 da Lei 9.874/99: “A Administração *deve anular* seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e *pode revogá-los* por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. Assim, a lei brasileira diferencia entre anulação e revogação.

⁸¹⁶ Assim também Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico...*, pág. 440: “um *acto ilegal* da Administração não atribui(r) ao particular um direito de exigir, com

De fato, a excepcionalidade característica do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” e o princípio da legalidade administrativa como principal norte orientador da atuação da autoridade administrativa acarretam a “fragilidade jurídica” do ato de desaplicação. Aliás, na hipótese extrema de não ter sido ajuizado o recurso contencioso contra esse ato (quer da parte do MP; quer da parte dos particulares prejudicados), e verificando a Administração que se trata efetivamente de um ato ilegal, *deverá* ela revogá-lo (ou anulá-lo, nos termos da legislação brasileira); ponderando-se, contudo, os eventuais direitos adquiridos dos particulares alcançados pelo decurso do tempo (art. 134º/1/2/3 e art. 141º/1/2 do CPA), em respeito ao princípio da segurança jurídica. Aliás, diferentemente do CPA, o arts. 53 e 54 da Lei nº 9.874/99 é expresso nesse sentido⁸¹⁷.

Imagine-se, por exemplo, que a jurisprudência constitucional oriunda do julgamento dos casos concretos tivesse sedimentado-se no sentido da inconstitucionalidade da lei rejeitada (jurisprudência essa que tivesse sido mencionada na fundamentação do ato de desaplicação a título de fonte de juridicidade administrativa); mas, que, posterior-

base no princípio da igualdade, a prática, no futuro, de um acto de conteúdo idêntico em face de situações iguais. Assim, por exemplo, se a Administração autorizou *ilegalmente* a realização de uma edificação num terreno, não pode o proprietário de um terreno vizinho do primeiro e dotado de características semelhantes exigir, com fundamento no princípio da igualdade, que a Administração lhe conceda também uma autorização. Se isso fosse possível, estar-se-ia a consentir à Administração o desrespeito da lei ou de outras normas jurídicas vinculativas da sua acção, designadamente os regulamentos”. O Autor ainda faz nota do posicionamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, os quais asseveram não existir um “direito à igualdade na ilegalidade” ou “à repetição dos erros”, podendo a Administração afastar-se de uma prática anterior que se mostre ilegal”.

⁸¹⁷ V. Paulo Otero, *O Poder de Substituição* ..., vol. II, pág. 581 e 582. Conforme elucida o Autor: “Apesar da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo inicialmente ter afirmado a obrigatoriedade de a Administração revogar os actos ilegais, tal orientação veio a ser abandonada, afirmando-se os dois seguintes princípios: 1º) – A revogação dos actos administrativos é uma faculdade discricionária da Administração; 2º) – A Administração não está obrigada a rever os seus actos administrativos, mesmo que estes sejam ilegais”. Em vista disso conclui: “Perante um acto ilegal, a Administração não pode ficar inerte ou de ‘braços-cruzados’. O princípio da legalidade determina, segundo decorre do artigo 266º, nº 2, da Constituição, não apenas agir de acordo com a lei, mas também a repor a legalidade caso esta tenha sido violada”.

mente, tendo o ato normativo sido examinado em fiscalização abstrata, a Corte Constitucional viesse a concluir pela sua constitucionalidade. A Administração, então convicta da efetiva ilegalidade de seu ato, deveria, por isso mesmo, recompor a legalidade de sua atuação.

10.5. Conclusões

Conclusão quanto ao Quem da Questio, em termos gerais:

O “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo não pode ser exercido legitimamente por todas as autoridades administrativas. Essa solução não seria compatível com o princípio da igualdade e com o da segurança jurídica; princípio este, aliás, que aquele poder deve ter sempre em vista. Assim, principalmente, não seria uma tal solução compatível com o princípio da “unidade da ação administrativa”. Por isso, tendo em conta a atual configuração pluralizada da Administração Pública, para efeitos do condicionamento relativo ao *quem da questio*, tentou-se a composição da “unidade no pluralismo”.

Por efeito dessa árdua harmonização, não podem ser consideradas autoridades administrativas legítimas para levar a efeito o excepcional “poder de rejeição de leis inconstitucionais” os “agentes privados” e os subalternos; os quais estão em geral fadados ao cumprimento da lei inconstitucional, não obstante o dever de representar hierarquicamente sobre a desconformidade constitucional desta. Outrossim, não podem ser consideradas como as *únicas* autoridades administrativas legítimas aquelas que se encontram nos “órgãos de topo” da Administração hierarquizada, afinal, um tal posicionamento ignoraria por completo a moderna configuração da Administração Pública, hoje melhor retratada como uma “galáxia administrativa”⁸¹⁸ e, ainda, a contínua especialização de suas atividades.

Por isso, a resposta para o *quem da questio* deve ser *menos radical* do que aquela tradicionalmente apontada pela juspublicística; deve ser uma solução de “meio-termo”. Nesse sentido, em síntese, considerou-se autoridades administrativas legítimas para exercer o excepcio-

⁸¹⁸ García de Enterría & T. R. Fernández, *apud* Vital Moreira, *Administração Autónoma...*, pág. 34.

nal “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, em termos genéricos, aquelas situadas nos altos cargos do escalão administrativos e que tenham, sobre os subalternos de um determinado departamento/órgão de âmbito local, regional, e/ou estadual, amplos poderes de direção. Pretendeu-se valorizar, com essa interpretação, o princípio democrático na Administração Pública e o princípio da desconcentração e descentralização administrativa.

Além disso, também se incluiu nesse elenco de autoridades administrativas legítimas para elaborar o ato de desaplicação da lei inconstitucional, as autoridades independentes e os órgãos colegiais com funções consultivas.

Conclusão quanto ao Quem da Questio, especialmente quando em causa ostensiva violação aos DLG:

Todavia, quando em causa violação ostensiva aos DLG, relativamente aos subalternos, que mais próximos se situam dos administrados, o comportamento frente à lei inconstitucional deve ter outra lógica. O “dever de precaver e de proteger a eficácia direta e plena dos DLG” requer dos subalternos, como atuação generalizada, a não aplicação provisória da lei ao caso concreto e a formulação imediata da representação hierárquica. Tal não aplicação provisória deve se prolongar até que provenha de seu superior a ordem/instrução definitiva quanto à aplicação/desaplicação da lei inconstitucional; cuja delonga deve ser obstaculizada pelos subalternos, através dos instrumentos que a lei lhes confere para tanto.

Não sendo assim, os prejuízos da direta aplicação da lei ostensivamente violadora do núcleo essencial dos DLG dos administrados possivelmente não serão passíveis de reparação, dada a impossibilidade desses direitos serem valorados monetariamente.

Conclusão quanto ao Como da Questio, em termos genéricos:

Para a legitimidade do excepcional exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” a autoridade administrativa que (legitimamente) pode elaborar o ato de desaplicação deverá observar concretamente a necessidade da formulação do mesmo, tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, é imprescindível que a mesma conclua estar diante duma dada situação em que

a medida menos prejudicial à prossecução do interesse público e à incolumidade do conteúdo essencial dos DLG dos administrados seja efetivamente a formulação do ato de desaplicação.

Assim sendo, incumbe a esta autoridade administrativa cumprir os seguintes deveres, para a legitimidade de sua atuação: dever de fundamentação expressa do ato; dever de notificação do MP; dever de notificação da entidade tutelar e dever de divulgação/publicação plena do ato de desaplicação, especificadamente para fins de ciência do poder legiferante autor do ato normativo rejeitado. A prova do cumprimento de todos esses encargos deve constar do ato administrativo de desaplicação, razão pela qual deve ser o mesmo escrito.

Por fim, pela “fragilidade jurídica” do ato de desaplicação, o qual é, na verdade, um ato administrativo estritamente *contra legem*, não há falar em “autovinculação” da Administração Pública ao mesmo.

CONCLUSÃO

“O princípio da juridicidade representa e descreve actualmente de modo mais exacto a ligação entre a Administração e o Direito do que o tradicional princípio da legalidade ...”.

*José Carlos Vieira de Andrade*⁸¹⁹

1. O “PODER DE REJEIÇÃO DE LEIS INCONSTITUCIONAIS” PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA EXTRAORDINARIAMENTE LEGÍTIMO COMO EFEITO DA OBSERVÂNCIA PLENA DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

A análise da *questio* atinente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa, no contexto dos Direitos português e brasileiro, veio demonstrar a procedência da afirmativa no sentido de que é legítimo à Administração Pública deixar de cumprir uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade. Todavia, a análise comprovou, da mesma forma, que essa resposta não é simplória, estando a sua veracidade intimamente dependente de vários condicionamentos.

⁸¹⁹ *In O Dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, ob. cit., pág. 14.

De fato, defronte o princípio da separação dos poderes concretamente constitucionalizado, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa é apenas excepcionalmente legítimo e tal qualificação é a fonte de todos os seus condicionamentos e limites. Efetivamente, em termos gerais, a lei inconstitucional é aprioristicamente heterovinculante para a autoridade administrativa.

Talvez por isso seja melhor reformular a *questio* para efeitos conclusivos: *Quando, Quem e Como* considerar legítimo o ato da Administração Pública de desaplicar uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade ?

Quando: Em síntese, foram apresentadas na análise 6 (seis) hipóteses nas quais se pode considerar legítimo o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”.

Assim, (i) relativamente às leis pós-constitucionais, quando houver jurisprudência constitucional que possa ser considerada, para os específicos efeitos do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, como fonte de juridicidade administrativa. Ademais, (ii) quando em causa “leis manifestamente inconstitucionais”, não obstante a dificuldade em se definir, com exatidão, essa figura; relacionando-se, mais intimamente, com as leis cujos vícios são de ordem formal (em sentido amplo). Ainda, (iii) na hipótese de leis ostensivamente violadoras dos DLG, em razão da imediata vinculação da Administração Pública às normas constitucionais consagradoras desses direitos fundamentais, tratando-se, aliás, da única circunstância em que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” é, na verdade, um específico “dever de rejeição”. Além do mais, (iv) quando se tratar de atividade administrativa que envolva a elaboração de atos administrativos “parajurisdicionais”, levados a efeito por determinadas autoridades administrativas “relativamente independentes”. Também, (v) no caso de leis pré-constitucionais inconstitucionais (aqui consideradas aquelas leis cuja revogação pela Constituição não seja totalmente inequívoca; porque se não há dúvidas sobre a revogação da lei, a Administração Pública, obviamente, deve rejeitar a sua execução); devendo, para tanto, a autoridade administrativa observar e dar prevalência ao entendimento dos tribunais acerca da vigência da lei. E, por fim, especialmente em relação ao sistema jurídico-constitucional português, (iv) na excepcionalíssi-

ma hipótese de violação da “reserva relativa de governo em matéria político-administrativa” por lei parlamentar quando se verificar que a execução desta possa provocar incontornáveis prejuízos à “condução da política geral do país”.

Quem: No que diz respeito ao *quem* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo, a análise demonstrou a necessidade de se tentar compor uma “Unidade no Pluralismo”; onde “unidade” se relaciona com o princípio da “unidade da ação administrativa” e, “pluralismo”, com a atual configuração da Administração Pública.

Em suma, considerou-se como autoridades administrativas legítimas para exercer o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” aquelas que ocupam elevados postos no escalão administrativo da entidade hierarquizada e que exercem sobre um determinado âmbito local, regional ou estadual amplos poderes de direção; isso para além dos “órgãos de topo” dessa entidade. Ainda, as autoridades administrativas independentes.

Quanto aos subalternos, não podem levar a efeito legitimamente o “poder de rejeição de leis inconstitucionais”; sob pena de rachas no princípio da “unidade da ação administrativa” e no princípio da segurança jurídica. Assim também em relação aos privados que estejam autorizados a exercer poderes públicos.

Como: Quanto aos aspectos formais do legítimo ato de desaplicação da lei inconstitucional, descreveu-se como encargos da autoridade administrativa o cumprimento dos seguintes deveres: (i) dever de elaborar fundamentação expressa; (ii) dever de notificar o MP, em integrais termos, do ato de desaplicação; (iii) dever de notificar, em integrais termos, a entidade administrativa tutelar; (iv) dever de dar pleno conhecimento público do ato de desaplicação, especialmente para fins de ciência do poder legiferante autor do ato normativo desaplicado e para fins de responsabilização pelos transtornos e prejuízos advindos do ato de desaplicação.

Na verdade, os aludidos requisitos formais do legítimo ato de desaplicação (para além daqueles que decorrem do fato desse se tratar de um ato administrativo em termos genéricos) visam propiciar a maior transparência possível à decisão de rejeição da lei inconstitucional; o seu imediato controle (ou aval) por parte dos tribunais competentes e a

implementação de seus eventuais efeitos civis (responsabilidade civil da entidade), administrativos (responsabilidade administrativa da autoridade e o exercício dos poderes de tutela) e políticos (fiscalização parlamentar da atividade administrativa).

Mas, enfim, *para quê e por quê* tem sentido falar-se no exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo pela autoridade administrativa, mormente quando todos os tribunais portugueses e brasileiros têm competência para o exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade das leis ?

Com efeito, viu-se que o objetivo primeiro desse poder é viabilizar uma maior eficácia possível às normas constitucionais na esfera da Administração Pública. Não se trata, por isso, de um “poder anarquista” que pretende revolucionar o regime jurídico do Direito Administrativo, fundado especialmente no princípio da legalidade; ou, de um poder que quer desautorizar a legitimidade do poder legiferante; ou, ainda, de um poder que pretende corromper os limites constitucionais do princípio da divisão de poderes.

Ao reverso, o fim imediato do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” é garantir, com respeito ao princípio da segurança jurídica, a plena eficácia normativa da Constituição na seara administrativa quando fortes razões estão a indicar a efetiva inconstitucionalidade da lei e a gravidade dos efeitos de sua execução. Com isso, outorga-se à autoridade administrativa um papel mais ativo e responsável no cumprimento da função que constitucionalmente lhe compete exercer; papel esse que ela tem vindo a conquistar a cada dia dentro do Estado Democrático de Direito, como um reflexo mediato da “dimensão de racionalização” do princípio da separação dos poderes.

Por tudo isso, pode se afirmar que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo não é mais do que um efeito bem específico do princípio da juridicidade administrativa, no sentido da vinculação e do respeito da Administração Pública, não somente à Constituição, não somente à lei, mas a todo o *Direito*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁸²⁰

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*; Livraria Almedina, Coimbra; 1987;
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel; "Control difuso y concentrado de constitucionalidad: características diferenciales"; *Cuadernos de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol*; nº 6; Valencia; 1994, pág. 113 e seg.;
- ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1997; (*)
- ALMEIDA, Luís Nunes de; "O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões"; *Portugal: O Sistema Político e Constitucional (1974-1987)*, Coord. Mário Baptista Coelho, Instituto de Ciências Sociais – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989, pág. 941 e seg.
- ALVARADO PLANAS, Javier; *De la ideología trifuncional a la separación de poderes*; Universidad Nacional de Educación a Distancia; Madrid; 1993; (*)
- AMARAL, Diogo Freitas; *Curso de Direito Administrativo*; vol. 1; 2ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 2000;
- _____. *Direito Administrativo*; vol. II e vol. IV, Lisboa; 1988.
- _____. "Legalidade (Princípio da); *POLIS*; Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado"; vol. III, 1985, pág. 975 e seg.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira; *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*; Editora Dialética; São Paulo; 1997;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de; "A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional"; *BFDUC*; vol. 50; 1974, pág. 219 e seg.
- _____. *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*; Livraria Almedina; Coimbra; 1998.
- _____. *A Justiça Administrativa (Lições)*; 3ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 2000 (*)
- _____. *O Dever da Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*; Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra, 1992.

⁸²⁰ As obras identificadas com (*) foram consultadas a título de fonte secundária.

- _____. "Direitos e Garantias Fundamentais", in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional (1974 – 1987)*, coord. Mário Baptista Coelho, Instituto de Ciências Sociais – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989, pág. 685 e seg.
- ARAGON, Manuel; "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional"; *REDC*; Ano 6, n° 17; Maio – Agosto, 1986, pág. 85 e seg. (*)
- ASCENÇÃO, José de Oliveira; "Os acórdãos com força obrigatória e geral do Tribunal Constitucional como fontes de Direito"; in *Nos Dez Anos da Constituição*; Imprensa Nacional – Casa da Moeda; Lisboa; 1986, pág. 249 e seg.
- _____. "A Reserva Constitucional de Jurisdição", *OD*, Ano 123, n° 2 e 3, Abril– Setembro, 1991, pág. 465 e seg.
- BACHOF, Otto; "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política"; *BMDC*; n° 57; Set – Dec., 1986, pág. 837 e seg.
- _____. *Jueces y Constitución*; Taurus Ediciones; Madrid; 1985.
- _____. "Die Prüfungen und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz"; *AöR*; 1962; pág. 1 e seg.
- _____. *Verwaltungsrecht*, Band 1, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999 (Esta obra é da tem como co-autor HANS J. WOLFF).
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho; *Princípio de Subsidiariedade – Conceito e Evolução*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000. (*)
- BARENDT, Eric; "Separation of Powers and Constitutional Government"; *PL*; Winter, London, 1995, pág. 599 e seg. (*)
- BASTOS, Celso Antônio Ribeiro; *Curso de Direito Constitucional*; 20ª edição; Editora Saraiva; São Paulo; 1999.
- BENDA, Ernst e outros (MAIHOFFER, VOGEL, HESSE E HEYDE); *Manual de Derecho Constitucional*; 2ª edição; Editora Marcial Pons; Madrid; 2001.
- BONAVIDES, Paulo; *Do Estado Liberal ao Estado Social*; 6ª edição; Malheiros Editores; São Paulo; 1996.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 10ª edição, São Paulo, 2000;
- BRITO, Wladimir; "Sobre a Separação dos Poderes" (Policopiado); Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra; 1984;
- BROSSAD, Paulo; "A Constituição e as Leis a Ela Anteriores"; *AMJ*; Separata, Ano 45, n° 180; Julho – Dezembro, 1992, pág. 125 e seg..
- CAETANO, Marcelo; *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional, II*; 3ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 1961. (*)
- CALSAMIGLIA, Albert; "Justicia Eficiencia y Optimización de la Legislación"; *DA*; n° 218-219; Abril – Sept., Instituto Nacional de Administración Pública, 1989, pág. 113 e seg.
- CANAS, Vitalino; "Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional"; *PD*; n° 3-4; Ano III; 1985, pág. 93 e seg.
- _____. *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade Pelo Tribunal Constitucional – Natureza e Princípios Estruturantes*; Coimbra Editora; Coimbra; 1986 (*)
- _____. "Proporcionalidade (Princípio da)", *DJAP*, vol. VI, Lisboa 1994, pág. 591 e seg.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; "Fiscalização da Constitucionalidade e da legalidade"; *DJAP*; vol. IV; Lisboa; 1996, pág. 362 e seg.
- _____. "Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva"; in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*; I, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora; Coimbra; 1996, pág. 871 e seg.;
- _____. "Prefácio", in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*; Coimbra Editora; Coimbra; 2001 (texto também publicado em *REDC*, Ano 15, n° 43, Ene – Abril, 1995, pág. 9 e seg., sob o título "¿Revisar la/o Romper com la Constitución Dirigente? – Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo").
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*; 3ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 1999.

