

O conceito de lei na Constituição Portuguesa — uma perspectiva de reflexão

MANUEL AFONSO VAZ

1. A estrutura técnico-jurídica da lei¹ A polissemia do vocábulo lei

A palavra *lei* aparece à volta de 250 vezes² no texto vigente da Constituição da República Portuguesa (CRP)³. Que a palavra *lei* não tem aí significação unívoca, antes é aplicada de modo polissémico, revela-o uma simples leitura do art. 115.º da CRP. Ainda que não

¹ Determinar o sentido técnico-jurídico da lei não é o mesmo que enunciar o conceito de lei, seja o seu conceito dogmático, seja o seu conceito filosófico-jurídico. No presente capítulo, e como ponto de partida para uma indagação do conceito dogmático da lei, é a estrutura técnica em que se expressa a função legislativa que nos ocupa. Distinguindo os vários planos de abordagem do conceito lei, CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, págs. 475 e ss.; também GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986, 4.ª edição, págs. 617 e ss..

² Na maioria dos casos, aparece isoladamente, p. e., *nos termos da lei, a lei estabelecerá*; noutras casos, aparece ligada a palavras especificantes, p. e., *lei interna* (art. 29.º, n.º 2), *leis penais* (arts. 29.º, n.º 4 e 46.º), *lei geral* (art. 49.º, n.º 1), *lei geral e abstracta* (art. 18.º, n.º 3), *proposta de lei e projecto de lei* (art. 170.º), *leis gerais da República* (art. 115.º, n.ºs 3 e 4), *leis constitucionais* (no sentido de leis de revisão: arts. 122.º, n.º 1, al. a), 169.º, n.º 2 no sentido de leis pós-25 de Abril e preconstitucionais: arts. 267.º e 293.º), *forma de lei* (art. 169.º, n.º 2), *lei especial* (art. 267.º, n.º 4). Além disso, encontram-se as seguintes expressões: *preceitos legais* (art. 16.º, n.º 2), *protecção legal* (arts. 42.º, n.º 2 e n.º 4), *actos legislativos* (art. 115.º, n.º 1), *legislação regional* (art. 229.º, al. b), *medidas legislativas* (arts. 280.º e 283.º).

³ Texto da Constituição da República Portuguesa, aprovado em 2 de Abril de 1976, com as alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro. A partir daqui, a sigla CRP referenciará tal texto.

exceda a circunscrição do *acto legislativo*, das oito vezes que aí é aplicado, desdobra-se o termo lei em três significações distintas: (1) lei = acto legislativo da Assembleia da República (n.ºs 1, 2 e 4); (2) lei = lei (primeiro sentido) e decreto-lei (n.º 6), sendo certos decretos-leis e leis qualificados de leis gerais da república (n.ºs 3 e 4); (3) lei = acto legislativo, integrando as leis, os decretos-leis e os decretos-legislativos regionais (n.ºs 5 e 7).

No mesmo art. 115.º, juntamente com os actos legislativos, referem-se os regulamentos, uns e outros sob a epígrafe de actos normativos. Com este sentido global de actos normativos infraconstitucionais é o termo leis utilizado, p. ex., no art. 16.º da CRP. Quando no art. 208.º da CRP se dispõe que «os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei», a lei significa *norma jurídica*, qualquer que seja a sua forma de produção. «Leis, nesse sentido, são as normas constitucionais, as normas constantes de decretos-leis, de decretos legislativos regionais, de convenções internacionais, de regulamentos, para além das normas constantes de leis *stricto sensu*»⁴. Se neste conjunto incluímos também «as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum» (art. 8.º, n.º 1 da CRP), o vocábulo lei atinge aí a máxima compreensão jurídico-constitucional⁵.

Normas, quaisquer normas são as expressões utilizadas pela CRP ao qualificar o objecto da apreciação e fiscalização da constitucionalidade (arts. 207.º e 277.º a 283.º), sendo aí o termo lei referido aos diplomas legislativos da Assembleia da República (art. 278.º, n.º 2). Quer a Comissão Constitucional⁶ quer o Tribunal Constitucional⁷, ao preencherem o conceito de norma objecto da sindicabilidade constitucional, entenderam o conceito num duplo sentido: normas são «disposições» constantes de actos legislativos qualquer que seja o seu conteúdo; são ainda normas as «disposições» de natureza geral e abstracta qualquer que seja a sua forma. No primeiro caso, estamos

⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 617.

⁵ Também assim a doutrina e a jurisprudência alemãs perante preceito da *Grundgesetz* (GG) de conteúdo idêntico ao art. 208.º da CRP (cfr. art. 97.º, § 1 da GG). Cfr. STARCK, Christian, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1970, págs. 37 e 38, com bibliografia e jurisprudência aí citadas.

⁶ Cfr. Parecer n.º 3/78, in *Pareceres*, vol. 4.º, págs. 227 e ss.; Parecer n.º 6/78, in *Pareceres*, vol. 4.º, págs. 306-308; Parecer n.º 39/79, in *Pareceres*, vol. 10.º, pág. 6.

⁷ Cfr. Acórdão n.º 26/85, DR, II, 26-4-85; Acórdão n.º 92/84, DR, I, 7-11-84; Acórdão n.º 74/84, DR, I, 11-9-84.

perante um *conceito formal de norma*; no segundo caso, adere-se a um *conceito material de norma*⁸.

Ao aceitar como *norma* todo o acto legislativo, a par de normas que o são por serem gerais e abstractas, a jurisprudência constitucional não pode deixar de suscitar toda uma problemática, acerca da qual a Teoria do Estado e do Direito elaborou o conceito de «lei em sentido material», que a doutrina do duplo conceito de lei distingue da «lei em sentido formal» e que a dogmática do séc. XIX contrapôs «às leis meramente formais».

2. A lei em sentido formal e a lei em sentido material

Segundo a doutrina tradicional do duplo conceito de lei, *lei em sentido formal* é todo o acto parlamentar revestido da forma de lei, independentemente do seu conteúdo⁹. *Lei em sentido material* é toda a proposição jurídica, todo o preceito jurídico (*Rechtssatz*), i. é, toda a norma jurídica (*Rechtsnorm*). Utilizando um esquema clássico: *Gesetz = Rechtssatz = Rechtsnorm*¹⁰. Significa isto que para a lei em

⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, 2.ª edição, II, Coimbra, 1986, pág. 471; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 810.

⁹ Cfr. JESCH, Dietrich, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1986, pág. 9; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 2. JESCH, *ob. e loc. citados*, dá-nos nota da polémica em torno do último inciso da definição referida no texto: a admissibilidade de leis sem conteúdo normativo (tese de LABAND e GEORG JELLINER) foi contestada por ALBERT HAENEL e OTTO MAYER, o que, de resto, estava de acordo com a posição crítica destes autores relativamente aos pressupostos da doutrina do duplo conceito de lei. Cfr. também GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, in BFD, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II (jurídica), Coimbra, 1979, pág. 553. Isenta de polémica seria a definição de leis formais como os actos elaborados pelo órgão legislativo e segundo o processo constitucionalmente exigido para a formação das leis: cfr. GOMES CANOTILHO e STARCK, *obs. e locs. citados*.

¹⁰ A expressão *Rechtssatz* é indiferentemente traduzida por «proposição jurídica» e por «preceito jurídico» e equivale na terminologia tradicional da jurisprudência alemã à *Rechtsnorm*, norma ou regra de direito. Em qualquer dos casos, pretende referir o preceito jurídico (regra de direito) estabelecido e imposto pela autoridade estatal. Notar-se-á, no entanto, que, em *Reine Rechtslehre*, Kelsen dá a *Rechtssatz* a significação de uma elaboração conceitual efectuada pela doutrina, ou «uma norma simplesmente pensada sem ser querida», reservando o termo *Rechtsnorm* para o preceito jurídico — proposição de direito objectivo (= vigente). Segundo as suas palavras, «na distinção entre *Rechtssatz* e *Rechtsnorm* ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica». Contudo, o

sentido material a forma de lei não é necessária nem suficiente: as leis formais podem representar leis em sentido material, mas também os regulamentos governamentais ou autárquicos, por exemplo, o poderão ser¹¹. Os conceitos de lei em sentido formal e material configuram-se, deste modo, como dois círculos secantes: um acto legal do poder legislativo só será lei em sentido material quando contenha uma *Rechtssatz*; as *Rechtssätze* emanadas por qualquer outro órgão estatal serão leis em sentido material mas não em sentido formal¹².

Tudo isto, porém, só faz sentido a partir de um critério seguro identificador da *Rechtssatz*. Ora a juspublicística não opera com um único critério.

O mais frequente, que remonta à Antiguidade e é ainda hoje o critério mais usado, é o considerar a *Rechtssatz* e portanto a lei em sentido material como *norma*, ou seja, como a regra jurídica abstracta e geral¹³, sendo que a abstracção se refere ao suposto fáctico-situacional a regular, e a generalidade ao grupo-categorial de pessoas a que vá dirigida. É a exigência da «generalidade» ou do carácter «geral» ou «genérico» da lei¹⁴, expressões com que frequentemente se designa o carácter abstracto e geral¹⁵, que lhe permite ser regra, *norma*, premissa maior apta para o silogismo judicial.

próprio Kelsen reconhece que, «na terminologia tradicional da jurisprudência alemã, as expressões *Rechtssatz* e *Rechtsnorm* são usadas como sinónimos», vide in *Teoria Pura do Direito*, Coleção Studium, 4.ª edição, trad. de J. Baptista Machado, págs. 110-116.

¹¹ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 10.

¹² Cfr. STARCK, *ob. cit.*, pág. 22; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 619 e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 234.

¹³ «Como a grande maioria dos Autores entendemos que a lei é norma», vide JORGE MIRANDA, *Sentido e Conteúdo da Lei como Acto da Função Legislativa*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, pág. 180, com bibliografia portuguesa aí citada. Para a R.F.A., JESCH, *ob. cit.*, pág. 13 e STARCK, *ob. cit.*, pág. 21, com indicação de outros Autores alemães representativos.

¹⁴ O art. 1.º do Código Civil Português considera leis «toda as disposições genéricas providas dos órgãos estatais competentes»; também o art. 721.º, n.º 3, do Código do Processo Civil caracteriza como substantivas as disposições genéricas.

¹⁵ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição (revista e actualizada por DIOGO FREITAS DO AMARAL), tomo I, 1973, pág. 436, diz que «a generalidade da norma está na sua abstracção, isto é, em ser formulada de tal modo que não se saiba quantas pessoas, nem quais, virão a ser abrangidas pelos seus comandos». Em sentido idêntico: JORGE MIRANDA, *Decreto*, Coimbra, 1974, pág. 123, nota 517; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1985, pág. 93; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Norma Jurídica*, Polis, vol. 4; KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. port., Lisboa, 1978, pág. 215; THEODOR MAUNZ, in *Grundgesetzeskommentar*, vol. III, München, pág. 9.

Mas, para além de o conceito de «lei geral» ser diversamente entendido¹⁶, ele não era o critério adoptado pelos representantes da doutrina tradicional de raiz alemã¹⁷. LABAND, GEORG JELLINEK, MAX VON SEYDEL recusaram expressamente o critério da generalidade como elemento essencial da *regra de direito (Rechtssatz)*, ou seja, da lei material. JELLINEK é neste ponto claro, ao afirmar que qualquer decisão, incluindo quando seja tomada a título particular, se modificar o estatuto dos cidadãos, precisa de uma lei e, neste sentido, é matéria de lei. Para JELLINEK, com efeito, toda a disposição que cria direito individual novo é uma lei material, inclusive quando só se refira a uma ou várias pessoas determinadas¹⁸. JELLINEK faz parte do sector dominante da juspublicística germânica clássica para quem a lei é a *regra de direito*¹⁹.

É, porém, LABAND quem mais claramente se debruça sobre este ponto. Cingindo-nos aqui ao ponto de chegada da teorização labandiana, distingue ela duas categorias de normas: umas, *regras de direito*, têm por objecto a determinação da condição jurídica dos cidadãos e estão destinadas a produzir os seus efeitos na esfera jurídica dos indivíduos²⁰; outras, que não são *regras de direito*, não limitam os cidadãos nem criam para eles nenhum direito ou obrigação, só se referindo ao funcionamento interno do «aparelho administrativo». As primeiras, que LABAND qualifica como *Rechtsgesetze*, ou seja, leis que criam direito, regras de direito — gerais ou especiais —, são em si mesmo

¹⁶ Referindo-se à generalidade e à abstracção, características da regra jurídica, diz OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, pág. 188, «frequentemente elas são referidas como sinónimos; noutros casos são utilizadas para exprimir realidades diversas». Do mesmo facto nos dão notícia JESCH e STARCK, *obs. e locs. citados, supra*, nota 6.

¹⁷ Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, F. C. E., págs. 289-290; JESCH, *ob. cit.*, pág. 14; GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento...*, *cit.*, pág. 547.

¹⁸ Cfr. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, pág. 240 e ss.. Esta definição de lei material, que JELLINEK identifica com a *Rechtssatz*, é construída a partir do fim do direito, pois que, segundo as suas palavras, «se uma lei tem como fim próximo o delimitar a esfera da livre actividade entre pessoas, se foi ditada com o objectivo de fixar limites sociais, então contém a *Anordnung* de uma *Rechtssatz*...», se tem qualquer outro fim, não é uma lei material, mas uma lei formal.

¹⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *cit.*, pág. 612; CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, *cit.*, pág. 286.

²⁰ JESCH denomina esta construção de privatística, assim como a definição de lei daí decorrente, «porquanto parte da recíproca segregação das esferas jurídicas individuais». Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 14; no mesmo sentido, STARCK, *ob. cit.*, pág. 186. Vendo nesta concepção de lei uma decorrência da concepção moderno-iluminista de lei, CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*...», págs. 569-570.

actos de legislação qualquer que seja a autoridade donde emanam²¹; as segundas, não acarretando para os súbditos modificação da sua situação jurídica, não são regras de direito, e, por conseguinte, ao faltar-lhes o conteúdo jurídico, não podem constituir leis materiais, ainda que tenham sido ditadas em forma de leis (*Verwaltungsgesetze*)²².

No entrecruzamento da situação política com a dogmática jurídica do séc. XIX, esta ligação da regra de direito à «fixação de limites sociais» veio a concretizar-se em torno da cláusula da *liberdade e da propriedade* (*Freiheits- und Eigentums Clause*), sendo em ANSCHÜTZ a lei material definida como «o que impõe limites à liberdade pessoal em geral e à propriedade em especial»²³⁻²⁴, passando por tal cláusula a linha divisória das normas jurídicas (*Rechtsnorm*) das normas não jurídicas (*Nicht-Rechtsnorm*)²⁵.

É hoje reconhecida a total inaptidão destas fórmulas perante as realidades político-estaduais do nosso tempo. Tais fórmulas tinham um sentimento arreado a uma determinada situação política e a um deter-

²¹ Contrariamente ao que afirma CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., pág. 570, o conceito de lei material na construção dualista germânica não se entendia essencialmente como norma geral e abstracta. Na verdade, ao contrário do racionalismo-iluminista rousseauiano e do racionalismo categorial kantiano, a generalidade não era elemento decisivo da regra de direito na doutrina dualista germânica. É inteiramente correcta a lição de FÉAS VITAL, ao diferenciar a «teoria dualista da generalidade da teoria germânica da regra de direito». Assim, diz ele, «nesta, como na teoria dualista da generalidade, a noção de lei material confundir-se-á ainda com a noção de regra de direito, no sentido de que será lei todo o acto, qualquer que seja o órgão donde emana, que em si contenha uma *regra de direito*. A diferença — e é fundamental — aparece no momento em que se fixa o conceito de regra jurídica. Será regra de direito e, portanto, lei material, toda a disposição obrigatória de conteúdo geral e abstracto, ou, pelo contrário, haverá regras gerais obrigatórias que não sejam regras jurídicas? A noção de regra de direito é ou não aplicável a certas disposições de conteúdo individual? Afirmativa é a resposta dada pelos autores alemães a ambas as perguntas — nem todas as regras gerais e abstractas são leis materiais, como nem todas as leis materiais são regras gerais e abstractas». Cfr. FÉAS VITAL, *A Noção de Lei no Direito Constitucional Português*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 55.º, 1923, pág. 369.

²² Cfr. PAUL LABAND, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, trad. fr., II, págs. 261 e ss. e 381 e ss.; também em *Das Budgetrecht*..., págs. 10 e ss. e 516 e ss..

²³ Cfr. ANSCHÜTZ, artigo «Gesetz», in *WBSTVWR*, vol. 2, pág. 215.

²⁴ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, págs. 71 e 72. A concepção de ANSCHÜTZ tinha a ver com a determinação de uma reserva geral da lei e, nesse sentido, representava um avanço relativamente à posição de ARNDT, que só exigia fundamentação legal nos casos em que taxativamente (formalmente) a Administração era constitucionalmente vinculada à lei.

²⁵ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 12; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 612.

minado desenvolvimento do Direito Público²⁶, reflectindo o enquadramento das exigências políticas da cidadania, próprias do constitucionalismo moderno, na estrutura orgânica dual das constituições da monarquia limitada. Enquanto a Antiguidade havia concebido a lei como sendo antes de mais uma regra geral, o conceito segundo o qual a lei tem por função própria e por especial objecto regular o direito referente aos particulares responde directamente à preocupação política moderna de limitar a autoridade governamental e administrativa na sua relação com os súbditos, fazendo depender *essencialmente* a regulamentação do direito individual da vontade das assembleias legislativas eleitas. Este conceito de lei, tendo sido desenvolvido sobretudo na Alemanha, prevaleceu também em França na época monárquica das Cartas, particularmente durante a Carta de 1830²⁷, e é visível na Carta constitucional portuguesa²⁸. Os conceitos de lei em sentidos material e formal deveriam assim ficar comprometidos ao seu conteúdo histórico-político, pois que um aproveitamento conceitual fica sem sentido quando desligado da sua matriz genético-conspectual, tornando-se fonte de inevitáveis confusões.

No entanto, aos intérpretes da Constituição apparelhes como uma evidência a utilização pelos próprios criadores constituintes de expressões e fórmulas reconduzíveis à discussão tradicional de lei em sentido formal e material. A polissemia do conceito lei apparece como irrecusável, e expressamente se referem qualificativos de lei decorrentes de tal aparato conceitual. Expressões como «actos legislativos», «actos

²⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*...», cit., pág. 570; JBSCH, *ob. cit.*, pág. 15 e ss.; ROGÉRIO SOARES..., págs. 90 e ss.. «A doutrina do duplo conceito de lei era filha da sua época», diz GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento*..., cit., pág. 551.