- _____. "Para uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático Português"; *RMP*; Ano nº 9; nº 33 e 34; Janeiro – Junho, 1988, pág. 9 e seg.
- _____. "Anotação" do Acórdão do Tribunal Constitucional de nº 1/97; *RLJ*; nº 3875 e 3876; pág. 96.
- _____. "Anotação" do Acórdão do Tribunal Constitucional de nº 24/98; *RLJ*; nº 3887 e 3888; pág. 91.
- _____. *Estado de Direito*; Cadernos Democráticos; nº 7, Dir. Mário Soares; Coleção Fundação Mário Soares; Edição Gradiva, Lisboa, 1997.
- _____. "A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional", in *Nos Dez Anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pág. 345 e seg.
- _____. "Direito, direitos, Tribunal, tribunais", in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional (1974 – 1987)*, coord. Mário Baptista Coelho, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1989, pág. 901 e seg. (*)
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Paulo Canelas de Castro; "Constitucionalidade do sistema da liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários, previsto e regulado no Decreto-Lei nº 30.689, de 27 de Agosto de 1940"; *RB*; nº 23; 1992, pág. 60 e seg.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Vital Moreira; *Constituição da República Portuguesa Anotada*; 3ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 1993.
- _____. *Fundamentos da Constituição*; Coimbra Editora; Coimbra; 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis do Direito Comparado*; Sérgio Antônio Fabris Editor; 2ª edição, Porto Alegre; 1999;
- _____. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'Justicia Constitucional'"; *REDC*; nº 17; 1986, pág. 9 e seg.
- CASSESE, Sabino; "El poder ejecutivo en los sistemas parlamentarios de gobierno"; *RVAP*; nº 34; 2, 1992, pág. 19 e seg. (*)
- CAUPERS, João; *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*; Lisboa; 1985.
- _____. *Direito Administrativo I*, Guia de Estudo Notícias Editorial, 4ª edição, Lisboa, 1999; (*)
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão; "Parecer"; *AMJN*; Ano XXIII, Rio de Janeiro; 1965, pág. 46 e seg.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; *A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*; Revista dos Tribunais; São Paulo; 1995. (*)
- CORRÊA, Oscar Dias; "Breves Observações sobre a Influência da Constituição Portuguesa na Constituição Brasileira de 1988"; in *Perspectivas Constitucionais dos 20 anos da Constituição de 1976*; vol. I, org. Jorge Miranda; Coimbra Editora; Coimbra; 1996, pág. 71 e seg.
- CORREIA, Fernando Alves; *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*; Dissertação de Doutoramento; Livraria Almedina; Coimbra; 1989.
- _____. "A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha – Encontros e Divergências"; *RLJ*; nº 3891 a 3893; ano 13; pág. 162 e seg.
- _____. "Relatório Geral da I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha", *DDC, Separata*, nº 71 e 72, 1998, pág. 37 e seg.
- CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto; *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*; Coimbra Editora; Coimbra, 1998;
- COSTA, Adroaldo Mesquita da; "Parecer", nº 184, de 07/05/1965, *AMJN*, Ano XXIII, nº 95, Setembro, 1965; pág. 41 e seg.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da; *A Jurisdição Constitucional em Portugal*; 2ª edição; *BFDUC, Separata*, Coimbra, 1992.
- COSTA, Joaquim Pedro F. Cardoso; "O Princípio da Reserva do Juiz face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa"; Dissertação de Mestrado; Faculdade de Direito; Coimbra, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*; 13ª edição; Editora Atlas; São Paulo; 2001.
- DOBROWOLSKI, Silvio; "Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução"; *RLJ*; nº 108; Ano 27, Outubro – Dezembro, Brasília; 1990, pág. 67 e seg. (*)

- DOGLIANI, Mario; "Riserva di Amministrazione"; *DP*; nº 3; CEDAM; 2000, pág. 673 e seg.
- EISENMANN, Charles; "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade"; *RDA*; Fundação Getúlio Vargas, vol. 56; 1959, Rio de Janeiro, pág. 47 e seg.
- ESTEVEZ, Maria da Assunção Andrade; *A Constitucionalização do Direito de Resistência*; Dissertação apresentada no curso de mestrado de Direito de Lisboa do ano lectivo de 1984/85; Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; Lisboa; 1989.
- ESTORNINHO, Maria João; *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*; colecção Teses; Livraria Almedina; Coimbra; 1996.
- FARIA, José Eduardo; "As Metamorfoses do Direito na reestruturação do Capitalismo"; *RMP*; nº 21º, Julho – Setembro, 2000, pág. 7 e seg.
- "Divisão dos poderes e constitucionalismo: virtudes e dilemas", *RMP*, Lisboa, ano 19, nº 73, Janeiro – Março, 1998, pág. 11 e seg.
- FERRAJOLI, Luigi; "Jurisdição e Democracia", *RMP*, Ano 18, nº 72, Outubro – Dezembro, 1997, pág. 11 e seg. (*)
- FLORES, António Carillo, "O Executivo e as Leis Inconstitucionais", *AMJNI*, Ano VII, nº 30, Junho, Rio de Janeiro, 1949, pág. 27 e seg.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias; *Da justiça Administrativa em Portugal – Sua Origem e Evolução*; Universidade Católica Editora; Lisboa; 1994;
- GARCIA DE LA ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*; Editorial Civitas; Madrid; 1982. (*)
- GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*; Editora Saraiva; São Paulo; 2000;
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑES, Santiago; *El Derecho Administrativo Privado*; Editorial Montecorvo; Madrid; 1996.
- HÄBERLE, PETER, *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- HESSE, Konrad; *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*; Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- _____. *A Força Normativa da Constituição*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio L.; "Seguridad jurídica y actuación administrativa" *DA*; nº 218-219, Abril – Sept., 1989; pág. 197 e seg.
- KADRI, Omar Francisco do Seixo; "O Executivo-Legisador: o Caso Brasileiro"; Dissertação de Mestrado; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra; 1999.
- KELLY, Rita Mae; "Productividad. Bienestar social y política pública; *DA*; nº 218-219; Abril-Sept., 1989; pág. 231 e seg.
- KELSEN, Hans; *Teoria Geral do Estado*; Arménio Amado Editor; Coimbra; 1938;(*)
- *Teoria Pura do Direito*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1984;(*)
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra; "Justiça Validade e Eficácia das normas Jurídicas" *RJVP*; nº 24, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_24/artigos/Art_Carlos.htm(*)
- LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*; Ediciones Ariel; Barcelona; 1964;
- LOPES, José Joaquim Almeida; "Princípios Constitucionais da Separação de Poderes, da 'Reserva de Juiz' e do Estado de Direito Democrático. Evolução do contencioso tributário aduaneiro"; *RDP*; Ano III, nº 5/6; Julho – Outubro, 1989, pág. 95 e seg. e 57 e seg., respectivamente.
- MAÇAS, Maria Fernanda dos Santos, "A Relevância Constitucional do Procedimento Cautelar para Suspensão Jurisdicional dos Actos Administrativos", *BFDUC, Separata*, LXIX. (*)
- MEDeiros, Rui; *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*; Universidade Católica Editora; Lisboa; 1999.
- _____. "Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional"; *OD*; nº121; 1989, pág 485 e seg.
- _____. *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos*; Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas; Livraria Almedina; Coimbra; 1992.

- MELLO, Antônio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*; 13 edição; Malheiros Editores; São Paulo; 2001.
- _____. "Legalidade/Discrecionalidade – Seus limites e controle", *RDP*, nº 86, Ano XXI, Abril – Junho, São Paulo, pág. 42 e seg. (*)
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira; "Lei 9868/99 – Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal"; *RJVP*, nº 6, Outubro/Novembro, 1999;
- _____. "Teoria da Legislação e Controle da Constitucionalidade: Algumas Notas"; *RJVP*, nº 6; 1999.
- _____. *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, Editora Saraiva; 3ª edição; São Paulo; 1999.
- _____. "O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas"; *RJVP*, nº 4; Agosto; 1999.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*; Celso Bastos Editor; São Paulo; 1998.
- _____. "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (I) (§ 1º do Art. 102 da Constituição Federal)", *RJVP*, nº 7, Dezembro, 1999.
- _____. "O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade", *AMJ*, vol. 48, nº 186, Julho – Dezembro, 1995, pág. 41 e seg.
- MIRANDA, Jorge; "A Nova Constituição Brasileira"; *OD*; ano 122; Janeiro – Março; 1990, pág. 148 e seg.
- _____. *Manual do Direito Constitucional*; Tomo II, IV e V; 3ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 2000.
- _____. "Inconstitucionalidade", *DJAP*; vol. V; Lisboa; 1993, pág. 177 e seg.
- _____. Art. 115º (Conformidade dos Actos com a Constituição), *Estudos sobre a Constituição*; Livraria Petrony; 1º vol. Lisboa; 1977, pág. 385 e seg.
- _____. "As Associações Públicas no Direito Português"; *RFDUL*; vol. XXVII; 1986, pág. 67 e seg. (*)
- _____. "Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Mestre Rui Medeiros", *DJ – RFDUCP*, Tomo 2, 1999, pág. 259 e seg.
- MODESTO, Paulo; "Notas para um debate sobre o Princípio da Eficiência"; *RIP*; Ano 2, nº 7, Julho – Setembro, 2000, São Paulo; pág. 65 e seg. (*)
- MONCADA, Luís Cabral de; "Direito Público e Eficácia"; *EeD*; Separata; Lisboa; 1997.
- MONCADA ZAPATA, Juan Carlos; "Control Constitucional y Separación de Poderes en el Mundo Contemporáneo"; *ED*; Medellín, Ano 60, vol. 57, nº 129; Maio, 1998, pág. 13 e seg.
- MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros; "O Argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo"; *RF*; vol. 284; Ano 79, Outubro – Dezembro, Rio de Janeiro. 1983, pág. 101 e seg.
- MORAES, Alexandre de; *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*; Atlas SA; São Paulo; 2000.
- MORAES, Germana de Oliveira; *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*; Editora Dialética; São Paulo; 1998. (*)
- MOREIRA, Egon Bockmann; *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*; Malheiros Editores; São Paulo; 2000.
- MOREIRA, Vital; "Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional"; in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*; Coimbra Editora; Coimbra; 1995, pág. 177 e seg.
- _____. *Administração Autônoma e Associações Públicas*; Coimbra Editora; Coimbra; 1997.
- _____. "As Ordens Profissionais: entre o organismo público e o sindicato"; *Separata da RMP*; nº 73; 1998, pág. 30 e seg.
- _____. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*; Livraria Almedina; Coimbra; 1997.

- _____. "Constituição e Direito Administrativo (A Constituição Administrativa Portuguesa)"; *AB VNO AD OMNES*; encarte dos 75 anos da Coimbra Editora; Coimbra; 1995.
- _____. "Sumários das Lições – Guia de Estudo de Direito Administrativo", Ano Lectivo 1999/2000, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado;
- NABAIS, José Casalta; "Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional"; *BFDUC*; vol. LXV; pág. 61 e seg.
- _____. "Os Direitos na Constituição Portuguesa", *BMJ*, nº 400, 1990, pág. 17 e seg.
- NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery; *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*; 5ª edição; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 2001. (*)
- NETTO, José Manuel Alvim; "O equilíbrio dos Poderes e o Judiciário"; *RDP*; vol. 13; Julho – Setembro, São Paulo; 1970, pág. 69 e seg. (*)
- NÓBREGA, Aírton Rocha da; "O Princípio Constitucional da Eficácia"; *BDP*; web: http://users.cmg.com.br/~bpdir/nartigo_06.htm; 27/05/2001. (*)
- NOVAIS, Jorge Reis; *Separação dos Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*; Lex; Lisboa; 1997.
- OLIVIERA, Isabel; "A Arbitragem do Consumo"; *Estudos de Direito do Consumidor*; Centro de Direito do Consumo; nº 2; Coimbra, 2000, pág. 372 e seg.
- OTERO, Paulo; *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*; Lex Edições Jurídicas; Lisboa; 1993.
- _____. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*; Coimbra Editora; Coimbra; 1992.
- _____. "Hierarquia Administrativa"; *DJAP*; vol. V, pág. 66 e seg.
- _____. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Lex Edições, 1995.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; "La Eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública" *DA*; nº 218-219; Abril – Sept., 1989, pág. 15 e seg.;
- _____. "La Constitución y las Leyes Preconstitucionales. El Problema de la Derogación e La Llamada Inconstitucionalidad Sobrevenida"; *RAP*; nº 94, Janeiro – Abril, 1981, pág. 201 e seg. (*)
- PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz; "A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos, Liberdades e Garantias"; *DDC*; nº 33/34; 1988, pág. 479 e seg.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*; Editora Atlas; São Paulo; 2000.
- PEREIRA, André Gonçalves e Fausto Quadros; *Manual de Direito Internacional Público*; 3ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 2000.
- PERTENCE, Sepúlveda; "Ação Direita de Inconstitucionalidade e as Normas Anteriores: as Razões dos Vencidos"; *AMJ*; Ano 45, nº 180; Julho – Dezembro, 1992, pág. 149 e seg.
- PIÇARRA, Nuno; "A Separação dos Poderes na Constituição de 76 – Alguns Aspectos"; in *Nos Dez Anos da Constituição*; org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda; Lisboa; 1986, pág. 143 e seg.
- _____. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*; Coimbra Editora; Coimbra; 1989.
- _____. "A reserva de administração"; *OD*; nº 122; nº 3 e 4, Abril – Junho, e Julho – Dezembro, pág. 325 e seg., e pág. 571 e seg., respectivamente;
- PIRES, Francisco Lucas; "Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria"; in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*; pág. 169 a 175; Coimbra Editora; Coimbra; 1995, pág. 169 e seg. (*)
- _____. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu – Seu Sentido, Problemas e Limites* – Livraria Almedina, Coimbra, 1997.
- POLETTI, Ronaldo; *Controle da Constitucionalidade das Leis*; 2ª edição; Editora Forense; Rio de Janeiro; 2000.

- POMODORO, Sergio; "Di um Sindicato degli organi amministrativi sulla contituzionalità delle leggi"; *RTDP*; Ano IX; Milano, 1959, pág. 529 e seg. (*)
- QUEIRO, Afonso Rodrigues; "A Função Administrativa"; *RDES*; nº 1 a 3; Ano XXIV, Janeiro – Setembro, 1977, pág. 1 e seg.
- _____. "Competência"; *DJAP*; vol. II; pág. 535 e seg.
- RAMOS, Elvial da Silva; *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*; Editora Saraiva; São Paulo; 1994.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; *O Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil – Filosofia e Dimensões Jurídico-Políticas*; Celso Bastos Editor; São Paulo; 2000.
- RANGEL, Paulo Castro; *Reserva de Jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*; Universidade Católica Editora; Porto; 1997.
- *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo; *O Princípio da Imparcialidade na Administração Pública*; Livraria Almedina, Coimbra; 1996.
- RIBEIRO, Vinício A. P.; *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*; Coimbra Editora; Coimbra; 1979.
- RIVERO, Jean; *Direito Administrativo*; Livraria Almedina; Coimbra; 1981. (*)
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; *Princípios Constitucionais da Administração Pública*; Editora Del Rey; Belo Horizonte; 1994.
- RODRIGUES, Cunha; "Ministério Público"; *DJAP*; vol V, pág. 503 e seg.
- RUBIO LLORENTE, Francisco; "El Principio de la Legalidad"; *REDC*; nº 39; Ano 13, Sept. – Dic, 1993, pág. 9 e seg.
- SALA ARQUER, José Manuel; "El Estado Neutral. Contribución al Estudio de las Administraciones Independientes"; *Civitas; REDA*; nº 42; 1984, pag. 401 e seg. (*)
- SANCHEZ AGESTA, Luis; "División de poderes y poder de autoridad del derecho"; *REDC*; nº 25 Ano 9, Ener. – Abril; pág 12; 1989, pág. 5 e seg.
- SANCHEZ-PESCADOR, Liborio; "Seguridad jurídica y actuación administrativa"; *DA*; nº 218-219; Abril – Sept., 1989, pág. 197 e seg.;
- SARAIVA, Oscar; "Paracer"; *RF*; Ano XLV; vol. CXVI; Fascículo 537; Rio de Janeiro; 1948, pág. 42 e seg.
- SARLET, Ingo Wolfgang; *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*; Livraria do Advogado; Porto Alegre; 1998.
- SCHÄFFER, Heinz; "Racionalización y creación del Derecho"; *DA*; 218-219; Abril – Sept, 1989, pág. 153 e seg.
- SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*; Alianza Editorial; Madrid; 1982.
- SCHNEIDER, Hans Peter; *Democracia y Constitución*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1991.
- SILVA, Almiro do Couto e; "Os Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo"; *RPGE*; nº 46; vol. 18, Porto Alegre, 1988, pág. 11 e seg.
- SILVA, José Afonso da; *Curso de Direito Constitucional Positivo*; Editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 1990.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Malheiros Editores, 3ª edição, São Paulo, 1998.
- SMEND, Rudolf; *Constitución y Derecho Constitucional*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1985. (*)
- SOARES, Rogério; *Direito Público e Sociedade Técnica*; Atlântica Editorial; Coimbra; 1969.
- _____. "Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva"; *BFDUC*; vol LVII, 1981, pág. 167 e seg.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José; "Sobre el Principio de la Separación de Poderes"; *REP*; Nueva Época, nº 24; 1981, pág. 215 e seg. (*)

- SORIANO GARCIA, José Eugênio; *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1993 (*).
- SOUSA, António Francisco de; “Estado de Direito – Estado de Justiça”; *EeD*; n° 12; 2º semestre, 1993, pág. 95 e seg.; (*)
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*; Lisboa; 1988.
- _____. “Inexistência Jurídica”, *DJAP*, vol. V; pág. 231 e seg.
- _____. *Lições de Direito Administrativo*; vol. 1; Lex Edições; Lisboa; 1999.
- STOBER, Rolf; *Derecho Administrativo Económico*; Ministério para las Administraciones Públicas; Madrid; 1992.
- TALAVERA PLEGUEZUELOS, Clemente; *Calidad total en la Administración Pública*; CEMCI; Temas de Administración Local; Granada; 1999. (*)
- TELES, Miguel Galvão; – “Inconstitucionalidade Pretérita”; in *Nos Dez Anos da Constituição*; Imprensa Nacional – Casa da Moeda; Lisboa; 1996, pág. 265 e seg.;
- VAIANO, Diogo; *La Riserva di Funzione Amministrativa*; Giuffrè; Milano; 1996. (*)
- VELOSO, Zeno; *Controle Jurisdiccional de Constitucionalidade*; 2ª edição, Editora Cejup; Belém; 2000.
- VIEIRA, Roberto; “O princípio da Legalidade da Administração”; *RDP*; n° 97; Ano 24, Janeiro – Março, 1991, São Paulo, pág. 143 e seg.
- WEBER, Albrecht; “La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación”; *REDC*; n° 17; Maio – Agosto, 1989, pág. 47 e seg.
- ZIPPELIUS, Reinhold; *Teoria Geral do Estado*; Fundação Calouste Gulbenkian; Lisboa; 1997.

SITES VISITADOS

<http://www.primeiro-ministro.gov.pt/gb-cap1-6.html>; 27/05/2001

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista.htm

web: http://users.cmg.com.br/~bpdn/nartigo_06.htm; 27/05/2001

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_24/artigos/Art_Carlos.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rer_06/processo_julgamento.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista_04/efeito_vinculante.htm

ANEXO

Constituição da República Portuguesa

V REVISÃO CONSTITUCIONAL

PREÂMBULO

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa:

Princípios fundamentais

Artigo 1.º

(República Portuguesa)

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Artigo 2.º

(Estado de direito democrático)

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Artigo 3.º

(Soberania e legalidade)

1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.

2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Artigo 4.º

(Cidadania portuguesa)

São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.

Artigo 5.º

(Território)

1. Portugal abrange o território historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira.

2. A lei define a extensão e o limite das águas territoriais, a zona económica exclusiva e os direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos.

3. O Estado não aliena qualquer parte do território português ou dos direitos de soberania que sobre ele exerce, sem prejuízo da rectificação de fronteiras.

Artigo 6º

(Estado unitário)

1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autónómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.

2. Os arquipélagos dos Açores e da Madeira constituem regiões autónomas dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprio.

Artigo 7º

(Relações internacionais)

1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

2. Portugal preconiza a abolição do imperialismo, do colonialismo e de quaisquer outras formas de agressão, domínio e exploração nas relações entre os povos, bem como o desarmamento geral, simultâneo e controlado, a dissolução dos blocos político-militares e o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos.

3. Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão.

4. Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa.

5. Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da acção dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos.

6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social e de um espaço de liberdade, segurança e justiça, convencionar o exercício em comum ou em cooperação dos poderes necessários à construção da união europeia.

7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

Artigo 8º

(Direito internacional)

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

Artigo 9º
(Tarefas fundamentais do Estado)

São tarefas fundamentais do Estado:

- a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam;
- b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;
- c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;
- d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;
- e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;
- f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa;
- g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;
- h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

Artigo 10º
(Sufrágio universal e partidos políticos)

- 1. O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição.
- 2. Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional, da unidade do Estado e da democracia política.

Artigo 11º
(Símbolos nacionais e língua oficial)

- 1. A Bandeira Nacional, símbolo da soberania da República, da independência, unidade e integridade de Portugal, é a adoptada pela República instaurada pela Revolução de 5 de Outubro de 1910.
- 2. O Hino Nacional é A Portuguesa.
- 3. A língua oficial é o Português.

PARTE I
Direitos e deveres fundamentais

TÍTULO I
Princípios gerais

Artigo 12º
(Princípio da universalidade)

- 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.
- 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

Artigo 13º
(Princípio da igualdade)

- 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
- 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Artigo 14º
(Portugueses no estrangeiro)

Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país.

Artigo 15º
(Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus)

1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.

4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.

5. A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu.

Artigo 16º
(Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Artigo 17º
(Regime dos direitos, liberdades e garantias)

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

Artigo 18º
(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Artigo 19º
(Suspensão do exercício de direitos)

1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição.

2. O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública.

3. O estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos.

4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

5. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites.

6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

7. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares.

8. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Artigo 20º

(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Artigo 21º

(Direito de resistência)

Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Artigo 22º

(Responsabilidade das entidades públicas)

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Artigo 23º
(Provedor de Justiça)

1. Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.

3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.

4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.

TÍTULO II
Direitos, liberdades e garantias
CAPÍTULO I
Direitos, liberdades e garantias pessoais

Artigo 24º
(Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte.

Artigo 25º
(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 26º
(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

Artigo 27º
(Direito à liberdade e à segurança)

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.
2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.
3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:
 - a) Detenção em flagrante delito;
 - b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;

c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.

5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

Artigo 28º

(Prisão preventiva)

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

2. A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.

3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados.

4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.

Artigo 29º

(Aplicação da lei criminal)

1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.

2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.

3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.

4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.

5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos.

Artigo 30º

(Limites das penas e das medidas de segurança)

1. Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

2. Em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liber-

dade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial.

3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão.

4. Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.

5. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.

Artigo 31º

(Habeas corpus)

1. Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente.

2. A providência de *habeas corpus* pode ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos.

3. O juiz decidirá no prazo de oito dias o pedido de *habeas corpus* em audiência contraditória.

Artigo 32º

(Garantias de processo criminal)

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.

5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento.

7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.

10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Artigo 33º

(Expulsão, extradição e direito de asilo)

1. Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional.

2. A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência, ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão.

3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.

4. Só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada.

5. O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia.

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

7. A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial.

8. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

9. A lei define o estatuto do refugiado político.

Artigo 34º

(Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Artigo 35º

(Utilização da informática)

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.

2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.

3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

Artigo 36º
(Família, casamento e filiação)

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.

Artigo 37º
(Liberdade de expressão e informação)

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

Artigo 38º
(Liberdade de imprensa e meios de comunicação social)

1. É garantida a liberdade de imprensa.
2. A liberdade de imprensa implica:
 - a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;
 - b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção;
 - c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.
3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.
4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.
5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão.

6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.

Artigo 39º

(Alta Autoridade para a Comunicação Social)

1. O direito à informação, a liberdade de imprensa e a independência dos meios de comunicação social perante o poder político e o poder económico, bem como a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião e o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política, são assegurados por uma Alta Autoridade para a Comunicação Social.

2. A lei define as demais funções e competências da Alta Autoridade para a Comunicação Social e regula o seu funcionamento.

3. A Alta Autoridade para a Comunicação Social é um órgão independente, constituído por onze membros, nos termos da lei, com inclusão obrigatória:

- a) De um magistrado, designado pelo Conselho Superior da Magistratura, que preside;
- b) De cinco membros eleitos pela Assembleia da República segundo o sistema proporcional e o método da média mais alta de Hondt;
- c) De um membro designado pelo Governo;
- d) De quatro elementos representativos da opinião pública, da comunicação social e da cultura.

4. A Alta Autoridade para a Comunicação Social intervém nos processos de licenciamento de estações emissoras de rádio e de televisão, nos termos da lei.

5. A Alta Autoridade para a Comunicação Social intervém na nomeação e exoneração dos directores dos órgãos de comunicação social públicos, nos termos da lei.

Artigo 40º

(Direitos de antena, de resposta e de réplica política)

1. Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão.

2. Os partidos políticos representados na Assembleia da República, e que não façam parte do Governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas assembleias legislativas regionais.

3. Nos períodos eleitorais os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei.

Artigo 41º

(Liberdade de consciência, de religião e de culto)

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.

2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.

3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.

4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.

5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.

6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei.

Artigo 42º

(Liberdade de criação cultural)

1. É livre a criação intelectual, artística e científica.

2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.

Artigo 43º

(Liberdade de aprender e ensinar)

1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar.

2. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.

3. O ensino público não será confessional.

4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.

Artigo 44º

(Direito de deslocação e de emigração)

1. A todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional.

2. A todos é garantido o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar.

Artigo 45º

(Direito de reunião e de manifestação)

1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização.

2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.

Artigo 46º

(Liberdade de associação)

1. Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.

2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial.

3. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela.

4. Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.

Artigo 47º

(Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública)

1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

CAPÍTULO II

Direitos, liberdades e garantias de participação política

Artigo 48º

(Participação na vida pública)

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

2. Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos.

Artigo 49º

(Direito de sufrágio)

1. Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral.

2. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico.

Artigo 50º

(Direito de acesso a cargos públicos)

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos.

2. Ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos.

3. No acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos.

Artigo 51º

(Associações e partidos políticos)

1. A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político.

2. Ninguém pode estar inscrito simultaneamente em mais de um partido político nem ser privado do exercício de qualquer direito por estar ou deixar de estar inscrito em algum partido legalmente constituído.

3. Os partidos políticos não podem, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões directamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos nacionais ou religiosos.

4. Não podem constituir-se partidos que, pela sua designação ou pelos seus objectivos programáticos, tenham índole ou âmbito regional.

5. Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros.

6. A lei estabelece as regras de financiamento dos partidos políticos, nomeadamente quanto aos requisitos e limites do financiamento público, bem como às exigências de publicidade do seu património e das suas contas.

Artigo 52º

(Direito de petição e direito de acção popular)

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, reclamações, queixas ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

CAPÍTULO III

Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores

Artigo 53º

(Segurança no emprego)

É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

Artigo 54º

(Comissões de trabalhadores)

1. É direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa.

2. Os trabalhadores deliberam a constituição, aprovam os estatutos e elegem, por voto directo e secreto, os membros das comissões de trabalhadores.

3. Podem ser criadas comissões coordenadoras para melhor intervenção na reestruturação económica e por forma a garantir os interesses dos trabalhadores.

4. Os membros das comissões gozam da protecção legal reconhecida aos delegados sindicais.

5. Constituem direitos das comissões de trabalhadores:

a) Receber todas as informações necessárias ao exercício da sua actividade;

b) Exercer o controlo de gestão nas empresas;

c) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho;

d) Participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector;

e) Gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa;

f) Promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas, nos termos da lei.

Artigo 55º

(Liberdade sindical)

1. É reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses.

2. No exercício da liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente:

a) A liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis;

b) A liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotas para sindicato em que não esteja inscrito;

c) A liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais;

d) O direito de exercício de actividade sindical na empresa;

e) O direito de tendência, nas formas que os respectivos estatutos determinarem.

3. As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem

sujeição a qualquer autorização ou homologação, e assentes na participação activa dos trabalhadores em todos os aspectos da actividade sindical.

4. As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras.

5. As associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais.

6. Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.

Artigo 56º

(Direitos das associações sindicais e contratação colectiva)

1. Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.

2. Constituem direitos das associações sindicais:

- a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;
- b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
- c) Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
- d) Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
- e) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.

3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei.

4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas.

Artigo 57º

(Direito à greve e proibição do lock-out)

1. É garantido o direito à greve.

2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.

3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis.

4. É proibido o lock-out.

TÍTULO III

Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

CAPÍTULO I

Direitos e deveres económicos

Artigo 58º

(Direito ao trabalho)

1. Todos têm direito ao trabalho.

2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

- a) A execução de políticas de pleno emprego;
- b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;
- c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.

Artigo 59º
(Direitos dos trabalhadores)

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

- a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;
- b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar;
- c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde;
- d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;
- e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego;
- f) À assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.

2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente:

- a) O estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento;
 - b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho;
 - c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas;
 - d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais;
 - e) A protecção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes;
 - f) A protecção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes.
3. Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.

Artigo 60º
(Direitos dos consumidores)

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.

Artigo 61º
(Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária)

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos.

3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas.

4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública.

5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.

Artigo 62º

(Direito de propriedade privada)

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

CAPÍTULO II

Direitos e deveres sociais

Artigo 63º

(Segurança social e solidariedade)

1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado.

5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do nº 2 do artigo 67º, no artigo 69º, na alínea e) do nº 1 do artigo 70º e nos artigos 71º e 72º.

Artigo 64º

(Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;

- e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

Artigo 65º

(Habitação e urbanismo)

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.
2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:
- a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;
 - b) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;
 - c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;
 - d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.
3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.
4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística.
5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

Artigo 66º

(Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:
- a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
 - b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
 - c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
 - d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
 - e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;
 - f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;

- g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
- h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

Artigo 67º

(Família)

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

- a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
- b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade;
- c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
- d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;
- e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;
- f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares;
- g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado.

Artigo 68º

(Paternidade e maternidade)

1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.

2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.

3. As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.

4. A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

Artigo 69º

(Infância)

1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

Artigo 70º

(Juventude)

1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente:

- a) No ensino, na formação profissional e na cultura;
- b) No acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social;
- c) No acesso à habitação;
- d) Na educação física e no desporto;

e) No aproveitamento dos tempos livres.

2. A política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade.

3. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude.

Artigo 71º

(Cidadãos portadores de deficiência)

1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.

3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência.

Artigo 72º

(Terceira idade)

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem o isolamento ou a marginalização social.

2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.

CAPÍTULO III

Direitos e deveres culturais

Artigo 73º

(Educação, cultura e ciência)

1. Todos têm direito à educação e à cultura.

2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.

3. O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.

4. A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas.

Artigo 74º

(Ensino)

1. Todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar.

2. Na realização da política de ensino incumbe ao Estado:
- a) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;
 - b) Criar um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar;
 - c) Garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo;
 - d) Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;
 - e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino;
 - f) Inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das actividades económicas, sociais e culturais;
 - g) Promover e apoiar o acesso dos cidadãos portadores de deficiência ao ensino e apoiar o ensino especial, quando necessário;
 - h) Proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação e da igualdade de oportunidades;
 - i) Assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa;
 - j) Assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para efectivação do direito ao ensino.

Artigo 75º

(Ensino público, particular e cooperativo)

1. O Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população.
2. O Estado reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei.

Artigo 76º

(Universidade e acesso ao ensino superior)

1. O regime de acesso à Universidade e às demais instituições do ensino superior garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país.
2. As universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino.

Artigo 77º

(Participação democrática no ensino)

1. Os professores e alunos têm o direito de participar na gestão democrática das escolas, nos termos da lei.
2. A lei regula as formas de participação das associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino.

Artigo 78º

(Fruição e criação cultural)

1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.
2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:
 - a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio;
 - b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;
 - c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum;
 - d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
 - e) Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.

Artigo 79º
(Cultura física e desporto)

1. Todos têm direito à cultura física e ao desporto.
2. Incumbe ao Estado, em colaboração com as escolas e as associações e colectividades desportivas, promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto.

PARTE II
Organização económica

TÍTULO I

Princípios gerais

Artigo 80º
(Princípios fundamentais)

- A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:
- a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático;
 - b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
 - c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista;
 - d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo;
 - e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;
 - f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
 - g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais.

Artigo 81º
(Incumbências prioritárias do Estado)

- Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:
- a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável;
 - b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal;
 - c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público;
 - d) Orientar o desenvolvimento económico e social no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo;
 - e) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;
 - f) Desenvolver as relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país;
 - g) Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio;
 - h) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores;
 - i) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social;
 - j) Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país;

l) Adotar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional;

m) Adotar uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos.

Artigo 82º

(Sectores de propriedade dos meios de produção)

1. É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção.
2. O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas.
3. O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte.
4. O sector cooperativo e social compreende especificamente:
 - a) Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza;
 - b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais;
 - c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores;
 - d) Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista.

Artigo 83º

(Requisitos de apropriação pública)

A lei determina os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização.

Artigo 84º

(Domínio público)

1. Pertencem ao domínio público:
 - a) As águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos;
 - b) As camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário;
 - c) Os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com excepção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção;
 - d) As estradas;
 - e) As linhas férreas nacionais;
 - f) Outros bens como tal classificados por lei.
2. A lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites.

Artigo 85º

(Cooperativas e experiências de autogestão)

1. O Estado estimula e apoia a criação e a actividade de cooperativas.
2. A lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico.
3. São apoiadas pelo Estado as experiências viáveis de autogestão.

Artigo 86°
(Empresas privadas)

1. O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.

2. O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial.

3. A lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.

Artigo 87°
(Actividade económica e investimentos estrangeiros)

A lei disciplinará a actividade económica e os investimentos por parte de pessoas singulares ou colectivas estrangeiras, a fim de garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país e defender a independência nacional e os interesses dos trabalhadores.

Artigo 88°
(Meios de produção em abandono)

1. Os meios de produção em abandono podem ser expropriados em condições a fixar pela lei, que terá em devida conta a situação específica da propriedade dos trabalhadores emigrantes.

2. Os meios de produção em abandono injustificado podem ainda ser objecto de arrendamento ou de concessão de exploração compulsivos, em condições a fixar por lei.

Artigo 89°
(Participação dos trabalhadores na gestão)

Nas unidades de produção do sector público é assegurada uma participação efectiva dos trabalhadores na respectiva gestão.

TÍTULO II
Planos

Artigo 90°
(Objectivos dos planos)

Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objectivo promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português.

Artigo 91°
(Elaboração e execução dos planos)

1. Os planos nacionais são elaborados de harmonia com as respectivas leis das grandes opções, podendo integrar programas específicos de âmbito territorial e de natureza sectorial.

2. As propostas de lei das grandes opções são acompanhadas de relatórios que as fundamentem.

3. A execução dos planos nacionais é descentralizada, regional e sectorialmente.

Artigo 92°
(Conselho Económico e Social)

1. O Conselho Económico e Social é o órgão de consulta e concertação no domínio das políticas económica e social, participa na elaboração das propostas das grandes opções e dos planos de desenvolvimento económico e social e exerce as demais funções que lhe sejam atribuídas por lei.

2. A lei define a composição do Conselho Económico e Social, do qual farão parte, designadamente, representantes do Governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das actividades económicas e das famílias, das regiões autónomas e das autarquias locais.

3. A lei define ainda a organização e o funcionamento do Conselho Económico e Social, bem como o estatuto dos seus membros.

TÍTULO III **Políticas agrícola, comercial e industrial**

Artigo 93º **(Objectivos da política agrícola)**

1. São objectivos da política agrícola:

a) Aumentar a produção e a produtividade da agricultura, dotando-a das infra-estruturas e dos meios humanos, técnicos e financeiros adequados, tendentes ao reforço da competitividade e a assegurar a qualidade dos produtos, a sua eficaz comercialização, o melhor abastecimento do país e o incremento da exportação;

b) Promover a melhoria da situação económica, social e cultural dos trabalhadores rurais e dos agricultores, o desenvolvimento do mundo rural, a racionalização das estruturas fundiárias, a modernização do tecido empresarial e o acesso à propriedade ou à posse da terra e demais meios de produção directamente utilizados na sua exploração por parte daqueles que a trabalham;

c) Criar as condições necessárias para atingir a igualdade efectiva dos que trabalham na agricultura com os demais trabalhadores e evitar que o sector agrícola seja desfavorecido nas relações de troca com os outros sectores;

d) Assegurar o uso e a gestão racionais dos solos e dos restantes recursos naturais, bem como a manutenção da sua capacidade de regeneração;

e) Incentivar o associativismo dos agricultores e a exploração directa da terra.

2. O Estado promoverá uma política de ordenamento e reconversão agrária e de desenvolvimento florestal, de acordo com os condicionalismos ecológicos e sociais do país.