²⁷ Cfr. DUGUIT, *L'État*, vol. II, págs. 293 e ss..

²⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., cit., págs. 181-184. Embora este Autor conclua que «apesar do forte cunho monárquico da Carta Constitucional, a questão da legalidade não se pôs durante a sua vigência nos mesmos termos em que se levantava naquela época nas monarquias limitadas alemãs», (pág. 184), não pode deixar-se de reconhecer no art. 144.º da Carta Constitucional de 1826 o *monarche Prinzip* próprio das monarquias limitadas. Reza o art. 144.º da Carta: «É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias». É certamente a pensar neste artigo que MARCELLO CAETANO afirma que a «Carta portuguesa era uma das mais monárquicas, senão a mais monárquica das constituições do seu tempo». Cfr. MARCELLO CAETANO, *Constituições Portuguesas*, pág. 32.

normativos» (art. 15.º n.º 6), «forma de lei» e «fazer leis» (arts. 169.º e 164.º, al. d)), «quaisquer normas» (arts. 277.º e ss.), «lei geral» (art. 49.º n.º 1), «lei geral e abstracta» (art. 18.º n.º 3), «reserva de lei» (arts. 167.º e 168.º), «regulamentos independentes» (art. 115.º, n.º 6) colocam o intérprete perante a tarefa de precisar, concretamente, o sentido e conteúdo de tais expressões. A teoria dualista da lei formal e material, desenvolvida para dominar com uma fórmula racionalística a problemática competencial da Monarquia constitucional e relativa, portanto, a uma situação política e jurídica muito específica — e provavelmente única, no dizer de JESCH²⁹ — continua a fornecer a terminologia a dogmáticas de outras racionalidades³⁰. Ao intérprete da Constituição impõe-se um conhecimento da significação originária da conceptologia, de modo a habilitá-lo a distinguir mutações de sentido, que se acolhem no mesmo aparato conceitual, radicadas, porém, em textos e contextos substancialmente diversos³¹.

Por outro lado, a história da Teoria do Direito e do Estado mostra que o conceito de lei não está predeterminado unicamente pelas tradições monárquico-constitucional e liberal do séc. XIX. A diferença entre aspectos materiais e formais do conceito de lei precede estas tradições no problema da *universalidade* da lei, problema que continua em aberto, dado a insegurança da dogmática actual relativamente a tal questão³².

Há-de ser, porém, em normas o mais possível claras e determinadas da Constituição que a investigação que nos propomos se apoiará. Por muita que seja a importância de conceitos tradicionalmente aceites para a estabilidade da dogmática jurídica geral e do próprio direito, o critério decisivo para confirmar ou estabelecer conceitos dogmáticos tem de ser a *normatividade da Constituição*. Ora, já tem sido sustentado que a constituição de 1976 define a função legislativa a partir do conceito de lei formal³³; que não existe qualquer definição material de acto legislativo constitucionalmente estabele-

²⁹ «O desenvolvimento do conceito de lei material só podia ter por base uns motivos jurídico-políticos ou políticos especiais, e provavelmente únicos», diz JESCH, *ob. cit.*, págs. 17-18.

³⁰ Reconhece ainda assim JESCH que «o aparato conceitual jurídico-político que funda a sua origem na Monarquia constitucional... chegou até nós e alguns conceitos foram recebidos nos textos constitucionais e legais»; *cf.* JESCH, *ob. cit.*, pág. 6.

³¹ *Cfr.* GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento...*, cit., págs. 544-545.

³² *Vide infra*, págs. 26.

³³ *Cfr.* MARCELLO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, Braga, 1979, págs. 255-256.

cida³⁴; que existe uma função legislativa, mas não um critério constitucional-material caracterizador dessa função, e que a lei é no Direito português um acto normativo intrinsecamente aberto, sendo o conceito de lei tendencialmente vazio no plano material³⁵. Outros, porém, defendem que da Constituição decorre um conceito material de lei³⁶, que permitirá afirmar que «os regulamentos não podem ser leis em sentido material»³⁷ e distinguir a «constituição normativa da jurisdição» da «constituição normativa da legislação»³⁸.

As posições doutrinárias apresentam-se histórica e politicamente condicionadas³⁹. Recusar os critérios de materialidade da lei de posições doutrinárias passadas, não significa, porém, a renúncia apriorística a todo e qualquer critério material de lei; antes, um critério de materialidade pode mesmo impor-se como uma necessidade sistematicamente pressuposta, numa estrutura constitucional em que a função normativo-legislativa, não se *organizando* em exclusivo no «poder legislativo», se deva distinguir de outros constitutivos normativos⁴⁰.

3. As leis meramente formais

Juntamente com o conceito da *reserva de lei*, o conceito de *lei meramente formal* é um dos temas que melhor expressa o alcance da Teoria da Lei, architectada pelos juristas das monarquias constitucionais germânicas do séc. XIX. Considerava-se aí que certos actos estatais que revestiam a forma de lei não constituíam direito. Tal doutrina caracterizava assim tais actos estatais, com forma de lei (*gesetzförmig*), como não-direito (*Nichtrecht*)⁴¹.

Do que atrás se disse da teoria dualista da lei formal e material⁴², sobressaía já que o conceito de lei material se propunha preencher o âmbito de defesa da sociedade frente ao Estado. Porque esse era

³⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa* (anotada), 2.ª edição, 2.º vol., pág. 56.

³⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 527-528.

³⁶ Cfr. JORGE MIRANDA, in *Nos Dez Anos da Constituição*, cit., pág. 184.

³⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, pág. 98.

³⁸ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*»..., cit., pág. 607.

³⁹ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 55.

⁴⁰ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*»..., cit., págs. 603-607.

⁴¹ Cfr. STARCK, *ob. cit.*, pág. 24.

⁴² Vide *supra*, págs. 181 e ss..

simultaneamente o âmbito do direito⁴³, a sociedade estava protegida contra o Estado mediante a muralha do direito⁴⁴. A *reserva da lei* acrescentava que fazer leis, ou seja, criar direito, só o pode fazer o poder legislativo, isto é, a própria sociedade representada nas assembleias legislativas. Mas o Estado, reconhecendo-se limitado pelo direito (normação das relações dos cidadãos entre si e das intervenções do Estado na sociedade), que só à «representação popular» competia ditar (intercessão do conceito de lei material com a lei formal mediante a «reserva geral de lei»), conservava-se livre em toda a área não abrangida pelo direito. Toda a esfera de organização interna do Estado era âmbito autónomo do Executivo, livre da legalidade (=direito). A essa esfera própria do Executivo pertencia o Orçamento⁴⁵. A aprovação do Orçamento caía assim fora da esfera da legislação, não fazendo parte da competência natural do Parlamento. Se, apesar disso, o Parlamento intervinha na aprovação do Orçamento, em virtude de norma especial de competência («reserva especial de lei»), tal lei seria de qualificar como lei *puramente* ou *meramente formal*⁴⁶. O conceito da lei meramente formal tem assim a específica significação de um alargamento da competência legislativa para além da fronteira natural da lei⁴⁷.

Se esta construção correspondia no plano jurídico-constitucional a um especial modo de entender a distribuição do Poder entre o Parlamento e o Governo sob o império do *monarche Prinzip*, enquadrado no plano conceitual pela teoria dualista da lei, é, no entanto, ainda hoje frequente que a Lei do Orçamento seja considerada como lei em sentido meramente formal⁴⁸, carente de conteúdo jurídico-material, porque a Lei do Orçamento nem fundamenta nem

⁴³ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, págs. 40 e ss..

⁴⁴ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 79.

⁴⁵ Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Teoria...*, cit., págs. 334 e ss.. Sendo a Lei do Orçamento a causa da construção de LABAND, o critério teórico é de molde a caracterizar como leis meramente formais as leis que determinam a organização, a competência e o modo de proceder das autoridades públicas, o sistema da fazenda pública e o regime dos serviços públicos: cfr. LABAND, *Budgetrecht...*, cit., pág. 517.

⁴⁶ A estas leis chama LABAND «leis administrativas» (*Verwaltungsgesetze*), ou seja, leis referentes à Administração, em oposição às leis referentes ao direito (*Rechtsgesetze*): cfr. LABAND, *ob. e loc. citados*.

⁴⁷ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 21 e ss.; GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento...*, cit., pág. 574.

⁴⁸ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pág. 343.

suprime direitos e obrigações de terceiros, só cria «relações jurídicas entre órgãos do Estado» e materializa-se «numa autorização da representação popular ao Governo para levar a cabo gastos aprovados»⁴⁹. Com referência ao art. 108.º da CRP, poder-se-ia ainda argumentar, como o faz MAUNZ a propósito do art. 110.º da GG, com o carácter programático da Lei do Orçamento que, contendo previsões das receitas e despesas futuras, careceria de preceitos jurídicos materiais. É com base na caracterização eminentemente previsional que as Leis do Plano costumam também ser consideradas como leis meramente formais⁵⁰.

Na dogmática tradicional, a aprovação de tratados de amizade, de paz, de rectificação de fronteiras ou quaisquer outros que contenham actos de política externa, quando sujeitos à forma de lei⁵¹, são considerados como leis puramente formais⁵². Também as leis de organização são, segundo a concepção tradicional, leis meramente formais, enquanto são normas que se limitam às relações internas entre órgãos de um mesmo órgão de soberania. Haveria ainda que incluir no conceito de lei meramente formal, segundo os critérios da doutrina tradicional, as leis de autorização em geral (art. 164.º als. *h, j e l*) e as leis de autorização legislativa ao Governo (arts. 164.º, al. *c*, e 168.º, n.ºs 2, 3 e 4)⁵³.