Artigo 94º **(Eliminação dos latifúndios)**

1. O redimensionamento das unidades de exploração agrícola que tenham dimensão excessiva do ponto de vista dos objectivos da política agrícola será regulado por lei, que deverá prever, em caso de expropriação, o direito do proprietário à correspondente indemnização e à reserva de área suficiente para a viabilidade e a racionalidade da sua própria exploração.

2. As terras expropriadas serão entregues a título de propriedade ou de posse, nos termos da lei, a pequenos agricultores, de preferência integrados em unidades de exploração familiar, a cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores ou a outras formas de exploração por trabalhadores, sem prejuízo da estipulação de um período probatório da efectividade e da racionalidade da respectiva exploração antes da outorga da propriedade plena.

Artigo 95º **(Redimensionamento do minifúndio)**

Sem prejuízo do direito de propriedade, o Estado promoverá, nos termos da lei, o redimensionamento das unidades de exploração agrícola com dimensão inferior à adequada do ponto de vista dos objectivos da política agrícola, nomeadamente através de incentivos jurídicos, fiscais e creditícios à sua integração estrutural ou meramente económica, designadamente cooperativa, ou por recurso a medidas de emparcelamento.

Artigo 96º **(Formas de exploração de terra alheia)**

1. Os regimes de arrendamento e de outras formas de exploração de terra alheia serão regulados por lei de modo a garantir a estabilidade e os legítimos interesses do cultivador.

2. São proibidos os regimes de aforamento e colónia e serão criadas condições aos cultivadores para a efectiva abolição do regime de parceria agrícola.

Artigo 97º

(Auxílio do Estado)

1. Na prossecução dos objectivos da política agrícola o Estado apoiará preferencialmente os pequenos e médios agricultores, nomeadamente quando integrados em unidades de exploração familiar, individualmente ou associados em cooperativas, bem como as cooperativas de trabalhadores agrícolas e outras formas de exploração por trabalhadores.

2. O apoio do Estado compreende, designadamente:

- a) Concessão de assistência técnica;
- b) Criação de formas de apoio à comercialização a montante e a jusante da produção;
- c) Apoio à cobertura de riscos resultantes dos acidentes climáticos e fitopatológicos imprevisíveis ou incontroláveis;
- d) Estímulos ao associativismo dos trabalhadores rurais e dos agricultores, nomeadamente à constituição por eles de cooperativas de produção, de compra, de venda, de transformação e de serviços e ainda de outras formas de exploração por trabalhadores.

Artigo 98º

(Participação na definição da política agrícola)

Na definição da política agrícola é assegurada a participação dos trabalhadores rurais e dos agricultores através das suas organizações representativas.

Artigo 99º

(Objectivos da política comercial)

São objectivos da política comercial:

- a) A concorrência salutar dos agentes mercantis;
- b) A racionalização dos circuitos de distribuição;
- c) O combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas;
- d) O desenvolvimento e a diversificação das relações económicas externas;
- e) A protecção dos consumidores.

Artigo 100º

(Objectivos da política industrial)

São objectivos da política industrial:

- a) O aumento da produção industrial num quadro de modernização e ajustamento de interesses sociais e económicos e de integração internacional da economia portuguesa;
- b) O reforço da inovação industrial e tecnológica;
- c) O aumento da competitividade e da produtividade das empresas industriais;
- d) O apoio às pequenas e médias empresas e, em geral, às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportação ou de substituição de importações;
- e) O apoio à projecção internacional das empresas portuguesas.

TÍTULO IV

Sistema financeiro e fiscal

Artigo 101º

(Sistema financeiro)

O sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social.

Artigo 102º

(Banco de Portugal)

O Banco de Portugal é o banco central nacional e exerce as suas funções nos termos da lei e das normas internacionais a que o Estado Português se vincule.

Artigo 103º
(Sistema fiscal)

1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.

Artigo 104º
(Impostos)

1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

2. A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real.

3. A tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos.

4. A tributação do consumo visa adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo.

Artigo 105º
(Orçamento)

1. O Orçamento do Estado contém:

a) A discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços autónomos;

b) O orçamento da segurança social.

2. O Orçamento é elaborado de harmonia com as grandes opções em matéria de planeamento e tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato.

3. O Orçamento é unitário e especifica as despesas segundo a respectiva classificação orgânica e funcional, de modo a impedir a existência de dotações e fundos secretos, podendo ainda ser estruturado por programas.

4. O Orçamento prevê as receitas necessárias para cobrir as despesas, definindo a lei as regras da sua execução, as condições a que deverá obedecer o recurso ao crédito público e os critérios que deverão presidir às alterações que, durante a execução, poderão ser introduzidas pelo Governo nas rubricas de classificação orgânica no âmbito de cada programa orçamental aprovado pela Assembleia da República, tendo em vista a sua plena realização.

Artigo 106º
(Elaboração do Orçamento)

1. A lei do Orçamento é elaborada, organizada, votada e executada, anualmente, de acordo com a respectiva lei de enquadramento, que incluirá o regime atinente à elaboração e execução dos orçamentos dos fundos e serviços autónomos.

2. A proposta de Orçamento é apresentada e votada nos prazos fixados na lei, a qual prevê os procedimentos a adoptar quando aqueles não puderem ser cumpridos.

3. A proposta de Orçamento é acompanhada de relatórios sobre:

a) A previsão da evolução dos principais agregados macroeconómicos com influência no Orçamento, bem como da evolução da massa monetária e suas contrapartidas;

b) A justificação das variações de previsões das receitas e despesas relativamente ao Orçamento anterior;

c) A dívida pública, as operações de tesouraria e as contas do Tesouro;

d) A situação dos fundos e serviços autónomos;

e) As transferências de verbas para as regiões autónomas e as autarquias locais;

f) As transferências financeiras entre Portugal e o exterior com incidência na proposta do Orçamento;

g) Os benefícios fiscais e a estimativa da receita cessante.

Artigo 107º
(Fiscalização)

A execução do Orçamento será fiscalizada pelo Tribunal de Contas e pela Assembleia da República, que, precedendo parecer daquele tribunal, apreciará e aprovará a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social.

PARTE III
Organização do poder político

TÍTULO I
Princípios gerais

Artigo 108º
(Titularidade e exercício do poder)

O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição.

Artigo 109º
(Participação política dos cidadãos)

A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.

Artigo 110º
(Órgãos de soberania)

1. São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais.

2. A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição.

Artigo 111º
(Separação e interdependência)

1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição.

2. Nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei.

Artigo 112º
(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.

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.

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 os princípios fundamentais das leis gerais da República, sem prejuízo do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 227º.

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 decretarem.

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.

Artigo 113º

(Princípios gerais de direito eleitoral)

1. O sufrágio directo, secreto e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania, das regiões autónomas e do poder local.

2. O recenseamento eleitoral é officioso, obrigatório, permanente e único para todas as eleições por sufrágio directo e universal, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 15º e no n.º 2 do artigo 121º.

3. As campanhas eleitorais regem-se pelos seguintes princípios:

a) Liberdade de propaganda;

b) Igualdade de oportunidades e de tratamento das diversas candidaturas;

c) Imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas;

d) Transparência e fiscalização das contas eleitorais.

4. Os cidadãos têm o dever de colaborar com a administração eleitoral, nas formas previstas na lei.

5. A conversão dos votos em mandatos far-se-á de harmonia com o princípio da representação proporcional.

6. No acto de dissolução de órgãos colegiais baseados no sufrágio directo tem de ser marcada a data das novas eleições, que se realizarão nos sessenta dias seguintes e pela lei eleitoral vigente ao tempo da dissolução, sob pena de inexistência jurídica daquele acto.

7. O julgamento da regularidade e da validade dos actos de processo eleitoral compete aos tribunais.

Artigo 114º

(Partidos políticos e direito de oposição)

1. Os partidos políticos participam nos órgãos baseados no sufrágio universal e directo, de acordo com a sua representatividade eleitoral.

2. É reconhecido às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei.

3. Os partidos políticos representados na Assembleia da República e que não façam parte do Governo gozam, designadamente, do direito de serem informados regular e directamente pelo Governo sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público, de igual direito gozando os partidos políticos representados nas assembleias legislativas regionais e em quaisquer outras assembleias designadas por eleição directa relativamente aos correspondentes executivos de que não façam parte.

Artigo 115º

(Referendo)

1. Os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, através de referendo, por decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembleia da República ou do Governo, em matérias das respectivas competências, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei.

2. O referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida à Assembleia da República, que será apresentada e apreciada nos termos e nos prazos fixados por lei.

3. O referendo só pode ter por objecto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo.

4. São excluídas do âmbito do referendo:

- a) As alterações à Constituição;
- b) As questões e os actos de conteúdo orçamental, tributário ou financeiro;
- c) As matérias previstas no artigo 161º da Constituição, sem prejuízo do disposto no número seguinte;
- d) As matérias previstas no artigo 164º da Constituição, com excepção do disposto na alínea i).

5. O disposto no número anterior não prejudica a submissão a referendo das questões de relevante interesse nacional que devam ser objecto de convenção internacional, nos termos da alínea i) do artigo 161º da Constituição, excepto quando relativas à paz e à rectificação de fronteiras.

6. Cada referendo recairá sobre uma só matéria, devendo as questões ser formuladas com objectividade, clareza e precisão e para respostas de sim ou não, num número máximo de perguntas a fixar por lei, a qual determinará igualmente as demais condições de formulação e efectivação de referendos.

7. São excluídas a convocação e a efectivação de referendos entre a data da convocação e a da realização de eleições gerais para os órgãos de soberania, de governo próprio das regiões autónomas e do poder local, bem como de Deputados ao Parlamento Europeu.

8. O Presidente da República submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.

9. São aplicáveis ao referendo, com as necessárias adaptações, as normas constantes dos nºs 1, 2, 3, 4 e 7 do artigo 113º.

10. As propostas de referendo recusadas pelo Presidente da República ou objecto de resposta negativa do eleitorado não podem ser renovadas na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembleia da República, ou até à demissão do Governo.

11. O referendo só tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento.

12. Nos referendos são chamados a participar cidadãos residentes no estrangeiro, regularmente recenseados ao abrigo do disposto no nº 2 do artigo 121º, quando recaiam sobre matéria que lhes diga também especificamente respeito.

Artigo 116º **(Órgãos colegiais)**

1. As reuniões das assembleias que funcionem como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local são públicas, excepto nos casos previstos na lei.

2. As deliberações dos órgãos colegiais são tomadas com a presença da maioria do número legal dos seus membros.

3. Salvo nos casos previstos na Constituição, na lei e nos respectivos regimentos, as deliberações dos órgãos colegiais são tomadas à pluralidade de votos, não contando as abstenções para o apuramento da maioria.

Artigo 117º **(Estatuto dos titulares de cargos políticos)**

1. Os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções.

2. A lei dispõe sobre os deveres, responsabilidades e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos, as consequências do respectivo incumprimento, bem como sobre os respectivos direitos, regalias e imunidades.

3. A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato.

Artigo 118º
(Princípio da renovação)

Ninguém pode exercer a título vitalício qualquer cargo político de âmbito nacional, regional ou local.

Artigo 119º
(Publicidade dos actos)

1. São publicados no jornal oficial, *Diário da República*:
 - a) As leis constitucionais;
 - b) As convenções internacionais e os respectivos avisos de ratificação, bem como os restantes avisos a elas respeitantes;
 - c) As leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais;
 - d) Os decretos do Presidente da República;
 - e) As resoluções da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira;
 - f) Os regimentos da Assembleia da República, do Conselho de Estado e das Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira;
 - g) As decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral;
 - h) Os decretos regulamentares e os demais decretos e regulamentos do Governo, bem como os decretos dos Ministros da República para as regiões autónomas e os decretos regulamentares regionais;
 - i) Os resultados de eleições para os órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como para o Parlamento Europeu e ainda os resultados de referendos de âmbito nacional e regional.
2. A falta de publicidade dos actos previstos nas alíneas a) a h) do número anterior e de qualquer acto de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, implica a sua ineficácia jurídica.
3. A lei determina as formas de publicidade dos demais actos e as consequências da sua falta.

TÍTULO II
Presidente da República
CAPÍTULO I
Estatuto e eleição

Artigo 120º
(Definição)

O Presidente da República representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas e é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas.

Artigo 121º
(Eleição)

1. O Presidente da República é eleito por sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos portugueses eleitores censados no território nacional, bem como dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro nos termos do número seguinte.

2. A lei regula o exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, devendo ter em conta a existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional.
3. O direito de voto no território nacional é exercido presencialmente.

Artigo 122º
(Elegibilidade)

São elegíveis os cidadãos eleitores, portugueses de origem, maiores de 35 anos.

Artigo 123º
(Reelegibilidade)

1. Não é admitida a reeleição para um terceiro mandato consecutivo, nem durante o quinquénio imediatamente subsequente ao termo do segundo mandato consecutivo.
2. Se o Presidente da República renunciar ao cargo, não poderá candidatar-se nas eleições imediatas nem nas que se realizem no quinquénio imediatamente subsequente à renúncia.

Artigo 124º
(Candidaturas)

1. As candidaturas para Presidente da República são propostas por um mínimo de 7 500 e um máximo de 15 000 cidadãos eleitores.
2. As candidaturas devem ser apresentadas até trinta dias antes da data marcada para a eleição, perante o Tribunal Constitucional.
3. Em caso de morte de qualquer candidato ou de qualquer outro facto que o incapacite para o exercício da função presidencial, será reaberto o processo eleitoral, nos termos a definir por lei.

Artigo 125º
(Data da eleição)

1. O Presidente da República será eleito nos sessenta dias anteriores ao termo do mandato do seu antecessor ou nos sessenta dias posteriores à vagatura do cargo.
2. A eleição não poderá efectuar-se nos noventa dias anteriores ou posteriores à data de eleições para a Assembleia da República.
3. No caso previsto no número anterior, a eleição efectuar-se-á nos dez dias posteriores ao final do período aí estabelecido, sendo o mandato do Presidente cessante automaticamente prolongado pelo período necessário.

Artigo 126º
(Sistema eleitoral)

1. Será eleito Presidente da República o candidato que obtiver mais de metade dos votos validamente expressos, não se considerando como tal os votos em branco.
2. Se nenhum dos candidatos obtiver esse número de votos, proceder-se-á a segundo sufrágio até ao vigésimo primeiro dia subsequente à primeira votação.
3. A este sufrágio concorrerão apenas os dois candidatos mais votados que não tenham retirado a candidatura.

Artigo 127º
(Posse e juramento)

1. O Presidente eleito toma posse perante a Assembleia da República.
2. A posse efectua-se no último dia do mandato do Presidente cessante ou, no caso de eleição por vagatura, no oitavo dia subsequente ao dia da publicação dos resultados eleitorais.
3. No acto de posse o Presidente da República eleito prestará a seguinte declaração de compromisso:

Juro por minha honra desempenhar fielmente as funções em que fico investido e defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição da República Portuguesa.

Artigo 128º
(Mandato)

1. O mandato do Presidente da República tem a duração de cinco anos e termina com a posse do novo Presidente eleito.
2. Em caso de vagatura, o Presidente da República a eleger inicia um novo mandato.

Artigo 129º
(Ausência do território nacional)

1. O Presidente da República não pode ausentar-se do território nacional sem o assentimento da Assembleia da República ou da sua Comissão Permanente, se aquela não estiver em funcionamento.
2. O assentimento é dispensado nos casos de passagem em trânsito ou de viagem sem carácter oficial de duração não superior a cinco dias, devendo, porém, o Presidente da República dar prévio conhecimento delas à Assembleia da República
3. A inobservância do disposto no nº 1 envolve, de pleno direito, a perda do cargo.

Artigo 130º
(Responsabilidade criminal)

1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.
2. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.
3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.
4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.

Artigo 131º
(Renúncia ao mandato)

1. O Presidente da República pode renunciar ao mandato em mensagem dirigida à Assembleia da República.
2. A renúncia torna-se efectiva com o conhecimento da mensagem pela Assembleia da República, sem prejuízo da sua ulterior publicação no *Diário da República*.

Artigo 132º
(Substituição interina)

1. Durante o impedimento temporário do Presidente da República, bem como durante a vagatura do cargo até tomar posse o novo Presidente eleito, assumirá as funções o Presidente da Assembleia da República ou, no impedimento deste, o seu substituto.
2. Enquanto exercer interinamente as funções de Presidente da República, o mandato de Deputado do Presidente da Assembleia da República ou do seu substituto suspende-se automaticamente.
3. O Presidente da República, durante o impedimento temporário, mantém os direitos e regalias inerentes à sua função.
4. O Presidente da República interino goza de todas as honras e prerrogativas da função, mas os direitos que lhe assistem são os do cargo para que foi eleito.

CAPÍTULO II
Competência

Artigo 133º
(Competência quanto a outros órgãos)

Compete ao Presidente da República, relativamente a outros órgãos:

- a) Presidir ao Conselho de Estado;
- b) Marcar, de harmonia com a lei eleitoral, o dia das eleições do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República, dos Deputados ao Parlamento Europeu e dos deputados às assembleias legislativas regionais;
- c) Convocar extraordinariamente a Assembleia da República;
- d) Dirigir mensagens à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas Regionais;
- e) Dissolver a Assembleia da República, observado o disposto no artigo 172º, ouvidos os partidos nela representados e o Conselho de Estado;
- f) Nomear o Primeiro-Ministro, nos termos do nº 1 do artigo 187º;
- g) Demitir o Governo, nos termos do nº 2 do artigo 195º, e exonerar o Primeiro-Ministro, nos termos do nº 4 do artigo 186º;
- h) Nomear e exonerar os membros do Governo, sob proposta do Primeiro-Ministro;
- i) Presidir ao Conselho de Ministros, quando o Primeiro-Ministro lho solicitar;
- j) Dissolver os órgãos de governo próprio das regiões autónomas, por sua iniciativa ou sob proposta do Governo, ouvidos a Assembleia da República e o Conselho de Estado;
- l) Nomear e exonerar, sob proposta do Governo e ouvido o Conselho de Estado, os Ministros da República para as regiões autónomas;
- m) Nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o presidente do Tribunal de Contas e o Procurador-Geral da República;
- n) Nomear cinco membros do Conselho de Estado e dois vogais do Conselho Superior da Magistratura;
- o) Presidir ao Conselho Superior de Defesa Nacional;
- p) Nomear e exonerar, sob proposta do Governo, o Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, o Vice-Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, quando exista, e os Chefes de Estado-Maior dos três ramos das Forças Armadas, ouvido, nestes dois últimos casos, o Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas.

Artigo 134º

(Competência para prática de actos próprios)

Compete ao Presidente da República, na prática de actos próprios:

- a) Exercer as funções de Comandante Supremo das Forças Armadas;
- b) Promulgar e mandar publicar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares, assinar as resoluções da Assembleia da República que aprovem acordos internacionais e os restantes decretos do Governo;
- c) Submeter a referendo questões de relevante interesse nacional, nos termos do artigo 115º, e as referidas no nº 2 do artigo 232º e no nº 3 do artigo 256º;
- d) Declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, observado o disposto nos artigos 19º e 138º;
- e) Pronunciar-se sobre todas as emergências graves para a vida da República;
- f) Indultar e comutar penas, ouvido o Governo;
- g) Requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de leis, decretos-leis e convenções internacionais;
- h) Requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, bem como a verificação de inconstitucionalidade por omissão;
- i) Conferir condecorações, nos termos da lei, e exercer a função de grão-mestre das ordens honoríficas portuguesas.

Artigo 135º

(Competência nas relações internacionais)

Compete ao Presidente da República, nas relações internacionais:

- a) Nomear os embaixadores e os enviados extraordinários, sob proposta do Governo, e acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros;

- b) Ratificar os tratados internacionais, depois de devidamente aprovados;
- c) Declarar a guerra em caso de agressão efectiva ou iminente e fazer a paz, sob proposta do Governo, ouvido o Conselho de Estado e mediante autorização da Assembleia da República, ou, quando esta não estiver reunida nem for possível a sua reunião imediata, da sua Comissão Permanente.

Artigo 136º

(Promulgação e veto)

1. No prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada.

2. Se a Assembleia da República confirmar o voto por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua recepção.

3. Será, porém, exigida a maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, para a confirmação dos decretos que revistam a forma de lei orgânica, bem como dos que respeitem às seguintes matérias:

- a) Relações externas;
- b) Limites entre o sector público, o sector privado e o sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- c) Regulamentação dos actos eleitorais previstos na Constituição, que não revista a forma de lei orgânica.

4. No prazo de quarenta dias contados da recepção de qualquer decreto do Governo para ser promulgado, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, comunicando por escrito ao Governo o sentido do veto.

5. O Presidente da República exerce ainda o direito de veto nos termos dos artigos 278º e 279º.

Artigo 137º

(Falta de promulgação ou de assinatura)

A falta de promulgação ou de assinatura pelo Presidente da República de qualquer dos actos previstos na alínea b) do artigo 134º implica a sua inexistência jurídica.

Artigo 138º

(Declaração do estado de sítio ou do estado de emergência)

1. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência depende de audição do Governo e de autorização da Assembleia da República ou, quando esta não estiver reunida nem for possível a sua reunião imediata, da respectiva Comissão Permanente.

2. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, quando autorizada pela Comissão Permanente da Assembleia da República, terá de ser confirmada pelo Plenário logo que seja possível reuni-lo.

Artigo 139º

(Actos do Presidente da República interino)

1. O Presidente da República interino não pode praticar qualquer dos actos previstos nas alíneas e) e n) do artigo 133º e na alínea c) do artigo 134º.

2. O Presidente da República interino só pode praticar qualquer dos actos previstos nas alíneas b), c), f), m) e p), do artigo 133º, na alínea a) do artigo 134º e na alínea a) do artigo 135º, após audição do Conselho de Estado.

Artigo 140°
(Referenda ministerial)

1. Carecem de referenda do Governo os actos do Presidente da República praticados ao abrigo das alíneas h), j), l), m) e p) do artigo 133°, das alíneas b), d) e f) do artigo 134° e das alíneas a), b) e c) do artigo 135°.

2. A falta de referenda determina a inexistência jurídica do acto.

CAPÍTULO III
Conselho de Estado

Artigo 141°
(Definição)

O Conselho de Estado é o órgão político de consulta do Presidente da República.

Artigo 142°
(Composição)

O Conselho de Estado é presidido pelo Presidente da República e composto pelos seguintes membros:

- a) O Presidente da Assembleia da República;
- b) O Primeiro-Ministro;
- c) O Presidente do Tribunal Constitucional;
- d) O Provedor de Justiça;
- e) Os presidentes dos governos regionais;
- f) Os antigos presidentes da República eleitos na vigência da Constituição que não hajam sido destituídos do cargo;
- g) Cinco cidadãos designados pelo Presidente da República pelo período correspondente à duração do seu mandato;
- h) Cinco cidadãos eleitos pela Assembleia da República, de harmonia com o princípio da representação proporcional, pelo período correspondente à duração da legislatura.

Artigo 143°
(Posse e mandato)

- 1. Os membros do Conselho de Estado são empossados pelo Presidente da República.
- 2. Os membros do Conselho de Estado previstos nas alíneas a) a e) do artigo 142° mantêm-se em funções enquanto exercerem os respectivos cargos.
- 3. Os membros do Conselho de Estado previstos nas alíneas g) e h) do artigo 142° mantêm-se em funções até à posse dos que os substituírem no exercício dos respectivos cargos.

Artigo 144°
(Organização e funcionamento)

- 1. Compete ao Conselho de Estado elaborar o seu regimento.
- 2. As reuniões do Conselho de Estado não são públicas.

Artigo 145°
(Competência)

Compete ao Conselho de Estado:

- a) Pronunciar-se sobre a dissolução da Assembleia da República e dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas;
- b) Pronunciar-se sobre a demissão do Governo, no caso previsto no n° 2 do artigo 195°;
- c) Pronunciar-se sobre a nomeação e a exoneração dos Ministros da República para as regiões autónomas;
- d) Pronunciar-se sobre a declaração da guerra e a feitura da paz;
- e) Pronunciar-se sobre os actos do Presidente da República interino referidos no artigo 139°;

f) Pronunciar-se nos demais casos previstos na Constituição e, em geral, aconselhar o Presidente da República no exercício das suas funções, quando este lho solicitar.

Artigo 146º

(Emissão dos pareceres)

Os pareceres do Conselho de Estado previstos nas alíneas a) a e) do artigo 145º são emitidos na reunião que para o efeito for convocada pelo Presidente da República e tornados públicos quando da prática do acto a que se referem.

TÍTULO III

Assembleia da República

CAPÍTULO I

Estatuto e eleição

Artigo 147º

(Definição)

A Assembleia da República é a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses.

Artigo 148º

(Composição)

A Assembleia da República tem o mínimo de cento e oitenta e o máximo de duzentos e trinta Deputados, nos termos da lei eleitoral.

Artigo 149º

(Círculos eleitorais)

1. Os Deputados são eleitos por círculos eleitorais geograficamente definidos na lei, a qual pode determinar a existência de círculos plurinominais e uninominais, bem como a respectiva natureza e complementaridade, por forma a assegurar o sistema de representação proporcional e o método da média mais alta de Hondt na conversão dos votos em número de mandatos.

2. O número de Deputados por cada círculo plurinomial do território nacional, exceptuando o círculo nacional, quando exista, é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos.

Artigo 150º

(Condições de elegibilidade)

São elegíveis os cidadãos portugueses eleitores, salvas as restrições que a lei eleitoral estabelecer por virtude de incompatibilidades locais ou de exercício de certos cargos.

Artigo 151º

(Candidaturas)

1. As candidaturas são apresentadas, nos termos da lei, pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação, podendo as listas integrar cidadãos não inscritos nos respectivos partidos.

2. Ninguém pode ser candidato por mais de um círculo eleitoral da mesma natureza, exceptuando o círculo nacional quando exista, ou figurar em mais de uma lista.

Artigo 152º

(Representação política)

1. A lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínima.

2. Os Deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos.

Artigo 153º

(Início e termo do mandato)

1. O mandato dos Deputados inicia-se com a primeira reunião da Assembleia da República após eleições e cessa com a primeira reunião após as eleições subsequentes, sem prejuízo da suspensão ou da cessação individual do mandato.

2. O preenchimento das vagas que ocorrerem na Assembleia, bem como a substituição temporária de Deputados por motivo relevante, são regulados pela lei eleitoral.

Artigo 154º

(Incompatibilidades e impedimentos)

1. Os Deputados que forem nomeados membros do Governo não podem exercer o mandato até à cessação destas funções, sendo substituídos nos termos do artigo anterior.

2. A lei determina as demais incompatibilidades.

3. A lei regula os casos e as condições em que os Deputados carecem de autorização da Assembleia da República para serem jurados, árbitros, peritos ou testemunhas.

Artigo 155º

(Exercício da função de Deputado)

1. Os Deputados exercem livremente o seu mandato, sendo-lhes garantidas condições adequadas ao eficaz exercício das suas funções, designadamente ao indispensável contacto com os cidadãos eleitores e à sua informação regular.

2. A lei regula as condições em que a falta dos Deputados, por causa de reuniões ou missões da Assembleia, a actos ou diligências oficiais a ela estranhos constitui motivo justificado de adiamento destes.

3. As entidades públicas têm, nos termos da lei, o dever de cooperar com os Deputados no exercício das suas funções.

Artigo 156º

(Poderes dos Deputados)

Constituem poderes dos Deputados:

- a) Apresentar projectos de revisão constitucional;
- b) Apresentar projectos de lei, de Regimento ou de resolução, designadamente de referendo, e propostas de deliberação e requerer o respectivo agendamento;
- c) Participar e intervir nos debates parlamentares, nos termos do Regimento;
- d) Fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer actos deste ou da Administração Pública e obter resposta em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado;
- e) Requerer e obter do Governo ou dos órgãos de qualquer entidade pública os elementos, informações e publicações oficiais que considerem úteis para o exercício do seu mandato;
- f) Requerer a constituição de comissões parlamentares de inquérito;
- g) Os consignados no Regimento.

Artigo 157º

(Imunidades)

1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções.

2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

3. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito.

4. Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.

Artigo 158º
(Direitos e regalias)

Os Deputados gozam dos seguintes direitos e regalias:

- a) Adiamento do serviço militar, do serviço cívico ou da mobilização civil;
- b) Livre trânsito e direito a passaporte especial nas suas deslocações oficiais ao estrangeiro;
- c) Cartão especial de identificação;
- d) Subsídios que a lei prescrever.

Artigo 159º
(Deveres)

Constituem deveres dos Deputados:

- a) Comparecer às reuniões do Plenário e às das comissões a que pertençam;
- b) Desempenhar os cargos na Assembleia e as funções para que sejam designados, sob proposta dos respectivos grupos parlamentares;
- c) Participar nas votações.

Artigo 160º
(Perda e renúncia do mandato)

1. Perdem o mandato os Deputados que:

- a) Venham a ser feridos por alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei;
- b) Não tomem assento na Assembleia ou excedam o número de faltas estabelecido no Regimento;
- c) Se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio;
- d) Sejam judicialmente condenados por crime de responsabilidade no exercício da sua função em tal pena ou por participação em organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.

2. Os Deputados podem renunciar ao mandato, mediante declaração escrita.

CAPÍTULO II
Competência

Artigo 161º
(Competência política e legislativa)

Compete à Assembleia da República:

- a) Aprovar alterações à Constituição, nos termos dos artigos 284º a 289º;
- b) Aprovar os estatutos político-administrativos das regiões autónomas;
- c) Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo;
- d) Conferir ao Governo autorizações legislativas;
- e) Conferir às assembleias legislativas regionais as autorizações previstas na alínea b) do nº 1 do artigo 227º da Constituição;
- f) Conceder amnistias e perdões genéricos;
- g) Aprovar as leis das grandes opções dos planos nacionais e o Orçamento do Estado, sob proposta do Governo;
- h) Autorizar o Governo a contrair e a conceder empréstimos e a realizar outras operações de crédito que não sejam de dívida flutuante, definindo as respectivas condições gerais, e estabelecer o limite máximo dos avals a conceder em cada ano pelo Governo;
- i) Aprovar os tratados, designadamente os tratados de participação de Portugal em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e os respeitantes a assuntos militares, bem como os acordos internacionais que versem matérias da sua competência reservada ou que o Governo entenda submeter à sua apreciação;

j) Propor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional;

l) Autorizar e confirmar a declaração do estado de sítio e do estado de emergência;

m) Autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer paz;

n) Pronunciar-se, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada;

o) Desempenhar as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

Artigo 162º

(Competência de fiscalização)

Compete à Assembleia da República, no exercício de funções de fiscalização:

a) Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os actos do Governo e da Administração;

b) Apreciar a aplicação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;

c) Apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, os decretos-leis, salvo os feitos no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, e os decretos legislativos regionais previstos na alínea b) do nº 1 do artigo 227º;

d) Tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar, as quais serão apresentadas até 31 de Dezembro do ano subsequente, com o parecer do Tribunal de Contas e os demais elementos necessários à sua apreciação;

e) Apreciar os relatórios de execução dos planos nacionais.

Artigo 163º

(Competência quanto a outros órgãos)

Compete à Assembleia da República, relativamente a outros órgãos:

a) Testemunhar a tomada de posse do Presidente da República;

b) Dar assentimento à ausência do Presidente da República do território nacional;

c) Promover o processo de acusação contra o Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções e decidir sobre a suspensão de membros do Governo, no caso previsto no artigo 196º;

d) Apreciar o programa do Governo;

e) Votar moções de confiança e de censura ao Governo;

f) Acompanhar e apreciar, nos termos da lei, a participação de Portugal no processo de construção da união europeia;

g) Pronunciar-se sobre a dissolução dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas;

h) Eleger, segundo o sistema de representação proporcional, cinco membros do Conselho de Estado, cinco membros da Alta Autoridade para a Comunicação Social e os membros do Conselho Superior do Ministério Público que lhe competir designar;

i) Eleger, por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, dez juízes do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça, o presidente do Conselho Económico Social, sete vogais do Conselho Superior da Magistratura e os membros de outros órgãos constitucionais cuja designação seja cometida à Assembleia da República;

j) Acompanhar, nos termos da lei e do Regimento, o envolvimento de contingentes militares portugueses no estrangeiro.

Artigo 164º

(Reserva absoluta de competência legislativa)

É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias:

a) Eleições dos titulares dos órgãos de soberania;

- b) Regimes dos referendos;
- c) Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional;
- d) Organização da defesa nacional, definição dos deveres dela decorrentes e bases gerais da organização, do funcionamento, do reequipamento e da disciplina das Forças Armadas;
- e) Regimes do estado de sítio e do estado de emergência;
- f) Aquisição, perda e reacquirição da cidadania portuguesa;
- g) Definição dos limites das águas territoriais, da zona económica exclusiva e dos direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos;
- h) Associações e partidos políticos;
- i) Bases do sistema de ensino;
- j) Eleições dos deputados às Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira;
- l) Eleições dos titulares dos órgãos do poder local ou outras realizadas por sufrágio directo e universal, bem como dos restantes órgãos constitucionais;
- m) Estatuto dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local, bem como dos restantes órgãos constitucionais ou eleitos por sufrágio directo e universal;
- n) Criação, extinção e modificação de autarquias locais e respectivo regime, sem prejuízo dos poderes das regiões autónomas;
- o) Restrições ao exercício de direitos por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança;
- p) Regime de designação dos membros de órgãos da União Europeia, com excepção da Comissão;
- q) Regime do sistema de informações da República e do segredo de Estado;
- r) Regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais;
- s) Regime dos símbolos nacionais;
- t) Regime de finanças das regiões autónomas;
- u) Regime das forças de segurança;
- v) Regime da autonomia organizativa, administrativa e financeira dos serviços de apoio do Presidente da República.

Artigo 165º

(Reserva relativa de competência legislativa)

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:
 - a) Estado e capacidade das pessoas;
 - b) Direitos, liberdades e garantias;
 - c) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal;
 - d) Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo;
 - e) Regime geral da requisição e da expropriação por utilidade pública;
 - f) Bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde;
 - g) Bases do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural;
 - h) Regime geral do arrendamento rural e urbano;
 - i) Criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas;
 - j) Definição dos sectores de propriedade dos meios de produção, incluindo a dos sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza;

l) Meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos por motivo de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações;

m) Regime dos planos de desenvolvimento económico e social e composição do Conselho Económico e Social;

n) Bases da política agrícola, incluindo a fixação dos limites máximos e mínimos das unidades de exploração agrícola;

o) Sistema monetário e padrão de pesos e medidas;

p) Organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos;

q) Estatuto das autarquias locais, incluindo o regime das finanças locais;

r) Participação das organizações de moradores no exercício do poder local;

s) Associações públicas, garantias dos administrados e responsabilidade civil da Administração;

t) Bases do regime e âmbito da função pública;

u) Bases gerais do estatuto das empresas públicas e das fundações públicas;

v) Definição e regime dos bens do domínio público;

x) Regime dos meios de produção integrados no sector cooperativo e social de propriedade;

z) Bases do ordenamento do território e do urbanismo;

aa) Regime e forma de criação das polícias municipais.

2. As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada.

3. As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada.

4. As autorizações caducam com a demissão do Governo a que tiverem sido concedidas, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República.

5. As autorizações concedidas ao Governo na lei do Orçamento observam o disposto no presente artigo e, quando incidam sobre matéria fiscal, só caducam no termo do ano económico a que respeitam.

Artigo 166º

(Forma dos actos)

1. Revestem a forma de lei constitucional os actos previstos na alínea a) do artigo 161º.

2. Revestem a forma de lei orgânica os actos previstos nas alíneas a) a f), h), j), primeira parte da alínea l), q) e t) do artigo 164º e no artigo 255º.

3. Revestem a forma de lei os actos previstos nas alíneas b) a h) do artigo 161º.

4. Revestem a forma de moção os actos previstos nas alíneas d) e e) do artigo 163º.

5. Revestem a forma de resolução os demais actos da Assembleia da República, bem como os actos da Comissão Permanente previstos nas alíneas e) e f) do nº 3 do artigo 179º.

6. As resoluções são publicadas independentemente de promulgação.

Artigo 167º

(Iniciativa da lei e do referendo)

1. A iniciativa da lei e do referendo compete aos Deputados, aos grupos parlamentares e ao Governo, e ainda, nos termos e condições estabelecidos na lei, a grupos de cidadãos eleitores, competindo a iniciativa da lei, no respeitante às regiões autónomas, às respectivas assembleias legislativas regionais.

2. Os Deputados, os grupos parlamentares, as assembleias legislativas regionais e os grupos de cidadãos eleitores não podem apresentar projectos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que

envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento.

3. Os Deputados, os grupos parlamentares e os grupos de cidadãos eleitores não podem apresentar projectos de referendo que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento.

4. Os projectos e as propostas de lei e de referendo definitivamente rejeitados não podem ser renovados na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembleia da República.

5. Os projectos de lei, as propostas de lei do Governo e os projectos e propostas de referendo não votados na sessão legislativa em que tiverem sido apresentados não carecem de ser renovados na sessão legislativa seguinte, salvo termo da legislatura.

6. As propostas de lei e de referendo caducam com a demissão do Governo.

7. As propostas de lei da iniciativa das assembleias legislativas regionais caducam com o termo da respectiva legislatura, caducando apenas com o termo da legislatura da Assembleia da República as que já tenham sido objecto de aprovação na generalidade.

8. As comissões parlamentares podem apresentar textos de substituição, sem prejuízo dos projectos e das propostas de lei e de referendo a que se referem, quando não retirados.

Artigo 168º

(Discussão e votação)

1. A discussão dos projectos e propostas de lei compreende um debate na generalidade e outro na especialidade.

2. A votação compreende uma votação na generalidade, uma votação na especialidade e uma votação final global.

3. Se a Assembleia assim o deliberar, os textos aprovados na generalidade serão votados na especialidade pelas comissões, sem prejuízo do poder de avocação pela Assembleia e do voto final desta para aprovação global.