E, na CRP, há reflexos indiciativos da problemática das leis meramente formais. Encontrando-se todas as matérias acima referidas previstas no catálogo da «competência política e legislativa» da A. R., unicamente por força do n.º 2 do art. 169.º algumas destas matérias revestem a *forma de lei*, não sendo aqui suficiente a fórmula genérica de

⁴⁹ Assim o entende MAUNZ (-DÜRIG), *Grundgesetz*, art. 110.º, nota marginal 9, 10. Também em Itália é ainda hoje dominante a lição de SANTI ROMANO (*Principi di Diritto Costituzionale Generale*, Milão, 1947, pág. 297) e de ZANOBINI (*Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, vol. IV, 1958, págs. 442-443), que consideram a lei de aprovação do Orçamento como lei meramente formal, cujo conteúdo é tão só o de autorizar o Governo a efectuar despesas e a arrecadar receitas.

⁵⁰ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pág. 343-344.

⁵¹ Como é o caso da *Grundgesetz*, art. 59.º, 2. Significativamente, na CRP, a aprovação de tais tratados, pela Assembleia da República, toma a forma de resolução (arts. 169.º, n.º 4, e 164.º, al. i).

⁵² Cfr. MANGOLDY-KLBIN, *Grundgesetz*, art. 59.º, nota IV, 6.º; MAUNZ (-DÜRIG), *Grundgesetz*, art. 59.º, notas marginais 22 e 24; AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit. págs. 337 e ss., escrevendo antes da Revisão Constitucional de 1982, quando era duvidosa a qualificação destes actos (lei ou resolução).

⁵³ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pág. 337.



que «fazer leis sobre todas as matérias» reveste a forma de lei (art. 164.º, al. c), conjugado com o art. 169.º, n.º 2). Ademais, é expressamente reconhecido que a forma dos actos estatais pode não corresponder a uma materialidade *in nomine* pressuposta. O art. 268.º, n.º 3, da CRP, é claro a admitir essa não correspondência, pois que «independentemente da sua forma» garante-se aos «interessados recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos e executórios». É forçoso reconhecer, pois, a naturalidade com que o Legislador constituinte admite essa possível não correspondência, não sendo de excluir que uma lei seja *ratione materiae* um acto de função administrativa⁵⁴ e mesmo um acto administrativo⁵⁵.

Os problemas que a aceitação do conceito de *lei meramente formal* pode colocar à hermenêutica jurídica-constitucional podem ilustrar-se na determinação das *normas, quaisquer normas* que, segundo o art. 281.º da CRP, são objecto da fiscalização abstracta de constitucionalidade. A questão não se porá, no direito constitucional vigente, na determinação da norma por critérios de hierarquia, ou seja, de extensão vertical. Objecto de controlo de constitucionalidade são todas as normas, independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia. «O controlo das normas é, entre nós, extensivo a todos os actos jurídico-normativos vigentes na ordem jurídica portuguesa (abrange, portanto, os chamados actos normativos secundários e terciários, como regulamentos, despachos normativos, etc.)»⁵⁶⁻⁵⁷. O problema coloca-se na compreensão da norma, ou seja, em saber quando se está perante uma «disposição», que por ser *norma*, é sujeito passivo do controlo abstracto de constitucionalidade. A questão é, pois, de *caracterização da norma*: se o objecto de fiscalização de constitucionalidade são *apenas as normas*⁵⁸, tal exige um critério de natureza material.

⁵⁴ Assim em *Ciência Política*, Lisboa, 1984, pág. 152, JORGE MIRANDA caracteriza a «lei-medida» como uma lei ligada à função administrativa.

⁵⁵ Em *Nos Dez Anos da Constituição*, cit., pág. 188, JORGE MIRANDA interroga-se: «E se, a despeito de tudo, é praticado um acto administrativo sob a forma de lei, se a lei é uma decisão administrativa definitiva e executória?».

⁵⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 724.

⁵⁷ É evidente que tal pressupõe, desde logo, um conceito de norma jurídica, mas que pode surgir em qualquer degrau da produção jurídico-normativa.

⁵⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 724. «O sistema português de fiscalização da constitucionalidade é de normas e não de actos», diz, por seu turno, JORGE MIRANDA, in *Nos Dez Anos da Constituição*, cit., pág. 189.

A doutrina tradicional, ao recusar às *leis meramente formais* a natureza de *norma jurídica*, colocaria tais leis na insindicabilidade constitucional, pois «que ficam fora do controlo os actos que não revistam o carácter ou não contiverem normas jurídicas (ex. actos administrativos)»⁵⁹. Esta conclusão parece, de resto, assentar à economia da lógica constitucional, pois que actos administrativos, independentemente da sua forma, são objecto de recurso contencioso com fundamento em ilegalidade (art. 268.º, n.º 3)⁶⁰.

Será, então, de recusar o controlo de constitucionalidade à Lei do Orçamento, p. e., ou a uma «lei-medida»?

A Jurisprudência constitucional federal alemã, posta frontalmente perante a questão da Lei do Orçamento⁶¹, e a Jurisprudência

⁵⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 810.

⁶⁰ Neste sentido JORGE MIRANDA, em *Nos Dez Anos da Constituição*, pág. 189, onde sintetiza a sua posição: «consequência da posição que assumimos vem a ser — como há muito sustentamos — a negação da competência do Tribunal Constitucional para conhecer da constitucionalidade da pretensa lei cujo conteúdo se reduza a acto administrativo». Cfr. fundamentação da posição do Autor em: *Decreto*, Coimbra, 1974, págs. 121 e ss.; *Declaração de voto anexa ao parecer* n.º 3/78 da Comissão Constitucional in *Pareceres da CC*, 4.º vol., págs. 265 e ss.; *Revisão Constitucional e Democracia*, Lisboa, 1983, págs. 235 e ss..

⁶¹ A questão foi colocada ao Tribunal Constitucional Federal a propósito de um litígio sobre o financiamento dos partidos previsto na Lei do Orçamento. Aduzia-se não constituir a Lei do Orçamento fundamento para um controlo abstracto de normas, pois tal lei não contém «preceitos jurídicos materiais», nem «disposições gerais vinculativas universalmente», critérios com que o próprio Tribunal tipificava o «Direito Federal» (*BverfGe* 20, 56 (66)), sendo esta a expressão utilizada pelo art. 93.º, n.º 2, § 1. da GG: «O Tribunal Constitucional decide... no caso de divergência de opinião ou dúvida a respeito da compatibilidade formal e material do Direito Federal... com a presente Lei Fundamental».

O Tribunal não seguiu esta tese, dado, que, no exame da admissibilidade de controlos de normas, o Tribunal interpreta muito amplamente o conceito de Direito Federal contido no citado artigo da GG, bastando-lhe a forma de lei para admitir o controlo normativo (cfr. *BverfGe* 1, 396 (410); 307 (312); 4, 157 (162); 20, 56 (89 ss.)).

Que daqui não retirava o Tribunal uma superação do conceito tradicional de preceito jurídico (norma jurídica) ficou vincado numa outra decisão do Tribunal Constitucional Federal (*BverfGe* 20, 56 (92)) que, reconhecendo como norma jurídica a autorização ao Ministro das Finanças contida na Lei do Orçamento, logo declara que se deixa em aberto a questão de saber se tais preceitos autorizantes produzem efeitos só na relação entre o Parlamento e o Governo, e se ainda hoje podem tais preceitos ser considerados como leis em sentido meramente formal ou como preceitos jurídicos materiais. Daqui se retira que, nas expressões do Tribunal Constitucional Federal, se joga com o «preceito jurídico material» (*materielle Rechtssatz*), o preceito jurídico em sentido tradicional, e com o «preceito jurídico», que representa um conceito mais amplo, que, contendo o «preceito jurídico material», ultrapassa.

constitucional portuguesa, a propósito de «leis-medida»⁶², não renunciando a uma terminologia tradicional («preccito jurídico material» — *materielle Rechtssatz* —, aquela; «natureza geral e abstracta», esta), acabam por integrar no conceito de *norma* as leis que por critérios tradicionais se não incluíam nesse conceito. Bastará assim que certos actos sejam qualificados (formalmente) de legislativos para se incluírem no conceito de norma — objecto de fiscalização de constitucionalidade. É, no entanto, lícito perguntarmos da relevância formal-legislativa como critério de tal solução.

4. Lei e reserva de lei

São *actos legislativos* as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais (art. 115.º, n.º 1 da CRP). As leis são os actos legislativos da autoria da Assembleia da República (arts. 169.º, n.º 2 e 164.º al. d); os decretos-leis são os actos legislativos do Governo (art. 201.º) e os decretos legislativos regionais são os actos legislativos das Assembleias Regionais das Regiões Autónomas (arts. 229.º al. a) e 234.º).