4. São obrigatoriamente votadas na especialidade pelo Plenário as leis sobre as matérias previstas nas alíneas a) a f), h), n) e o) do artigo 164º, bem como na alínea q) do nº 1 do artigo 165º.

5. As leis orgânicas carecem de aprovação, na votação final global, por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, devendo as disposições relativas à delimitação territorial das regiões, previstas no artigo 255º, ser aprovadas, na especialidade, em Plenário, por idêntica maioria.

6. A lei que regula o exercício do direito previsto no nº 2 do artigo 121º e as disposições das leis que regulam as matérias referidas nos artigos 148º e 149º, na alínea o) do artigo 164º, bem como as relativas ao sistema e método de eleição dos órgãos previstos no nº 3 do artigo 239º, carecem de aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

Artigo 169º

(Apreciação parlamentar de actos legislativos)

1. Os decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, podem ser submetidos a apreciação da Assembleia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez Deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República.

2. Requerida a apreciação de um decreto-lei elaborado no uso de autorização legislativa, e no caso de serem apresentadas propostas de alteração, a Assembleia poderá suspender, no todo ou em parte, a vigência do decreto-lei até à publicação da lei que o vier a alterar ou até à rejeição de todas aquelas propostas.

3. A suspensão caduca decorridas dez reuniões plenárias sem que a Assembleia se tenha pronunciado a final.

4. Se for aprovada a cessação da sua vigência, o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no *Diário da República* e não poderá voltar a ser publicado no decurso da mesma sessão legislativa.

5. Se, requerida a apreciação, a Assembleia não se tiver sobre ela pronunciado ou, havendo deliberado introduzir emendas, não tiver votado a respectiva lei até ao termo da sessão legislativa em curso, desde que decorridas quinze reuniões plenárias, considerar-se-á caduco o processo.

6. Os processos de apreciação parlamentar de decretos-leis gozam de prioridade, nos termos do Regimento.

Artigo 170º

(Processo de urgência)

1. A Assembleia da República pode, por iniciativa de qualquer Deputado ou grupo parlamentar, ou do Governo, declarar a urgência do processamento de qualquer projecto ou proposta de lei ou de resolução.

2. A Assembleia pode ainda, por iniciativa das Assembleias Legislativas Regionais dos Açores ou da Madeira, declarar a urgência do processamento de qualquer proposta de lei da sua iniciativa.

CAPÍTULO III

Organização e funcionamento

Artigo 171º

(Legislatura)

1. A legislatura tem a duração de quatro sessões legislativas.

2. No caso de dissolução, a Assembleia então eleita inicia nova legislatura cuja duração será inicialmente acrescida do tempo necessário para se completar o período correspondente à sessão legislativa em curso à data da eleição.

Artigo 172º

(Dissolução)

1. A Assembleia da República não pode ser dissolvida nos seis meses posteriores à sua eleição, no último semestre do mandato do Presidente da República ou durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência.

2. A inobservância do disposto no número anterior determina a inexistência jurídica do decreto de dissolução.

3. A dissolução da Assembleia não prejudica a subsistência do mandato dos Deputados, nem da competência da Comissão Permanente, até à primeira reunião da Assembleia após as subsequentes eleições.

Artigo 173º

(Reunião após eleições)

1. A Assembleia da República reúne por direito próprio no terceiro dia posterior ao apuramento dos resultados gerais das eleições ou, tratando-se de eleições por termo de legislatura, se aquele dia recair antes do termo desta, no primeiro dia da legislatura subsequente.

2. Recaindo aquela data fora do período de funcionamento efectivo da Assembleia, esta reunir-se-á para efeito do disposto no artigo 175º.

Artigo 174º

(Sessão legislativa, período de funcionamento e convocação)

1. A sessão legislativa tem a duração de um ano e inicia-se a 15 de Setembro.

2. O período normal de funcionamento da Assembleia da República decorre de 15 de Setembro a 15 de Junho, sem prejuízo das suspensões que a Assembleia deliberar por maioria de dois terços dos Deputados presentes.

3. Fora do período indicado no número anterior, a Assembleia da República pode funcionar por deliberação do Plenário, prorrogando o período normal de funcionamento, por iniciativa da Comissão Permanente ou, na impossibilidade desta e em caso de grave emergência, por iniciativa de mais de metade dos Deputados.

4. A Assembleia pode ainda ser convocada extraordinariamente pelo Presidente da República para se ocupar de assuntos específicos.

5. As comissões podem funcionar independentemente do funcionamento do Plenário da Assembleia, mediante deliberação desta, nos termos do nº 2.

Artigo 175º

(Competência interna da Assembleia)

Compete à Assembleia da República:

- a) Elaborar e aprovar o seu Regimento, nos termos da Constituição;
- b) Eleger por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções o seu Presidente e os demais membros da Mesa, sendo os quatro Vice-Presidentes eleitos sob proposta dos quatro maiores grupos parlamentares;
- c) Constituir a Comissão Permanente e as restantes comissões.

Artigo 176º

(Ordem do dia das reuniões plenárias)

1. A ordem do dia é fixada pelo Presidente da Assembleia da República, segundo a prioridade das matérias definidas no Regimento, e sem prejuízo do direito de recurso para o Plenário da Assembleia e da competência do Presidente da República prevista no nº 4 do artigo 174º.

2. O Governo e os grupos parlamentares podem solicitar prioridade para assuntos de interesse nacional de resolução urgente.

3. Todos os grupos parlamentares têm direito à determinação da ordem do dia de um certo número de reuniões, segundo critério a estabelecer no Regimento, ressalvando-se sempre a posição dos partidos minoritários ou não representados no Governo.

4. As assembleias legislativas regionais podem solicitar prioridade para assuntos de interesse regional de resolução urgente.

Artigo 177º

(Participação dos membros do Governo)

1. Os Ministros têm o direito de comparecer às reuniões plenárias da Assembleia da República, podendo ser coadjuvados ou substituídos pelos Secretários de Estado, e uns e outros usar da palavra, nos termos do Regimento.

2. Serão marcadas reuniões em que os membros do Governo estarão presentes para responder a perguntas e pedidos de esclarecimento dos Deputados, as quais se realizarão com a periodicidade mínima fixada no Regimento e em datas a estabelecer por acordo com o Governo.

3. Os membros do Governo podem solicitar a sua participação nos trabalhos das comissões e devem comparecer perante as mesmas quando tal seja requerido.

Artigo 178º

(Comissões)

1. A Assembleia da República tem as comissões previstas no Regimento e pode constituir comissões eventuais de inquérito ou para qualquer outro fim determinado.

2. A composição das comissões corresponde à representatividade dos partidos na Assembleia da República.

3. As petições dirigidas à Assembleia são apreciadas pelas comissões ou por comissão especialmente constituída para o efeito, que poderá ouvir as demais comissões competentes em razão da matéria, em todos os casos podendo ser solicitado o depoimento de quaisquer cidadãos.

4. Sem prejuízo da sua constituição nos termos gerais, as comissões parlamentares de inquérito são obrigatoriamente constituídas sempre que tal seja requerido por um quinto dos Deputados em efectividade de funções, até ao limite de uma por Deputado e por sessão legislativa.

5. As comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

6. As presidências das comissões são no conjunto repartidas pelos grupos parlamentares em proporção com o número dos seus Deputados.

7. Nas reuniões das comissões em que se discutam propostas legislativas regionais, podem participar representantes da Assembleia Legislativa Regional proponente, nos termos do Regimento.

Artigo 179º **(Comissão Permanente)**

1. Fora do período de funcionamento efectivo da Assembleia da República, durante o período em que ela se encontrar dissolvida, e nos restantes casos previstos na Constituição, funciona a Comissão Permanente da Assembleia da República.

2. A Comissão Permanente é presidida pelo Presidente da Assembleia da República e composta pelos Vice-Presidentes e por Deputados indicados por todos os partidos, de acordo com a respectiva representatividade na Assembleia.

3. Compete à Comissão Permanente:

a) Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e acompanhar a actividade do Governo e da Administração;

b) Exercer os poderes da Assembleia relativamente ao mandato dos Deputados;

c) Promover a convocação da Assembleia sempre que tal seja necessário;

d) Preparar a abertura da sessão legislativa;

e) Dar assentimento à ausência do Presidente da República do território nacional;

f) Autorizar o Presidente da República a declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, a declarar guerra e a fazer a paz.

4. No caso da alínea f) do número anterior, a Comissão Permanente promoverá a convocação da Assembleia no prazo mais curto possível.

Artigo 180º **(Grupos parlamentares)**

1. Os Deputados eleitos por cada partido ou coligação de partidos podem constituir-se em grupo parlamentar.

2. Constituem direitos de cada grupo parlamentar:

a) Participar nas comissões da Assembleia em função do número dos seus membros, indicando os seus representantes nelas;

b) Ser ouvido na fixação da ordem do dia e interpor recurso para o Plenário da ordem do dia fixada;

c) Provocar, com a presença do Governo, o debate de questões de interesse público actual e urgente;

d) Provocar, por meio de interpelação ao Governo, a abertura de dois debates em cada sessão legislativa sobre assunto de política geral ou sectorial;

e) Solicitar à Comissão Permanente que promova a convocação da Assembleia;

f) Requerer a constituição de comissões parlamentares de inquérito;

g) Exercer iniciativa legislativa;

h) Apresentar moções de rejeição do programa do Governo;

i) Apresentar moções de censura ao Governo;

j) Ser informado, regular e directamente, pelo Governo, sobre o andamento dos principais assuntos de interesse público.

3. Cada grupo parlamentar tem direito a dispor de locais de trabalho na sede da Assembleia, bem como de pessoal técnico e administrativo da sua confiança, nos termos que a lei determinar.

4. Aos Deputados não integrados em grupos parlamentares são assegurados direitos e garantias mínimos, nos termos do Regimento.

Artigo 181º

(Funcionários e especialistas ao serviço da Assembleia)

Os trabalhos da Assembleia e os das comissões serão coadjuvados por um corpo permanente de funcionários técnicos e administrativos e por especialistas requisitados ou temporariamente contratados, no número que o Presidente considerar necessário.

TÍTULO IV

Governo

CAPÍTULO I

Função e estrutura

Artigo 182º

(Definição)

O Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública

Artigo 183º

(Composição)

1. O Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado.

2. O Governo pode incluir um ou mais Vice-Primeiros-Ministros.

3. O número, a designação e as atribuições dos ministérios e secretarias de Estado, bem como as formas de coordenação entre eles, serão determinados, consoante os casos, pelos decretos de nomeação dos respectivos titulares ou por decreto-lei.

Artigo 184º

(Conselho de Ministros)

1. O Conselho de Ministros é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Vice-Primeiros-Ministros, se os houver, e pelos Ministros.

2. A lei pode criar Conselhos de Ministros especializados em razão da matéria.

3. Podem ser convocados para participar nas reuniões do Conselho de Ministros os Secretários e Subsecretários de Estado.

Artigo 185º

(Substituição de membros do Governo)

1. Não havendo Vice-Primeiro-Ministro, o Primeiro-Ministro é substituído na sua ausência ou no seu impedimento pelo Ministro que indicar ao Presidente da República ou, na falta de tal indicação, pelo Ministro que for designado pelo Presidente da República.

2. Cada Ministro será substituído na sua ausência ou impedimento pelo Secretário de Estado que indicar ao Primeiro-Ministro ou, na falta de tal indicação, pelo membro do Governo que o Primeiro-Ministro designar.

Artigo 186º

(Início e cessação de funções)

1. As funções do Primeiro-Ministro iniciam-se com a sua posse e cessam com a sua exoneração pelo Presidente da República.

2. As funções dos restantes membros do Governo iniciam-se com a sua posse e cessam com a sua exoneração ou com a exoneração do Primeiro-Ministro.

3. As funções dos Secretários e Subsecretários de Estado cessam ainda com a exoneração do respectivo Ministro.

4. Em caso de demissão do Governo, o Primeiro-Ministro do Governo cessante é exonerado na data da nomeação e posse do novo Primeiro-Ministro.

5. Antes da apreciação do seu programa pela Assembleia da República, ou após a sua demissão, o Governo limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos.

CAPÍTULO II

Formação e responsabilidade

Artigo 187º **(Formação)**

1. O Primeiro-Ministro é nomeado pelo Presidente da República, ouvidos os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais.

2. Os restantes membros do Governo são nomeados pelo Presidente da República, sob proposta do Primeiro-Ministro.

Artigo 188º **(Programa do Governo)**

Do programa do Governo constarão as principais orientações políticas e medidas a adoptar ou a propor nos diversos domínios da actividade governamental.

Artigo 189º **Solidariedade governamental)**

Os membros do Governo estão vinculados ao programa do Governo e às deliberações tomadas em Conselho de Ministros.

Artigo 190º **(Responsabilidade do Governo)**

O Governo é responsável perante o Presidente da República e a Assembleia da República.

Artigo 191º **(Responsabilidade dos membros do Governo)**

1. O Primeiro-Ministro é responsável perante o Presidente da República e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, perante a Assembleia da República.

2. Os Vice-Primeiros-Ministros e os Ministros são responsáveis perante o Primeiro-Ministro e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, perante a Assembleia da República.

3. Os Secretários e Subsecretários de Estado são responsáveis perante o Primeiro-Ministro e o respectivo Ministro.

Artigo 192º **(Apreciação do programa do Governo)**

1. O programa do Governo é submetido à apreciação da Assembleia da República, através de uma declaração do Primeiro-Ministro, no prazo máximo de dez dias após a sua nomeação.

2. Se a Assembleia da República não se encontrar em funcionamento efectivo, será obrigatoriamente convocada para o efeito pelo seu Presidente.

3. O debate não pode exceder três dias e até ao seu encerramento pode qualquer grupo parlamentar propor a rejeição do programa ou o Governo solicitar a aprovação de um voto de confiança.

4. A rejeição do programa do Governo exige maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

Artigo 193º **(Solicitação de voto de confiança)**

O Governo pode solicitar à Assembleia da República a aprovação de um voto de confiança sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional.

Artigo 194º **(Moções de censura)**

1. A Assembleia da República pode votar moções de censura ao Governo sobre a execução do seu programa ou assunto relevante de interesse nacional, por iniciativa de um quarto dos Deputados em efectividade de funções ou de qualquer grupo parlamentar.

2. As moções de censura só podem ser apreciadas quarenta e oito horas após a sua apresentação, em debate de duração não superior a três dias.

3. Se a moção de censura não for aprovada, os seus signatários não podem apresentar outra durante a mesma sessão legislativa.

Artigo 195º **(Demissão do Governo)**

1. Implicam a demissão do Governo:
 - a) O início de nova legislatura;
 - b) A aceitação pelo Presidente da República do pedido de demissão apresentado pelo Primeiro-Ministro;
 - c) A morte ou a impossibilidade física duradoura do Primeiro-Ministro;
 - d) A rejeição do programa do Governo;
 - e) A não aprovação de uma moção de confiança;
 - f) A aprovação de uma moção de censura por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.
2. O Presidente da República só pode demitir o Governo quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas, ouvido o Conselho de Estado.

Artigo 196º **(Efectivação da responsabilidade criminal dos membros do Governo)**

1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito.

2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior.

CAPÍTULO III **Competência**

Artigo 197º **(Competência política)**

1. Compete ao Governo, no exercício de funções políticas:
 - a) Referendar os actos do Presidente da República, nos termos do artigo 140º;
 - b) Negociar e ajustar convenções internacionais;
 - c) Aprovar os acordos internacionais cuja aprovação não seja da competência da Assembleia da República ou que a esta não tenham sido submetidos;
 - d) Apresentar propostas de lei e de resolução à Assembleia da República;
 - e) Propor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional, nos termos do artigo 115º;
 - f) Pronunciar-se sobre a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;
 - g) Propor ao Presidente da República a declaração da guerra ou a feitura da paz;
 - h) Apresentar à Assembleia da República, nos termos da alínea d) do artigo 162º, as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar;
 - i) Apresentar, em tempo útil, à Assembleia da República, para efeito do disposto na alínea n) do artigo 161º e na alínea f) do artigo 163º, informação referente ao processo de construção da união europeia;
 - j) Praticar os demais actos que lhe sejam cometidos pela Constituição ou pela lei.
2. A aprovação pelo Governo de acordos internacionais reveste a forma de decreto.

Artigo 198º
(Competência legislativa)

1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas:
 - a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República;
 - b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta;
 - c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.
2. É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento.
3. Os decretos-leis previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 devem invocar expressamente a lei de autorização legislativa ou a lei de bases ao abrigo da qual são aprovados.

Artigo 199º
(Competência administrativa)

- Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas:
- a) Elaborar os planos, com base nas leis das respectivas grandes opções, e fazê-los executar;
 - b) Fazer executar o Orçamento do Estado;
 - c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis;
 - d) Dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma;
 - e) Praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas;
 - f) Defender a legalidade democrática;
 - g) Praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas.

Artigo 200º
(Competência do Conselho de Ministros)

1. Compete ao Conselho de Ministros:
 - a) Definir as linhas gerais da política governamental, bem como as da sua execução;
 - b) Deliberar sobre o pedido de confiança à Assembleia da República;
 - c) Aprovar as propostas de lei e de resolução;
 - d) Aprovar os decretos-leis, bem como os acordos internacionais não submetidos à Assembleia da República;
 - e) Aprovar os planos;
 - f) Aprovar os actos do Governo que envolvam aumento ou diminuição das receitas ou despesas públicas;
 - g) Deliberar sobre outros assuntos da competência do Governo que lhe sejam atribuídos por lei ou apresentados pelo Primeiro-Ministro ou por qualquer Ministro.
2. Os Conselhos de Ministros especializados exercem a competência que lhes for atribuída por lei ou delegada pelo Conselho de Ministros.

Artigo 201º
(Competência dos membros do Governo)

1. Compete ao Primeiro-Ministro:
 - a) Dirigir a política geral do Governo, coordenando e orientando a acção de todos os Ministros;
 - b) Dirigir o funcionamento do Governo e as suas relações de carácter geral com os demais órgãos do Estado;
 - c) Informar o Presidente da República acerca dos assuntos respeitantes à condução da política interna e externa do país;

- d) Exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.
- 2. Compete aos Ministros:
 - a) Executar a política definida para os seus Ministérios;
 - b) Assegurar as relações de carácter geral entre o Governo e os demais órgãos do Estado, no âmbito dos respectivos Ministérios.
- 3. Os decretos-leis e os demais decretos do Governo são assinados pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros competentes em razão da matéria.

TÍTULO V

Tribunais

CAPÍTULO I

Princípios gerais

Artigo 202º

(Função jurisdicional)

- 1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
- 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.
- 3. No exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades.
- 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.

Artigo 203º

(Independência)

Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

Artigo 204º

(Apreciação da inconstitucionalidade)

Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Artigo 205º

(Decisões dos tribunais)

- 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.
- 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.
- 3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução.

Artigo 206º

(Audiências dos tribunais)

As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.

Artigo 207º

(Júri, participação popular e assessoria técnica)

- 1. O júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram.

2. A lei poderá estabelecer a intervenção de juízes sociais no julgamento de questões de trabalho, de infrações contra a saúde pública, de pequenos delitos, de execução de penas ou outras em que se justifique uma especial ponderação dos valores sociais ofendidos.

3. A lei poderá estabelecer ainda a participação de assessores tecnicamente qualificados para o julgamento de determinadas matérias.

Artigo 208º

(Patrocínio forense)

A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.

CAPÍTULO II

Organização dos tribunais

Artigo 209º

(Categorias de tribunais)

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;

b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;

c) O Tribunal de Contas.

2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos.

4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.

Artigo 210º

(Supremo Tribunal de Justiça e instâncias)

1. O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.

2. O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é eleito pelos respectivos juízes.

3. Os tribunais de primeira instância são, em regra, os tribunais de comarca, aos quais se equiparam os referidos no nº 2 do artigo seguinte.

4. Os tribunais de segunda instância são, em regra, os tribunais da Relação.

5. O Supremo Tribunal de Justiça funcionará como tribunal de instância nos casos que a lei determinar.

Artigo 211º

(Competência e especialização dos tribunais judiciais)

1. Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais.

2. Na primeira instância pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas.

3. Da composição dos tribunais de qualquer instância que julguem crimes de natureza estritamente militar fazem parte um ou mais juízes militares, nos termos da lei.

4. Os tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça podem funcionar em secções especializadas.

Artigo 212º

(Tribunais administrativos e fiscais)

1. O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.

2. O Presidente do Supremo Tribunal Administrativo é eleito de entre e pelos respectivos juízes.

3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

Artigo 213º **(Tribunais militares)**

Durante a vigência do estado de guerra serão constituídos tribunais militares com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar.

Artigo 214º **(Tribunal de Contas)**

1. O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente:

- a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social;
- b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira;
- c) Efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei;
- d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.

2. O mandato do Presidente do Tribunal de Contas tem a duração de quatro anos, sem prejuízo do disposto na alínea m) do artigo 133º.

3. O Tribunal de Contas pode funcionar descentralizadamente, por secções regionais, nos termos da lei.

4. Nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira há secções do Tribunal de Contas com competência plena em razão da matéria na respectiva região, nos termos da lei.

CAPÍTULO III **Estatuto dos juízes**

Artigo 215º **(Magistratura dos tribunais judiciais)**

1. Os juízes dos tribunais judiciais formam um corpo único e regem-se por um só estatuto.

2. A lei determina os requisitos e as regras de recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de primeira instância.

3. O recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de segunda instância faz-se com prevalência do critério do mérito, por concurso curricular entre juízes da primeira instância.

4. O acesso ao Supremo Tribunal de Justiça faz-se por concurso curricular aberto aos magistrados judiciais e do Ministério Público e a outros juristas de mérito, nos termos que a lei determinar.

Artigo 216º **(Garantias e incompatibilidades)**

1. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

2. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as excepções consignadas na lei.

3. Os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei.

4. Os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente.

5. A lei pode estabelecer outras incompatibilidades com o exercício da função de juiz.

Artigo 217º

(Nomeação, colocação, transferência e promoção de juízes)

1. A nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juízes dos tribunais judiciais e o exercício da acção disciplinar competem ao Conselho Superior da Magistratura, nos termos da lei.

2. A nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juízes dos tribunais administrativos e fiscais, bem como o exercício da acção disciplinar, competem ao respectivo conselho superior, nos termos da lei.

3. A lei define as regras e determina a competência para a colocação, transferência e promoção, bem como para o exercício da acção disciplinar em relação aos juízes dos restantes tribunais, com salvaguarda das garantias previstas na Constituição.

Artigo 218º

(Conselho Superior da Magistratura)

1. O Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto pelos seguintes vogais:

a) Dois designados pelo Presidente da República;

b) Sete eleitos pela Assembleia da República;

c) Sete juízes eleitos pelos seus pares, de harmonia com o princípio da representação proporcional.

2. As regras sobre garantias dos juízes são aplicáveis a todos os vogais do Conselho Superior da Magistratura.

3. A lei poderá prever que do Conselho Superior da Magistratura façam parte funcionários de justiça, eleitos pelos seus pares, com intervenção restrita à discussão e votação das matérias relativas à apreciação do mérito profissional e ao exercício da função disciplinar sobre os funcionários de justiça.

CAPÍTULO IV

Ministério Público

Artigo 219º

(Funções e estatuto)

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei.

3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares.

4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

5. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República.

Artigo 220º

(Procuradoria-Geral da República)

1. A Procuradoria-Geral da República é o órgão superior do Ministério Público, com a composição e a competência definidas na lei.

2. A Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República e compreende o Conselho Superior do Ministério Público, que inclui membros eleitos pela Assembleia da República e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público.

3. O mandato do Procurador-Geral da República tem a duração de seis anos, sem prejuízo do disposto na alínea m) do artigo 133º

TÍTULO VI

Tribunal Constitucional

Artigo 221º **(Definição)**

O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Artigo 222º **(Composição e estatuto dos juízes)**

1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes.

2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.

3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.

4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.

5. Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais.

6. A lei estabelece as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional.

Artigo 223º **(Competência)**

1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277º e seguintes.

2. Compete também ao Tribunal Constitucional:

a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;

b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no nº 3 do artigo 129º e no nº 3 do artigo 130º;

c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei;

d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no nº 3 do artigo 124º;

e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei;

f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral;

g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas assembleias legislativas regionais;

h) Julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.

3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

Artigo 224°
(Organização e funcionamento)

1. A lei estabelece as regras relativas à sede, à organização e ao funcionamento do Tribunal Constitucional.
2. A lei pode determinar o funcionamento do Tribunal Constitucional por secções, salvo para efeito da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade.
3. A lei regula o recurso para o pleno do Tribunal Constitucional das decisões contraditórias das secções no domínio de aplicação da mesma norma.

TÍTULO VII
Regiões Autónomas

Artigo 225°
(Regime político-administrativo dos Açores e da Madeira)

1. O regime político-administrativo próprio dos arquipélagos dos Açores e da Madeira fundamenta-se nas suas características geográficas, económicas, sociais e culturais e nas históricas aspirações autonomistas das populações insulares.
2. A autonomia das regiões visa a participação democrática dos cidadãos, o desenvolvimento económico-social e a promoção e defesa dos interesses regionais, bem como o reforço da unidade nacional e dos laços de solidariedade entre todos os portugueses.
3. A autonomia político-administrativa regional não afecta a integridade da soberania do Estado e exerce-se no quadro da Constituição.

Artigo 226°
(Estatutos)

1. Os projectos de estatutos político-administrativos das regiões autónomas serão elaborados pelas assembleias legislativas regionais e enviados para discussão e aprovação à Assembleia da República.
2. Se a Assembleia da República rejeitar o projecto ou lhe introduzir alterações, remetê-lo-á à respectiva assembleia legislativa regional para apreciação e emissão de parecer.
3. Elaborado o parecer, a Assembleia da República procede à discussão e deliberação final.
4. O regime previsto nos números anteriores é aplicável às alterações dos estatutos.

Artigo 227°
(Poderes das regiões autónomas)

1. As regiões autónomas são pessoas colectivas territoriais e têm os seguintes poderes, a definir nos respectivos estatutos:
 - a) Legislar, com respeito pelos princípios fundamentais das leis gerais da República, em matérias de interesse específico para as regiões que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania;
 - b) Legislar, sob autorização da Assembleia da República, em matérias de interesse específico para as regiões que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania;
 - c) Desenvolver, em função do interesse específico das regiões, as leis de bases em matérias não reservadas à competência da Assembleia da República, bem como as previstas nas alíneas f), g), h), n), t) e u) do n° 1 do artigo 165°;
 - d) Regular a legislação regional e as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar;
 - e) Exercer a iniciativa estatutária, nos termos do artigo 226°;
 - f) Exercer a iniciativa legislativa, nos termos do n° 1 do artigo 167°, mediante a apresentação à Assembleia da República de propostas de lei e respectivas propostas de alteração;
 - g) Exercer poder executivo próprio;
 - h) Administrar e dispor do seu património e celebrar os actos e contratos em que tenham interesse;

i) Exercer poder tributário próprio, nos termos da lei, bem como adaptar o sistema fiscal nacional às especificidades regionais, nos termos de lei-quadro da Assembleia da República;

j) Dispor, nos termos dos estatutos e da lei de finanças das regiões autónomas, das receitas fiscais nelas cobradas ou geradas, bem como de uma participação nas receitas tributárias do Estado, estabelecida de acordo com um princípio que assegure a efectiva solidariedade nacional, e de outras receitas que lhes sejam atribuídas e afectá-las às suas despesas;

l) Criar e extinguir autarquias locais, bem como modificar a respectiva área, nos termos da lei;

m) Exercer poder de tutela sobre as autarquias locais;

n) Elevar povoações à categoria de vilas ou cidades;

o) Superintender nos serviços, institutos públicos e empresas públicas e nacionalizadas que exerçam a sua actividade exclusiva ou predominantemente na região, e noutros casos em que o interesse regional o justifique;

p) Aprovar o plano de desenvolvimento económico e social, o orçamento regional e as contas da região e participar na elaboração dos planos nacionais;

q) Definir actos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções, sem prejuízo do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º;

r) Participar na definição e execução das políticas fiscal, monetária, financeira e cambial, de modo a assegurar o controlo regional dos meios de pagamento em circulação e o financiamento dos investimentos necessários ao seu desenvolvimento económico-social;

s) Participar na definição das políticas respeitantes às águas territoriais, à zona económica exclusiva e aos fundos marinhos contíguos;

t) Participar nas negociações de tratados e acordos internacionais que directamente lhes digam respeito, bem como nos benefícios deles decorrentes;

u) Estabelecer cooperação com outras entidades regionais estrangeiras e participar em organizações que tenham por objecto fomentar o diálogo e a cooperação inter-regional, de acordo com as orientações definidas pelos órgãos de soberania com competência em matéria de política externa;

v) Pronunciar-se por sua iniciativa ou sob consulta dos órgãos de soberania, sobre as questões da competência destes que lhes digam respeito, bem como, em matérias do seu interesse específico, na definição das posições do Estado Português no âmbito do processo de construção europeia;

x) Participar no processo de construção europeia mediante representação nas respectivas instituições regionais e nas delegações envolvidas em processos de decisão comunitária quando estejam em causa matérias do seu interesse específico.

2. As propostas de lei de autorização devem ser acompanhadas do anteprojecto do decreto legislativo regional a autorizar, aplicando-se às correspondentes leis de autorização o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 165.º.

3. As autorizações referidas no número anterior caducam com o termo da legislatura ou a dissolução, quer da Assembleia da República, quer da assembleia legislativa regional a que tiverem sido concedidas.

4. Os decretos legislativos regionais previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 devem invocar expressamente as respectivas leis de autorização ou leis de bases, sendo aplicável aos primeiros o disposto no artigo 169.º, com as necessárias adaptações.

Artigo 228.º

(Autonomia legislativa e administrativa)

Para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 112.º e nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 227.º, são matérias de interesse específico das regiões autónomas, designadamente:

a) Valorização dos recursos humanos e qualidade de vida;

b) Património e criação cultural;

c) Defesa do ambiente e equilíbrio ecológico;

d) Protecção da natureza e dos recursos naturais, bem como da sanidade pública, animal e vegetal;

- e) Desenvolvimento agrícola e piscícola;
- f) Recursos hídricos, minerais, termais e energia de produção local;
- g) Utilização de solos, habitação, urbanismo e ordenamento do território;
- h) Vias de circulação, trânsito e transportes terrestres;
- i) Infra-estruturas e transportes marítimos e aéreos entre as ilhas;
- j) Desenvolvimento comercial e industrial;
- l) Turismo, folclore e artesanato;
- m) Desporto;
- n) Organização da administração regional e dos serviços nela inseridos;
- o) Outras matérias que respeitem exclusivamente à respectiva região ou que nela assumam particular configuração.

Artigo 229º

(Cooperação dos órgãos de soberania e dos órgãos regionais)

1. Os órgãos de soberania asseguram, em cooperação com os órgãos de governo regional, o desenvolvimento económico e social das regiões autónomas, visando, em especial, a correcção das desigualdades derivadas da insularidade.
2. Os órgãos de soberania ouvirão sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional.
3. As relações financeiras entre a República e as regiões autónomas são reguladas através da lei prevista na alínea t) do artigo 164º.

Artigo 230º

(Ministro da República)

1. O Estado é representado em cada uma das regiões autónomas por um Ministro da República, nomeado e exonerado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo, ouvido o Conselho de Estado.
2. Salvo o caso de exoneração, o mandato do Ministro da República tem a duração do mandato do Presidente da República e termina com a posse do novo Ministro da República.
3. O Ministro da República, mediante delegação do Governo, pode exercer, de forma não permanente, competências de superintendência nos serviços do Estado na região.
4. Em caso de vagatura do cargo, bem como nas suas ausências e impedimentos, o Ministro da República é substituído pelo presidente da assembleia legislativa regional.

Artigo 231º

(Órgãos de governo próprio das regiões)

1. São órgãos de governo próprio de cada região a assembleia legislativa regional e o governo regional.
2. A assembleia legislativa regional é eleita por sufrágio universal, directo e secreto, de harmonia com o princípio da representação proporcional.
3. O governo regional é politicamente responsável perante a assembleia legislativa regional e o seu presidente é nomeado pelo Ministro da República, tendo em conta os resultados eleitorais.
4. O Ministro da República nomeia e exonera os restantes membros do governo regional, sob proposta do respectivo presidente.
5. É da exclusiva competência do governo regional a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento.
6. O estatuto dos titulares dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas é definido nos respectivos estatutos político-administrativos.

Artigo 232º

(Competência da assembleia legislativa regional)

1. É da exclusiva competência da assembleia legislativa regional o exercício das atribuições referidas nas alíneas a), b) e c), na segunda parte da alínea d), na alínea f), na primeira parte da alínea i) e nas alíneas l), n) e q) do nº 1 do artigo 227º, bem como a aprovação do orçamento

regional, do plano de desenvolvimento económico e social e das contas da região e ainda a adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades da região.

2. Compete à assembleia legislativa regional apresentar propostas de referendo regional, através do qual os cidadãos eleitores recenseados no respectivo território possam, por decisão do Presidente da República, ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, acerca de questões de relevante interesse específico regional, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 115º.

3. Compete à assembleia legislativa regional elaborar e aprovar o seu regimento, nos termos da Constituição e do estatuto político-administrativo da respectiva região.

4. Aplica-se à assembleia legislativa regional e respectivos grupos parlamentares, com as necessárias adaptações, o disposto na alínea c) do artigo 175º, nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 178º e no artigo 179º, com excepção do disposto nas alíneas e) e f) do n.º 3 e no n.º 4, bem como no artigo 180º, com excepção do disposto na alínea b) do n.º 2.

Artigo 233º

(Assinatura e veto do Ministro da República)

1. Compete ao Ministro da República assinar e mandar publicar os decretos legislativos regionais e os decretos regulamentares regionais.

2. No prazo de quinze dias, contados da recepção de qualquer decreto da assembleia legislativa regional que lhe haja sido enviado para assinatura, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Ministro da República assiná-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada.

3. Se a assembleia legislativa regional confirmar o voto por maioria absoluta dos seus membros em efectividade de funções, o Ministro da República deverá assinar o diploma no prazo de oito dias, a contar da sua recepção.

4. No prazo de vinte dias, contados da recepção de qualquer decreto do governo regional que lhe tenha sido enviado para assinatura, deve o Ministro da República assiná-lo ou recusar a assinatura, comunicando por escrito o sentido dessa recusa ao governo regional, o qual poderá converter o decreto em proposta a apresentar à assembleia legislativa regional.

5. O Ministro da República exerce ainda o direito de veto, nos termos dos artigos 278º e 279º.

Artigo 234º

(Dissolução dos órgãos regionais)

1. Os órgãos de governo próprio das regiões autónomas podem ser dissolvidos pelo Presidente da República, por prática de actos graves contrários à Constituição, ouvidos a Assembleia da República e o Conselho de Estado.

2. Em caso de dissolução dos órgãos regionais, o governo da região é assegurado pelo Ministro da República.

TÍTULO VIII

Poder Local

CAPÍTULO I

Princípios gerais

Artigo 235º

(Autarquias locais)

1. A organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais.
2. As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas.

Artigo 236º

(Categorias de autarquias locais e divisão administrativa)

1. No continente as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as regiões administrativas.

2. As regiões autónomas dos Açores e da Madeira compreendem freguesias e municípios.
3. Nas grandes áreas urbanas e nas ilhas, a lei poderá estabelecer, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica.
4. A divisão administrativa do território será estabelecida por lei.

Artigo 237º

(Descentralização administrativa)

1. As atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa.
2. Compete à assembleia da autarquia local o exercício dos poderes atribuídos pela lei, incluindo aprovar as opções do plano e o orçamento.
3. As polícias municipais cooperam na manutenção da tranquilidade pública e na protecção das comunidades locais.

Artigo 238º

(Património e finanças locais)

1. As autarquias locais têm património e finanças próprios.
2. O regime das finanças locais será estabelecido por lei e visará a justa repartição dos recursos públicos pelo Estado e pelas autarquias e a necessária correcção de desigualdades entre autarquias do mesmo grau.
3. As receitas próprias das autarquias locais incluem obrigatoriamente as provenientes da gestão do seu património e as cobradas pela utilização dos seus serviços.
4. As autarquias locais podem dispor de poderes tributários, nos casos e nos termos previstos na lei.

Artigo 239º

(Órgãos deliberativos e executivos)

1. A organização das autarquias locais compreende uma assembleia eleita dotada de poderes deliberativos e um órgão executivo colegial perante ela responsável.
2. A assembleia é eleita por sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos recenseados na área da respectiva autarquia, segundo o sistema da representação proporcional.
3. O órgão executivo colegial é constituído por um número adequado de membros, sendo designado presidente o primeiro candidato da lista mais votada para a assembleia ou para o executivo, de acordo com a solução adoptada na lei, a qual regulará também o processo eleitoral, os requisitos da sua constituição e destituição e o seu funcionamento.
4. As candidaturas para as eleições dos órgãos das autarquias locais podem ser apresentadas por partidos políticos, isoladamente ou em coligação, ou por grupos de cidadãos eleitores, nos termos da lei.

Artigo 240º

(Referendo local)

1. As autarquias locais podem submeter a referendo dos respectivos cidadãos eleitores matérias incluídas nas competências dos seus órgãos, nos casos, nos termos e com a eficácia que a lei estabelecer.
2. A lei pode atribuir a cidadãos eleitores o direito de iniciativa de referendo.

Artigo 241º

(Poder regulamentar)

As autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.

Artigo 242º
(Tutela administrativa)

1. A tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos e é exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei.