Ligando estes preceitos às matérias que a CRP expressamente reserva a cada um dos órgãos criadores de actos legislativos⁶³, e

⁶² Tanto na jurisprudência da CC como na do TC (ver *supra* notas 6 e 7), a propósito da admissibilidade ao controlo de constitucionalidade de normas, se entendem como normas, por um lado, as estatuições gerais e abstractas contidas em actos sem força de lei, e, por outro lado, as estatuições contidas, em actos com força de lei (= acto legislativo), quer se trate de actos legislativos gerais, quer de actos legislativos particulares e concretos. Na primeira hipótese, é nítido o conceito tradicional de norma na versão material de «generalidade e abstracção»; na segunda hipótese, adopta-se um critério formal. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 724 e 810.

⁶³ Para a Assembleia da República (arts. 164.º, 167.º e 168.º) e para o Governo (art. 201.º, n.º 2) tais matérias têm uma enumeração taxativa e catalogada. Há assim entre estes órgãos uma *repartição horizontal de competências*, ou seja, há entre eles campos de legislação impermeáveis. Com este sentido não há competência legislativa exclusiva das Regiões Autónomas: não há matérias subtraídas ao domínio das leis «gerais da República». Ao nível, porém, da *repartição vertical de competências*, «em matérias de interesse específico para as Regiões que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania», não se pode negar uma competência exclusiva de «especificidade», sempre que o tratamento da matéria de interesse específico respeite as leis gerais da República.

O problema aqui levantado sintetiza-se na seguinte questão: pode uma lei ou um decreto-lei, em matérias não reservadas à Assembleia da República ou ao Governo, criar ou revogar matérias de interesse específico para a Região Autónoma, sem ser por lei geral da República, ou seja, «cuja razão de ser envolva a sua aplicação sem reservas a

atendendo que fora de tais matérias se estabeleceu entre a A.R. e o Governo uma competência paritária de legislação, abarca-se a estrutura de distribuição da função legislativa que o Legislador Constituinte, com certa originalidade estrutural e terminológica, consagrou. É, assim, relativamente fácil determinar que forma ou formas de acto legislativo tem de tomar ou pode tomar a normaçaõ legiferante sobre determinada matéria, que o mesmo é dizer, que órgão é constitucionalmente competente para legislar sobre certa matéria. A CRP teria deste modo resolvido por enumeração relacional um dos problemas desde sempre discutido na dogmática jurídico-constitucional, sob a expressão conceitual de *reserva da lei*.

Só em parte, porém, tal pode ser tomado como verdadeiro.

Face ao texto da CRP não oferece, na verdade, grandes dúvidas o determinar as matérias com incidência parlamentar excludente de incidência legiferante de outros órgãos. Neste aspecto, pode dizer-se que a CRP textualmente determina aquilo que na vigência da *Grundgesetz* a doutrina e a jurisprudência alemãs procuram estabelecer através da *Wesentlichkeitstheorie*, ou seja, um conjunto de «decisões essenciais» que devem ser subtraídas à delegação no Executivo prevista no art. 80.º da GG, isto é, um núcleo de matérias de reserva do Parlamento (*Parlamentsvorbehalt*)⁶⁴.

todo o território nacional»? Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 655-658, que, no entanto, não toma posição clara no problema aqui suscitado; JORGE MIRANDA, *A Autonomia Legislativa Regional e o Interesse específico das Regiões Autónomas*, in *Estudos sobre a Constituição I*, págs. 307 e ss., que a pág. 314 perfilha a posição indicada no texto, pelo menos na hipótese: «se a matéria constar do estatuto da Região e se se tratar de legislação apenas para a Região, somente a respectiva Assembleia Regional poderá legislar»; também SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...* cit., págs. 200 e ss. que, no entanto, privilegia o problema da «reserva de decreto legislativo regional» *versus* regulamentos governamentais independentes ou mesmo subordinados.

⁶⁴ Reflectindo esta evolução recente da jurisprudência e da doutrina alemãs, diz PIETZCKER: «até agora perguntava-se se o legislador tinha pelo menos de dar uma autorização geral que permitia ao Executivo, nos quadros do art. 80.º da GG, regular através de regulamentos os pormenores, agora pergunta-se indo mais longe se determinadas decisões são de tomar em cada caso pelo Parlamento através de lei formal, portanto, não devem ser delegadas, na via do art. 80.º, § 1, da GG, no Executivo (reserva do Parlamento)». Vide PIETZCKER, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, *JUS* 1979, pág. 712. Cfr. reflexos desta evolução em: EVERS, *JUS* 1977, 804; STARCK, *NJW* 1976, 1375 e *DÖV* 1979, 269; BETHGE, *NVIVZ* 1983, 577; BAUER, *DÖV* 1983, 55; FRANZ MAYER/FERDINAND KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª Edição, 1985, pág. 137. EBERLE, *Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt*, *DÖV* 1984, págs. 485 e ss., procura a característica essencial (*Wesentlichkeitsmerkmal*) que, à luz da jurisprudência do Tribunal

Sendo, no dizer de ROGÉRIO SOARES ⁶⁵, a «reserva do Parlamento» a maneira superlativa da reserva da lei, a reserva da lei não se reduz, todavia, à determinação da reserva do Parlamento. Visivelmente assim é numa estrutura constitucional que de modo expresse reparte a função legislativa por vários órgãos. A reserva do Parlamento é assim contraposta, em primeira linha, a actos legislativos de outros órgãos, relevando somente como questão interna de distribuição funcional da competência legislativa. É essa, de resto, a intencionalidade dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do art. 115.º da CRP.

O verdadeiro alcance da reserva da lei como expressão do princípio da legalidade ultrapassa a distribuição orgânico-funcional do poder legislativo e questiona as relações da lei perante outros actos estatais não legislativos. Trata-se, não de organizar uma função estatal, mas de delimitar as funções estatais. Reserva de lei é aqui diferente de reserva do Parlamento, do mesmo modo que o conceito de lei material é diferente de lei formal ⁶⁶. As reservas expressas de lei (ou de acto legislativo, como mais correctamente será o caso da CRP), estejam

Constitucional Federal Alemão, delimite a reserva do Parlamento frente aos «regulamentos jurídicos» (*Rechtsverordnungen*) do art. 80.º da GG.

⁶⁵ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, cit., pág. 181.

⁶⁶ Em sentido idêntico, GOMES CANOTILHO, *Lei do Orçamento...*, cit., págs. 573 e ss.. Afirma este Autor: «A reserva do Parlamento (*Parlamentsvorbehalt*) é distinta da reserva de lei (*Gesetzesvorbehalt*)». Todavia, in *Direito Constitucional*, cit., págs. 674-675, GOMES CANOTILHO designa a reserva do Parlamento por «reserva de lei (= reserva constitucional de lei = reserva horizontal de lei = reserva material de lei), através da qual a Constituição reserva à lei a regulamentação de certas matérias», e designa por «precedência da lei ou primariedade da lei (= reserva vertical da lei)» o segundo sentido de reserva da lei exposto no texto a que GOMES CANOTILHO dá a seguinte expressão: «não existe exercício de poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia anterior».

Parece-nos, porém, que só se tem a ganhar em clareza se à designada «reserva horizontal de lei = reserva constitucional de lei» ligarmos o sentido formal estrito pressuposto, ou seja, reserva do Parlamento ou reserva de lei formal. É que o conceito de lei é diferente consoante se diga que «a Constituição reserva à lei a regulamentação de certas matérias» ou se diga que «não existe exercício do poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia anterior». No primeiro caso, a lei é um dos actos legislativos; no segundo caso, a lei equivale a acto legislativo (*e significa a aceitação de uma reserva geral de lei*) e, em qualquer dos casos, embora com sentido não coincidente, trata-se sempre de *reserva constitucional de lei*.

Distinguindo três planos da reserva de lei no entendimento clássico do princípio, VIEIRA DE ANDRADE fala em *reserva do Parlamento*, *reserva de função legislativa* e *reserva do direito*. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in *Contencioso Administrativo*, págs. 38 e ss..

catalogadas ou dispersas no texto constitucional, preenchem a «reserva especial da lei», que, no dizer de PIETZCKER, são as *Gesetzesvorbehalte* (*reservas da lei*)⁶⁷. Tal, no entanto, não responde ao problema da existência ou não de uma *reserva de lei*, ou seja, de uma «reserva geral de lei».

No art. 115.º da CRP é visível esta dupla problemática: se nos quatro primeiros números do preceito é o problema da organização do poder legislativo que está em questão — a «uma reserva da lei» pode aqui contrapor-se uma «reserva de decreto-lei», ou até uma «reserva de decreto legislativo regional» —, nos n.ºs 5, 6 e 7 é a delimitação poder legislativo-poder administrativo normativo, ou seja, lei-regulamento, que está em causa — a uma reserva de lei poderá aqui eventualmente contrapor-se uma «reserva de regulamento»⁶⁸ ou, pelo menos, uma competência normativa primária e autónoma da Administração⁶⁹.

Se as duas expressões da reserva da lei estiveram historicamente ligadas, conheceram, no entanto, desenvolvimentos diferenciados consoante a preponderância dos princípios estruturantes do Estado moderno nas estruturas constitucionais concretas. Ao *princípio democrático* não interessou tanto determinar a matéria de lei, mas antes a qualificação do órgão que era chamado a emitir actos com força de lei — *reserva do Parlamento*⁷⁰; aos princípios do *Estado de Direito e de Separação de Poderes* interessou a qualidade do acto, a matéria de lei, para através dele limitar qualquer forma de arbítrio. Se o *princípio democrático* se bastava com a *autoria democrática* do acto, os princípios do *Estado de Direito e de Separação de Poderes* laboravam com os conceitos de *limitação do poder, matéria e «ratio» da lei, legitimidade do exercício de funções*, sendo estes os elementos da *reserva da lei* decorrentes de tais princípios⁷¹. Enquanto na primeira dimensão a lei é um acto da autoridade legislativa, na segunda é, antes de mais, um conteúdo, uma

⁶⁷ Cfr. PIETZCKER, Jost, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, *JUS* 1979, pág. 710.

⁶⁸ É assim claramente na Constituição Francesa de 1938, pois que, ao delimitar por via enumerativa as matérias legais, estabelece desse modo uma *reserva de regulamento*: vide arts. 34.º e 37.º da C. F. de 1958.

⁶⁹ Fazendo-se aqui intervir para além do princípio da reserva de lei o princípio da primazia da lei.

⁷⁰ Cfr. SELMER, *JUS* 1968, *Der Vorbehalt des Gesetzes*, págs. 490 e ss.; PIETZCKER, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, *JUS* 1979, pág. 712.

⁷¹ Cfr. PIETZCKER, *ob. cit.*, pág. 712. No mesmo sentido diz SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 197: «sob esta perspectiva, a necessidade da reserva da lei seria satisfeita mediante uma simples reserva da norma jurídica».

«ratio» jurídica que postula uma autoridade. Verdadeiramente só nesta última expressão se colocou histórico-dogmaticamente o problema da reserva, pois só a *reserva do direito* (*Rechtssatzvorbehalt*) — actos interventivos na esfera jurídica dos particulares — era entendida como *reserva de função legislativa* (*Gesetzesvorbehalt*), a postular uma *especial autoridade estatal* (*Parlamentsvorbehalt*), sendo que a Administração continuava soberana em tudo o que não era direito⁷². Era pois o conceito de lei (material) que determinava o conceito de reserva legal, no especial modo de conjugação dos princípios do *Estado de Direito e Democrático* próprio das monarquias constitucionais germânicas. Nos sistemas em que a representação popular (Parlamento) monopolizava a soberania, só a lei é o direito e a lei é só por si o direito, não havendo aqui verdadeiramente espaços de reserva de lei, porquanto não existem espaços subtraídos ao império da lei⁷³.

As componentes do Estado de Direito e Democrático, que se conjugaram e evoluíram conjuntamente no séc. XIX, constituindo o verdadeiro problema político do constitucionalismo, permanecem ligadas até hoje («A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático» — art. 2.º, 1.ª parte da CRP) e são ainda hoje o núcleo especificante do poder político. E, se a cada espécie do poder político correspondeu um tipo particular de legislação — como for o poder político, assim será a legislação⁷⁴ —, sendo a ideia ou o sentido da lei uma determinação *a posteriori* de um condicionamento histórico-político, a lei é numa estrutura constitucional vigente e actuante o espelho da *concreta* conjugação de tais princípios. Assim é que a discussão hodierna acerca do alargamento da reserva da lei, nuns casos, ou acerca da clarificação do campo da lei e do regulamento, noutros casos, unicamente se compreende se se distinguir quer analiticamente, ao nível «do intencional sistema político» (ou do filosófico), quer sinteticamente, ao nível «do histórico sistema político» (ou do político-jurídico)⁷⁵, as exigências que os princípios estruturantes do Estado impõem ao sentido e alcance da lei.

⁷² Cfr. GOMES CANOTILHO, *A Lei do Orçamento...*, cit., pág. 573.

⁷³ «Em sistemas em que o princípio democrático triunfou completamente não havia razão para o critério da lei material», diz CARRÉ DE MALBERG, *Teoria...*, cit., pág. 300.

⁷⁴ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*...», cit., pág. 479.

⁷⁵ As expressões são de CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*...», cit., pág. 490.

5. O conceito de lei do Estado de Direito e o conceito democrático de lei

A «generalidade e abstracção» aparece na CRP como exigência estrutural das «leis restritivas de direitos, liberdades e garantias». Tais leis, na expressão constitucional, «têm de revestir carácter geral e abstracto» (art. 18.º, n.º 3)⁷⁶. A interpretação desta disposição constitucional, se nos coloca no centro da discussão em torno da «lei-norma» e da «lei-medida», que CARL SCHMITT iniciou a propósito da legislação extraordinária permitida ao Presidente do Reich pelo art. 48.º, n.º 2, da Constituição de Weimar⁷⁷, e a que FORSTHOFF e outros⁷⁸ deram seguimento a propósito da exigência da GG de a lei restritiva de um direito fundamental «ter de valer em geral e não apenas para o caso particular» (art. 19.º, § 1, da GG), coloca-nos também perante a permanência expressa do *conceito de lei do Estado de Direito* na estrutura constitucional portuguesa. A acitação constitucional da «generalidade e abstracção» como critério de validade de leis é assim de realçar pela relação que permite estabelecer com o conceito de lei de um *Estado de Direito*, incompatível com todo o absolutismo⁷⁹. A plurisignificância da lei resulta também da expressão teórica de diferentes princípios estruturantes do Estado inerentes às expressões jurídico-constitucionais. Ao lado do conceito de lei material de

⁷⁶ Para além do art. 18.º, n.º 3, a ideia da «generalidade» da lei aparece no art. 38.º, n.º 5 («com carácter genérico») e no art. 49.º, n.º 1 («lei geral»). Em todos estes casos é a caracterização estrutural da lei que está em causa, sendo que as duas últimas menções se podem enquadrar, para efeitos da problemática aqui presente, na afirmação mais completa e de princípio do art. 18.º, n.º 3. O conceito de «leis gerais da República» do art. 115.º pertence a outra problemática, pois aí é um critério de territorialidade («cuja razão de ser envolva a sua aplicação sem reservas a todo o território nacional») que está presente na caracterização da «lei geral da República». Cfr. JORGE MIRANDA, *Nos Dez Anos da Constituição*, cit., págs. 186-187, que, no entanto, vê no conceito de «lei geral da República» uma ideia de generalidade estrutural, pois que, «para serem de aplicação de âmbito territorial geral, dificilmente poderão deixar de receber conteúdo geral».

⁷⁷ CARL SCHMITT denomina o acto legislativo do Executivo (Legislador extraordinário) de «medida», in *Diktatur des Reichspräsidenten, VVDStRL*, fasc. I, 1924, págs. 95 e ss.; também in *Legalidad y Legitimidad*, Madrid, 1971, págs. 196 e ss..

⁷⁸ A partir da *Über Massnahmegesetze* de FORSTHOFF, in *Gedachtnisschrift für Walter Jellinek* (1955), págs. 211 e ss., o conceito de «lei-medida» entrou na discussão científico-jurídica, tendo sido o tema da Reunião de Professores de Direito Público em Magúncia em 1956. Aí se destacou a contribuição de MENGER, *Das Gesetz als Norm und Massnahme*, in *VVDStRL*, n.º 15, págs. 3-32. A subjacente matriz económico-social das «leis-medida» é o ponto de partida para BALLERSTEDT, *Über Wirtschaftliche Massnahmegesetze*, in *Festschrift für Schmidt-Rimpler* (1957), págs. 369 e ss..

⁷⁹ Assim o entendem, com referência à GG, FORSTHOFF e MENGER, *obs. e locs. citados*.

construção eminentemente jurídico-dogmática, há assim que distinguir o *conceito de lei do Estado de Direito* e o *conceito democrático de lei*, conceitos de decorrência político-filosófica⁸⁰.

Os princípios do Estado de Direito, impondo-se a todo o Estado, limitam especificamente o legislador, impondo condições e exigências de validade aos actos parlamentares em forma de lei. É a liberdade do legislador que aqui se pretende limitar. A lei como *ratio*, não como *actio*, como *constitutio*, não como *voluntas*, como *raison humaine*, como *ethos do Estado*, como *nomos*, como *regra duradoira geral*, cis expressões intrinsecamente ligadas ao conceito de lei do *Estado de Direito*, a postular uma estrutura de positivação geral e abstracta⁸¹. Como diz JESCH, o conceito de «lei-medida» não pode deixar de ser um conceito oposto (*Gegenbegriff*) ao conceito de lei do *Estado de Direito*⁸².

À preocupação *garantística* que preside à configuração normatológica do Estado estruturado sob o impulso do racionalismo moderno-iluminista se deve a acentuação da previsibilidade, clareza e durabilidade do direito, que somente a lei como prescrição normativa geral e abstracta poderia assegurar⁸³. Decorre daqui que os actos legislativos que não sejam actos, p. ex., estruturalmente gerais e abstractos são considerados actos estatais inválidos, pois que entram em colisão com a racionalidade *jurídico-normativa* da lei, que na concepção moderno-iluminista conduzia a uma implícita equiparação do «abstractamente-

⁸⁰ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, págs. 24 e ss..

⁸¹ Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pág. 152; CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*»... *cit.*, pág. 564.

⁸² Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 25.