2. As medidas tutelares restritivas da autonomia local são precedidas de parecer de um órgão autárquico, nos termos a definir por lei.

3. A dissolução de órgãos autárquicos só pode ter por causa acções ou omissões ilegais graves.

Artigo 243º
(Pessoal das autarquias locais)

1. As autarquias locais possuem quadros de pessoal próprio, nos termos da lei.

2. É aplicável aos funcionários e agentes da administração local o regime dos funcionários e agentes do Estado, com as adaptações necessárias, nos termos da lei.

3. A lei define as formas de apoio técnico e em meios humanos do Estado às autarquias locais, sem prejuízo da sua autonomia.

CAPÍTULO II
Freguesia

Artigo 244º
(Órgãos da freguesia)

Os órgãos representativos da freguesia são a assembleia de freguesia e a junta de freguesia.

Artigo 245º
(Assembleia de freguesia)

1. A assembleia de freguesia é o órgão deliberativo da freguesia.

2. A lei pode determinar que nas freguesias de população diminuta a assembleia de freguesia seja substituída pelo plenário dos cidadãos eleitores.

Artigo 246º
(Junta de freguesia)

A junta de freguesia é o órgão executivo colegial da freguesia.

Artigo 247º
(Associação)

As freguesias podem constituir, nos termos da lei, associações para administração de interesses comuns.

Artigo 248º
(Delegação de tarefas)

A assembleia de freguesia pode delegar nas organizações de moradores tarefas administrativas que não envolvam o exercício de poderes de autoridade.

CAPÍTULO III
Município

Artigo 249º
(Modificação dos municípios)

A criação ou a extinção de municípios, bem como a alteração da respectiva área, é efectuada por lei, precedendo consulta dos órgãos das autarquias abrangidas.

Artigo 250º
(Órgãos do município)

Os órgãos representativos do município são a assembleia municipal e a câmara municipal.

Artigo 251°
(Assembleia municipal)

A assembleia municipal é o órgão deliberativo do município e é constituída por membros eleitos directamente em número superior ao dos presidentes de junta de freguesia, que a integram.

Artigo 252°
(Câmara municipal)

A câmara municipal é o órgão executivo colegial do município.

Artigo 253°
(Associação e federação)

Os municípios podem constituir associações e federações para a administração de interesses comuns, às quais a lei pode conferir atribuições e competências próprias.

Artigo 254°
(Participação nas receitas dos impostos directos)

1. Os municípios participam, por direito próprio e nos termos definidos pela lei, nas receitas provenientes dos impostos directos.
1. Os municípios dispõem de receitas tributárias próprias, nos termos da lei.

CAPÍTULO IV
Região administrativa

Artigo 255°
(Criação legal)

As regiões administrativas são criadas simultaneamente, por lei, a qual define os respectivos poderes, a composição, a competência e o funcionamento dos seus órgãos, podendo estabelecer diferenciações quanto ao regime aplicável a cada uma.

Artigo 256°
(Instituição em concreto)

1. A instituição em concreto das regiões administrativas, com aprovação da lei de instituição de cada uma delas, depende da lei prevista no artigo anterior e do voto favorável exposto pela maioria dos cidadãos eleitores que se tenham pronunciado em consulta directa, de alcance nacional e relativa a cada área regional.
2. Quando a maioria dos cidadãos eleitores participantes não se pronunciar favoravelmente em relação a pergunta de alcance nacional sobre a instituição em concreto das regiões administrativas, as respostas a perguntas que tenham tido lugar relativas a cada região criada na lei não produzirão efeitos.
3. As consultas aos cidadãos eleitores previstas nos números anteriores terão lugar nas condições e nos termos estabelecidos em lei orgânica, por decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembleia da República, aplicando-se, com as devidas adaptações, o regime decorrente do artigo 115°.

Artigo 257°
(Atribuições)

Às regiões administrativas são conferidas, designadamente, a direcção de serviços públicos e tarefas de coordenação e apoio à acção dos municípios no respeito da autonomia destes e sem limitação dos respectivos poderes.

Artigo 258°
(Planeamento)

As regiões administrativas elaboram planos regionais e participam na elaboração dos planos nacionais.

Artigo 259º
(Órgãos da região)

Os órgãos representativos da região administrativa são a assembleia regional e a junta regional.

Artigo 260º
(Assembleia regional)

A assembleia regional é o órgão deliberativo da região e é constituída por membros eleitos directamente e por membros, em número inferior ao daqueles, eleitos pelo sistema da representação proporcional e o método da média mais alta de Hondt, pelo colégio eleitoral formado pelos membros das assembleias municipais da mesma área designados por eleição directa.

Artigo 261º
(Junta regional)

A junta regional é o órgão executivo colegial da região.

Artigo 262º
(Representante do Governo)

Junto de cada região pode haver um representante do Governo, nomeado em Conselho de Ministros, cuja competência se exerce igualmente junto das autarquias existentes na área respectiva.

CAPÍTULO V
Organizações de moradores

Artigo 263º
(Constituição e área)

1. A fim de intensificar a participação das populações na vida administrativa local podem ser constituídas organizações de moradores residentes em área inferior à da respectiva freguesia.

2. A assembleia de freguesia, por sua iniciativa ou a requerimento de comissões de moradores ou de um número significativo de moradores, demarcará as áreas territoriais das organizações referidas no número anterior, solucionando os eventuais conflitos daí resultantes.

Artigo 264º
(Estrutura)

1. A estrutura das organizações de moradores é fixada por lei e compreende a assembleia de moradores e a comissão de moradores.

2. A assembleia de moradores é composta pelos residentes inscritos no recenseamento da freguesia.

3. A comissão de moradores é eleita, por escrutínio secreto, pela assembleia de moradores e por ela livremente destituída.

Artigo 265º
(Direitos e competência)

1. As organizações de moradores têm direito:

a) De petição perante as autarquias locais relativamente a assuntos administrativos de interesse dos moradores;

b) De participação, sem voto, através de representantes seus, na assembleia de freguesia.

2. Às organizações de moradores compete realizar as tarefas que a lei lhes confiar ou os órgãos da respectiva freguesia nelas delegarem.

TÍTULO IX

Administração Pública

Artigo 266° **(Princípios fundamentais)**

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

Artigo 267° **(Estrutura da Administração)**

1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

2. Para efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes.

3. A lei pode criar entidades administrativas independentes.

4. As associações públicas só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos.

5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

6. As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa.

Artigo 268° **(Direitos e garantias dos administrados)**

1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.

4. É garantido aos administrados tutela jurisdiccional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

6. Para efeitos dos n.ºs 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração.

Artigo 269º

(Regime da função pública)

1. No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração.

2. Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária.

3. Em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa.

4. Não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei.

5. A lei determina as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades.

Artigo 270º

(Restrições ao exercício de direitos)

A lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.

Artigo 271º

(Responsabilidade dos funcionários e agentes)

1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.

2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.

3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

4. A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

Artigo 272º

(Polícia)

1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.

2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.

3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.

TÍTULO X

Defesa Nacional

Artigo 273º

(Defesa nacional)

1. É obrigação do Estado assegurar a defesa nacional.

2. A defesa nacional tem por objectivos garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas.

Artigo 274º

(Conselho Superior de Defesa Nacional)

1. O Conselho Superior de Defesa Nacional é presidido pelo Presidente da República e tem a composição que a lei determinar, a qual incluirá membros eleitos pela Assembleia da República.

2. O Conselho Superior de Defesa Nacional é o órgão específico de consulta para os assuntos relativos à defesa nacional e à organização, funcionamento e disciplina das Forças Armadas, podendo dispor da competência administrativa que lhe for atribuída por lei.

Artigo 275º

(Forças Armadas)

1. Às Forças Armadas incumbe a defesa militar da República.

2. As Forças Armadas compõem-se exclusivamente de cidadãos portugueses e a sua organização é única para todo o território nacional.

3. As Forças Armadas obedecem aos órgãos de soberania competentes, nos termos da Constituição e da lei.

4. As Forças Armadas estão ao serviço do povo português, são rigorosamente apolíticas e os seus elementos não podem aproveitar-se da sua arma, do seu posto ou da sua função para qualquer intervenção política.

5. Incumbe às Forças Armadas, nos termos da lei, satisfazer os compromissos internacionais do Estado Português no âmbito militar e participar em missões humanitárias e de paz assumidas pelas organizações internacionais de que Portugal faça parte.

6. As Forças Armadas podem ser incumbidas, nos termos da lei, de colaborar em missões de protecção civil, em tarefas relacionadas com a satisfação de necessidades básicas e a melhoria da qualidade de vida das populações, e em acções de cooperação técnico-militar no âmbito da política nacional de cooperação.

7. As leis que regulam o estado de sítio e o estado de emergência fixam as condições do emprego das Forças Armadas quando se verificarem essas situações.

Artigo 276º

(Defesa da Pátria, serviço militar e serviço cívico)

1. A defesa da Pátria é direito e dever fundamental de todos os portugueses.

2. O serviço militar é regulado por lei, que fixa as formas, a natureza voluntária ou obrigatória, a duração e o conteúdo da respectiva prestação.

3. Os cidadãos sujeitos por lei à prestação do serviço militar e que forem considerados inaptos para o serviço militar armado prestarão serviço militar não armado ou serviço cívico adequado à sua situação.

4. Os objectores de consciência ao serviço militar a que legalmente estejam sujeitos prestarão serviço cívico de duração e penosidade equivalentes à do serviço militar armado.

5. O serviço cívico pode ser estabelecido em substituição ou complemento do serviço militar e tornado obrigatório por lei para os cidadãos não sujeitos a deveres militares.

6. Nenhum cidadão poderá conservar nem obter emprego do Estado ou de outra entidade pública se deixar de cumprir os seus deveres militares ou de serviço cívico quando obrigatório.

7. Nenhum cidadão pode ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico obrigatório.

PARTE IV
Garantia e revisão da constituição

TÍTULO I
Fiscalização da constitucionalidade

Artigo 277º
(Inconstitucionalidade por acção)

1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

Artigo 278º
(Fiscalização preventiva da constitucionalidade)

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Ministros da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura.

3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.

4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções.

5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República.

6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no nº 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior.

7. Sem prejuízo do disposto no nº 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o nº 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida.

8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do nº 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

Artigo 279º
(Efeitos da decisão)

1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no nº 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

3. Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Ministro da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

4. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

Artigo 280º

(Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;
- b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;

b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).

3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do nº 1 e na alínea a) do nº 2 são obrigatórios para o Ministério Público.

4. Os recursos previstos na alínea b) do nº 1 e na alínea d) do nº 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

Artigo 281º

(Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade)

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

- a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;

b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;

c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República;

d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral:

- a) O Presidente da República;

b) O Presidente da Assembleia da República;

c) O Primeiro-Ministro;

d) O Provedor de Justiça;

e) O Procurador-Geral da República;

f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República;

g) Os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes das assembleias legislativas regionais, os presidentes dos governos regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República.

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

Artigo 282º

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepção releva, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

Artigo 283º

(Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

TÍTULO II

Revisão constitucional

Artigo 284º

(Competência e tempo de revisão)

1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária.

2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções.

Artigo 285º

(Iniciativa da revisão)

1. A iniciativa da revisão compete aos Deputados.

2. Apresentado um projecto de revisão constitucional, quaisquer outros terão de ser apresentados no prazo de trinta dias.

Artigo 286º

(Aprovação e promulgação)

1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

2. As alterações da Constituição que forem aprovadas serão reunidas numa única lei de revisão.

3. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão.

Artigo 287º

(Novo texto da Constituição)

1. As alterações da Constituição serão inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários.

2. A Constituição, no seu novo texto, será publicada conjuntamente com a lei de revisão.

Artigo 288º

(Limites materiais da revisão)

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) A independência nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma republicana de governo;
- c) A separação das Igrejas do Estado;
- d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;
- h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;
- m) A independência dos tribunais;
- n) A autonomia das autarquias locais;
- o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

Artigo 289º

(Limites circunstanciais da revisão)

Não pode ser praticado nenhum acto de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência.

Disposições finais e transitórias

Artigo 290º

(Direito anterior)

1. As leis constitucionais posteriores a 25 de Abril de 1974 não ressalvadas neste capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2. O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.

Artigo 291º

(Distritos)

1. Enquanto as regiões administrativas não estiverem concretamente instituídas, subsistirá a divisão distrital no espaço por elas não abrangido.

2. Haverá em cada distrito, em termos a definir por lei, uma assembleia deliberativa, composta por representantes dos municípios.

3. Compete ao governador civil, assistido por um conselho, representar o Governo e exercer os poderes de tutela na área do distrito.

Artigo 292º
(Estatuto de Macau)

1. O território de Macau, enquanto se mantiver sob administração portuguesa, rege-se por estatuto adequado à sua situação especial, cuja aprovação compete à Assembleia da República, cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos.

2. O estatuto do território de Macau, constante da Lei nº 1/76, de 17 de Fevereiro, continua em vigor, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 53/79, de 14 de Setembro, pela Lei nº 13/90, de 10 de Maio e pela Lei nº 23-A/96, de 29 de Julho.

3. Mediante proposta da Assembleia Legislativa de Macau ou do Governador de Macau, nesse caso ouvida a Assembleia Legislativa de Macau, e precedendo parecer do Conselho de Estado, a Assembleia da República pode aprovar alterações ao estatuto ou a sua substituição.

4. No caso de a proposta ser aprovada com modificações, o Presidente da República não promulgará o decreto da Assembleia da República sem a Assembleia Legislativa de Macau ou o Governador de Macau, consoante os casos, se pronunciar favoravelmente.

5. O território de Macau dispõe de organização judiciária própria, dotada de autonomia e adaptada às suas especificidades, nos termos da lei, que deverá salvaguardar o princípio da independência dos juízes.

Artigo 293º
(Autodeterminação e independência de Timor Leste)

1. Portugal continua vinculado às responsabilidades que lhe incumbem, de harmonia com o direito internacional, de promover e garantir o direito à autodeterminação e independência de Timor Leste.

2. Compete ao Presidente da República e ao Governo praticar todos os actos necessários à realização dos objectivos expressos no número anterior.

Artigo 294º
(Incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS)

1. Mantém-se em vigor a Lei nº 8/75, de 25 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei nº 16/75, de 23 de Dezembro, e pela Lei nº 18/75, de 26 de Dezembro.

2. A lei poderá precisar as tipificações criminais constantes do nº 2 do artigo 2º, do artigo 3º, da alínea b) do artigo 4º e do artigo 5º do diploma referido no número anterior.

3. A lei poderá regular especialmente a atenuação extraordinária prevista no artigo 7º do mesmo diploma.

Artigo 295º
(Regra especial sobre partidos)

O disposto no nº 3 do artigo 51º aplica-se aos partidos constituídos anteriormente à entrada em vigor da Constituição, cabendo à lei regular a matéria.

Artigo 296º
(Reprivatização de bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974)

1. Lei-quadro, aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, regula a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974, observando os seguintes princípios fundamentais:

a) A reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois do 25 de Abril de 1974 realizar-se-á, em regra e preferencialmente, através de concurso público, oferta na bolsa de valores ou subscrição pública;

b) As receitas obtidas com as reprivatizações serão utilizadas apenas para amortização da dívida pública e do sector empresarial do Estado, para o serviço da dívida resultante de nacionalizações ou para novas aplicações de capital no sector produtivo;

c) Os trabalhadores das empresas objecto de reprivatização manterão no processo de reprivatização da respectiva empresa todos os direitos e obrigações de que forem titulares;

d) Os trabalhadores das empresas objecto de reprivatização adquirirão o direito à subscrição preferencial de uma percentagem do respectivo capital social;

e) Proceder-se-á à avaliação prévia dos meios de produção e outros bens a reprivatizar, por intermédio de mais de uma entidade independente.

2. As pequenas e médias empresas indirectamente nacionalizadas situadas fora dos sectores básicos da economia poderão ser reprivatizadas nos termos da lei.

Artigo 297º

(Eleição do Presidente da República)

Consideram-se inscritos no recenseamento eleitoral para a eleição do Presidente da República todos os cidadãos residentes no estrangeiro que se encontrem inscritos nos cadernos eleitorais para a Assembleia da República em 31 de Dezembro de 1996, dependendo as inscrições posteriores da lei prevista no nº 2 do artigo 121º.

Artigo 298º

(Regime aplicável aos órgãos das autarquias locais)

Até à entrada em vigor da lei prevista no nº 3 do artigo 239º, os órgãos das autarquias locais são constituídos e funcionam nos termos de legislação correspondente ao texto da Constituição na redacção que lhe foi dada pela Lei Constitucional nº 1/92, de 25 de Novembro.

Artigo 299º

(Data e entrada em vigor da Constituição)

1. A Constituição da República Portuguesa tem a data da sua aprovação pela Assembleia Constituinte, 2 de Abril de 1976.

2. A Constituição da República Portuguesa entra em vigor no dia 25 de Abril de 1976.

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

APOSTOLOVA, Bistra S. (Profa da Univer. de Brasília)

Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo

ÁVILA, Humberto B. (Professor da PUCRS)

Medida Provisória na Constituição de 1988

BERGER, Dora, (Dra. pela Univer. de Hamburgo, Alemanha)

Insolvência no Brasil e na Alemanha

BRITO, Edvaldo (Prof. da Universidade da Bahia)

Limites da Revisão Constitucional

CAMARGO, Ricardo A. L. (Dr. em Direito pela UFMG)

O Capital na Ordem Jurídica-Econômica

Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro

CARDOSO, A. R. Albeche (Químico-Sanitarista, Assessor Ambiental no MP)

Vocabulário Técnico de Termos Ambientais e sua Capitulção Jurídica

DANTAS, Marcelo N. Ribeiro (Prof. da Univer. Federal do RN)

A Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro

DIP, Ricardo, H. M. (Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo)

Registro Público e Segurança Jurídica

LIMA, Abili L. C. (Professor da Universidade do Paraná)

Globalização Econômica, Política e Direito –

Análise de Algumas Mazelas Causadas no Plano Político-Jurídico

LOPES, Ana Maria D'Ávila (Dra. em Direito pela Univer. Federal de MG)

Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar

MALISKA, M. A. (Prof. da UFPR)

O Direito à Educação e a Constituição

MAURER, Hartmut (Prof. da Univer. de Konstanz – Alemanha)

Elementos de Direito Administrativo Alemão

RÊGO, Bruno Noura de Moraes (Advogado em Brasília)

Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade da Lei no Brasil

SAULE, Nelson (Prof. da PUC-SP)

Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro.

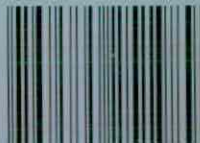
Ordenamento Constitucional da Política Urbana.

Aplicação e Eficácia do Plano Diretor.

ZANETI Jr. Hermes (Prof. da ULBRA-RS e Mestre em Direito)

Mandado de Segurança Coletivo, Aspectos Processuais Controvertidos

ISBN 857525198-8



9 798575 251989