⁸³ A intenção de *garantia*, ou seja, de instituição estatutária e tuteladora dos direitos individuais e possibilitante da liberdade, cumpria a finalidade política da exigência abstracto-formal do direito e da lei. Assim o expressa CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*»... *cit.*, págs. 568-569: «...Só com esta pureza jurídica se desempenharia a lei da sua função política. O que logo se entende se tivermos presente que apenas dum modo abstracto-formal se definiria o *status* ou o quadro normativo (as estruturas genérico-abstractas ou objectivo-formais dos direitos e liberdade, fossem os direitos e liberdades comuns, e igualmente das obrigações e responsabilidades) que garantisse a realização dos fins individuais e particulares da liberdade de um modo igual e objectivo (permanente e seguro). Só assim, na verdade, com uma intenção e um objecto normativos apenas objectivo-formais, cumpriria a lei a sua função político-socialmente estatutária de garantia — instituidora e tuteladora dos direitos de liberdade e possibilitante da liberdade. Numa palavra, segundo esta estrita concepção jurídica, a lei é compreendida pura e simplesmente como norma jurídica, neste sentido: define geral e abstractamente o estatuto jurídico dos cidadãos e não se propõe (não deve propor-se) mais do que isso».

-normativo» ao direito, e deste ao «abstractamente-normativo»⁸⁴. Neste *Estado de Direito*, a exigência de estruturação genérico-formal da lei garantia a sua validade, pois *esta* lei é, só por si, o direito⁸⁵. Desfeita, porém, a equiparação racional-iluminista da lei ao direito, pela compreensão de que a lei não é, só por si, o direito — já porque a lei não é só direito, já porque a lei pode manifestar-se em contradição com o direito⁸⁶ —, a validade das leis vai implicar valorações (de direito) exógenas à sua génese e estrutura⁸⁷, pois a lei não pode ser já o fundamento normativo de si própria⁸⁸. A validade das leis pressupõe, neste Estado de Direito (não já de mera legalidade), a conformidade destas com *princípios jurídicos fundamentais*, ao serviço dos quais estará agora a generalidade, sendo as leis juridicamente inválidas, se desconformes (se *absolutamente incorrectas*, no dizer de KARL LARENZ) com tais princípios⁸⁹.

Diferente do *conceito de lei do Estado de Direito* é o *conceito democrático de lei*. Este conceito de lei assenta na soberania popular («A soberania, una e indivisível, reside no Povo», art. 3.º da CRP), sendo a lei a expressão da vontade colectiva dos seus destinatários, por estes directamente manifestada ou pelos seus representantes. A compreensão da lei como auto-determinação, como decisão sobre assuntos próprios traduz representações essenciais do conceito democrático da lei. Legislar significa que «cada um decide para todos a mesma coisa e que todos acordam a mesma coisa para cada um»⁹⁰; a liberdade é aqui o não obedecer a outra vontade que aquela a que se prestou consentimento, ou seja, é a «liberdade legal», pois legislação significa «auto-governança»⁹¹ e vinculação à lei significa «auto-

⁸⁴ «A lei é a volitivo-racional norma jurídica constitutiva do direito que, por isso mesmo, com este se identifica: a lei é o direito. O voluntarismo racionalista do pensamento jurídico moderno iluminista foi conduzido pela sua compreensão do direito a um sentido da lei que necessariamente a teria de identificar pura e simplesmente com o direito», diz CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., págs. 572-573.

⁸⁵ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., págs. 565 e ss..

⁸⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., pág. 595.

⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., págs. 483-485; JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976*, pág. 474.

⁸⁸ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., págs. 589-590.

⁸⁹ Cfr. KARL LARENZ, *Rechtiges Recht* págs. 21 e ss..

⁹⁰ Cfr. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, § 45.

⁹¹ Cfr. MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, II Livro, cap. 6. Vide art. 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e art. 2.º da Constituição Portuguesa de 1822.

-vinculação»⁹². Se estas expressões sublimadas em ROUSSEAU e em KANT puderam sustentar a compreensão da lei como preceito de uma racional universalidade normativa, enquanto prescrição normativa da *vontade geral* ou do *Legislador*, sustentaram também o positivismo decisionista triunfante ao longo do séc. XIX, pois que o Legislador foi associado redutivamente à vontade da *autoridade legislativa* democraticamente legitimada⁹³.

Com o conceito democrático de lei triunfou, pois nele se fundava, o movimento constitucional. Só que o grau de incidência da «vontade popular» não tem nas estruturas constitucionais do séc. XIX a mesma relevância. O Estado constitucional alemão nasceu como um compromisso entre o absolutismo monárquico e a democracia parlamentar. Pretendia-se manter um equilíbrio entre duas forças políticas, o governo monárquico e a *representação popular*, cada uma pugnando pela sua legitimação⁹⁴. Deste compromisso, ligado à delimitação competencial a que os textos constitucionais forçavam, surgiu o conceito de *lei material*, cuja função primeira é o determinar aquilo que «ratione materiae» reclama a autoridade da representação popular. Mas, se o conceito de lei material se abria aos referentes do *Estado de Direito* na determinação da matéria de lei⁹⁵, na luta política contra um forte poder monárquico a cooperação da representação popular veio a ser acentuada, até se converter no critério decisivo da

⁹² «Trouver une forme d'association... par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste libre qu'auparavant» é a finalidade do *contrato social* na variante democrática proposta por ROUSSEAU. Cfr. ROUSSEAU, *Contrat Social*, I Livro, cap. 6.

⁹³ «O legislador, nesse sentido, não é, portanto, o Povo e a sua 'vontade geral', mas uma entidade política dele diferenciada ou que com ele e aquela sua vontade se não pode confundir. De ROUSSEAU e KANT regressou-se a HOBBS: a lei é a prescrição normativa do *poder stricto sensu*, diz CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*»... cit., pág. 586.

⁹⁴ Esta é também a intenção da teoria da divisão de poderes em MONTESQUIEU, pois tal teoria é pensada com base em forças políticas reais, «puiſsances», a quem competiam poderes, «pouvoirs». Cfr. SCHEUNER, *Der Bereich der Regierung*, in Festgabe für Smend, 1952, págs. 280 e ss.; também JEAN JACQUES CHEVALIER, *Les Grandes Oeuvres Politiques de Maquiavel à nos Jours*, Basileia, 1982, pág. 143; ROGÉRIO SOARES, *Sentido e Limites da Função Legislativa no Estado Contemporâneo*, in *A Feitura das leis*, vol. II, pág. 433.

⁹⁵ MAX IMBODEN equipara mesmo o conceito de lei material ao conceito de lei de um *Estado de Direito*. CARRÉ DE MALBERG, ao distinguir as concepções clássicas germânica e francesa da lei, qualifica aquela como própria do «Estado de Direito alemão» e esta do «Estado legal francês». Cfr. MAX IMBODEN, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlichen Verwaltung*, Basileia, 1954, pág. 39 e CARRÉ DE MALBERG, *Teoria*, cit., e *La Loi Expression de la Volonté Générale*, Paris, 1931.

lei⁹⁶. Já neste sentido afirmava LORENZ V. STEIN que «a essência da lei consiste na co-determinação da vontade estatal através dos cidadãos»⁹⁷. Ao definir-se a lei, antes de mais, pela cooperação da representação popular há uma inversão de referentes sob a pressão da luta política: o que aparece através da cooperação da representação popular é lei, quando o ponto de partida era definir o que, por pertencer ao «Poder Legislativo, é exercido em comum pelo Rei e pelas Câmaras»⁹⁸. Nos países em que o povo adquire por uma revolução todo o poder político, e nos quais as funções do Estado foram distribuídas «ex novo» por uma constituição⁹⁹, a delimitação das mesmas já não repercute tal compromisso político. Surge aí uma outra linha cardinal do pensamento político ocidental europeu que, em França, sob a influência jacobina, defende o monismo legitimador do Parlamento. De forma enfática logo o proclama a Constituição de 1791: «*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le Roi... n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*»¹⁰⁰. Pressuposto básico do «Estado de Direito», que surge com a revolução Francesa, é a submissão de toda a autoridade estatal ao império da lei elaborada pelo Parlamento, ou seja, pela representação popular eleita através de sufrágio, como forma primeira de interditar a arbitrariedade até aí reinante.

O conceito democrático de lei opõe o «império das leis» ao império do príncipe e significa o império de um novo legislador, ou seja, o democrático. Tal legislador não conhece, por princípio, limites exteriores de forma ou de conteúdo¹⁰¹. A característica da

⁹⁶ Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 157.

⁹⁷ Cfr. LORENZ VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, I Parte, pág. 88.

⁹⁸ Vide art. 62.º da Constituição Prussiana de 31 de Janeiro de 1850.

⁹⁹ Cfr., p. ex., Constituição Francesa de 1791, Título III, Secção I; Constituição dos Estados Unidos da América, art. 1.º, Secção 8; Constituição Portuguesa de 1822, Título III, capítulo IV.

¹⁰⁰ Cfr. art. 3.º, Secção 1.º, cap. II.

¹⁰¹ «A maioria democrática decide absolutamente. Ela é não apenas a instância suprema, mas coloca-se também acima do direito», diz WERNER KÄGI, *Rechtsstaat und Demokratie, Antinomie und Synthese*, in *Der bürgerliche Rechtsstaat, I, Herausgegeben von Mehde Tohidipur*, Frankfurt, 1978, págs. 128 e ss.. Segundo este Autor a concepção decisionista-totalitária da democracia caracterizar-se-ia: 1. A maioria democrática é a instância suprema (soberana) do Estado; 2. A maioria democrática decide absolutamente; 3. A maioria democrática é onnipotente; 4. A maioria democrática é formalmente ilimitada; 5. A maioria democrática não se deixa representar; 6. A maioria democrática é indivisível; 7. A maioria democrática decide correctamente; 8. *Vox Populi = Vox Dei*.

generalidade da lei não é aqui pois uma exigência limitativa ao poder de legislar, ao contrário do conceito de lei do *Estado de Direito*. Criar leis é o mesmo que criar Direito, e tal poder está na exclusiva e livre disposição do órgão de representação popular. Ao conceito democrático de lei é assim, *ex definitione*, alheia a vinculação do legislador; tal ideia de vinculação decorre somente da componente do *Estado de Direito e de Separação de Poderes*¹⁰². A lei num *Estado de Direito* é garantia contra todo o absolutismo, daí que não possa ter por essência a *vontade* ou o *poder*, por mais democráticos que estes se afirmem¹⁰³. «*Anathema sit à concepção de que todo o direito está na disponibilidade do poder legislativo ou do povo*»¹⁰⁴. O conceito democrático de lei coloca-se, por seu turno, no campo da luta política contra poderes não democráticos¹⁰⁵, daí que se defina como a expressão de um poder democrático. O conceito democrático de lei é, assim, um conceito *político*, pois expressa antes de mais a forma pretendida «de existência política do Estado e da conformação concreta da organização do domínio»¹⁰⁶. Com este conceito de lei conquistou a burguesia a sua participação nos assuntos estatais ou mesmo a direcção política do Estado; com ele se afirmou a autodefesa da esfera individual

¹⁰² Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 157; CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 150-151, 159 e CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*... cit., págs. 580-581.

¹⁰³ Referindo as exigências fundamentais de um Estado de Direito Democrático (também no sentido de Democracia de um Estado de Direito), em contraposição à concepção decisionista-totalitária da democracia (cfr. *supra* nota 105), diz WERNER KÄGI, *ob. cit.*, págs. 144 e ss.: a) A maioria democrática não decide absolutamente; b) A maioria democrática não é omnipotente; c) A maioria democrática é limitada também por formas jurídicas; d) A democracia apenas pode existir com poderes repartidos; e) A decisão da maioria não é *eo ipso* correcta; f) A democracia é uma ordem humana.

¹⁰⁴ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pág. 307. A mesma ideia reflecte o mesmo autor a pág. 297, *ob. cit.*, pela expressão: «absoluta não é a Constituição, absoluto é o Direito».

¹⁰⁵ Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 158, onde afirma: «A garantia do Estado de Direito vai dirigida contra todo o absolutismo... Mas na realidade da luta política combate-se sempre contra o absolutismo existente. E a luta contra o absolutismo monárquico então existente (1848) significava uma luta pela democracia».

¹⁰⁶ É este o conceito político de lei no sentido schmittiano. Cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Coonstitución*, cit., pág. 155, onde o Autor recusa, porém, a concepção positivista-normatológica de contraposição do político ao jurídico, já que tanto o conceito político de lei como o conceito de lei de um Estado de Direito são entendidos como *realidades jurídico-científicas*. A dimensão da *normatividade* e a dimensão do *poder* como fórmulas actuais do conceito de lei e do secular problema da lei — *ratio* ou *je voluntas* —, cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*... cit., págs. 488.

perante o poder monárquico; com ele se firmou o princípio da legalidade da Administração na sua configuração político-liberal: o Executivo só pode intervir na liberdade e na propriedade em virtude de uma lei, a qual por sua vez é a medida da possibilidade da intervenção determinada pelos próprios afectados ou pelos representantes destes¹⁰⁷. A isto, de resto, se veio a reduzir o conceito «material» de lei da escola labandiana, porquanto traça o limite entre o poder da Representação Popular e o poder do Executivo monárquico em última análise pelo recurso à fórmula liberdade e propriedade (lei é uma invasão na liberdade e na propriedade privada¹⁰⁸), desligando-se a lei das exigências objectivas e critérios fundamentais qualitativos do conceito de lei peculiar do Estado de Direito¹⁰⁹.

Ao impôr requisitos objectivos estruturais e de conteúdo às leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º da CRP)¹¹⁰, a CRP limita expressamente o poder legislativo por imperativos de princípios do *Estado de Direito*. A explicitação de tais princípios em matéria de direitos, liberdades e garantias poderia significar, contudo, que fora de tais matérias a lei é um instrumento livre, à livre disposição do poder legislativo democrático¹¹¹. Não pode, porém, ser este o sentimento de um sistema político-constitucional que expressamente se projecta como sistema de um «Estado de Direito Democrático» (arts. 2.º e 9.º al. b) da CRP). «O respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático» (art. 9.º da CRP) impõe aqui que o poder legislativo democrático tenha de operar no quadro material do *Estado de Direito*¹¹² e à luz dos cânones e das exigências éticas

¹⁰⁷ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 29.

¹⁰⁸ Cfr. KARL SCHMITT, *Teoria de la Constitución*, *ob. cit.*, págs. 156-158. Este aspecto foi especialmente desenvolvido por ANSCHÜTZ, in *Dicionário de Direito Público e Administrativo de Stengel-Fleischman*, II, artigo *Gesetz*, pág. 214 e ss..

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, págs. 198-199.

¹¹⁰ Como requisito material ou de conteúdo cite-se a proibição de a lei restritiva atingir o conteúdo essencial do direito fundamental (art. 18.º, n.º 3, *in fine*); como requisitos estruturais citem-se: a) a lei deve revestir carácter geral e abstracto (art. 18.º, n.º 3, 1.ª parte); b) a lei não pode ter efeitos retroactivos (art. 18.º, n.º 3, 2.ª parte).

¹¹¹ A caracterização da lei na CRP como «um acto normativo intrinsecamente aberto», no dizer de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *cit.*, pág. 528, poderia sedimentar tal conclusão. Todavia, GOMES CANOTILHO tempera o formalismo subjacente à afirmação ao admitir que à forma de lei da Assembleia da República está associada a ideia de lei como prescrição normativa, política e jurídico-materialmente caracterizada. Cfr. GOMES CANOTILHO, *ob. e loc. citados*.

¹¹² Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos*...», *cit.*, págs. 486 e 590.

deste¹¹³⁻¹¹⁴. Exigências que, no entanto, podem não significar um igualitário tratamento jurídico-constitucional da lei, em face das finalidades e tarefas (a sua específica intencionalidade material) reconhecidas à lei no sistema político do Estado dos nossos dias e na estrutura jurídico-constitucional em particular. Se há planos de valores constitucionais em que «a objectiva e racional normatividade» é expressamente salvaguardada como «essência» da lei, outros há em que o «carácter político-instrumental da lei»¹¹⁵ responde a outros valores constitucionais que, se podem permitir um desvalor de características estruturais clássicas da lei (p. ex., generalidade e abstracção), não permitem, contudo, pôr em causa valores últimos do *Estado de Direito*, como sejam os princípios da igualdade e da proibição do arbítrio, os quais ficariam indefensáveis se os cidadãos pudessem ser submetidos a um «poder legislativo» enxuto de critérios materiais de normação¹¹⁶, pois que, nesse caso, o poder legislativo arrogar-se-ia *uma função administrativa isenta de uma ordem normativa*. É dentro destes limites que terá de ser perspectivada a admissibilidade constitucional das leis-medida ou leis-individuais.

6. Lei e regulamento

A estrutura normativa consagrada na CRP revela um dos aspectos mais peculiares do nosso ordenamento constitucional, no confronto com as constituições vigentes de outros Estados. Rompe-se, por um lado, com uma significação de termos e conceitos de tradição sedimentada interna e externamente; por outro lado, há conceitos e

¹¹³ Cfr. JORGE MIRANDA *A Constituição de 1976*, cit., págs. 473 e ss. e *Nos Dez Anos da Constituição*, cit., pág. 188.

¹¹⁴ Em termos de evolução histórico-valorativa a isto melhor corresponderia a fórmula «Democracia de Estado de Direito» (*rechtsstaatlichen Demokratie*) em que a «Democracia» é limitada pelo «Estado de Direito»; a fórmula «Estado de Direito Democrático» acentuaria, por sua vez, o princípio democrático. Na verdade, se do que se trata é de limitar reciprocamente pretensões «absolutos» antinómicos, então deve entender-se, ao contrário de CASTANHEIRA NEVES, que a acentuação está nas partículas adjectivantes e não nos substantivos. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»... cit., pág. 472; WERNER KÄGI, *Rechtsstaat und Demokratie*, cit., pág. 150.

¹¹⁵ As expressões são de CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»..., cit., págs. 488-489.

¹¹⁶ Cfr. Parecer n.º 3/78 da Comissão Constitucional, cit., págs. 221 e ss. e Acórdão n.º 26/85 do Tribunal Constitucional, cit.. Cfr. também JORGE MIRANDA, *Decreto*, cit., pág. 125 e CASTANHEIRA NEVES, «Assentos»..., cit., págs. 605-606.

termos novos sem correspondência em outras estruturas constitucionais. O conceito de decreto-lei exemplifica bem a primeira afirmação feita¹¹⁷; os conceitos formalizados de «actos legislativos» ilustram a segunda afirmação.

Paradoxalmente, a novidade terminológica da CRP obriga-nos aqui a um sumário excursão de retrospectiva comparativística. Não é tanto a compreensão intra-estrutural dos conceitos no texto constitucional que a isso obriga, mas a compreensão inter-estrutural de comparativística constitucional. Na verdade, a conexão entre lei e regulamento muda de ordenamento positivo para ordenamento positivo, sendo a nomenclatura técnico-jurídica o reflexo dos diferentes modos de relacionamento entre o Parlamento e o Governo. As particularidades detectáveis em cada «estrutura constitucional», porém, nem sempre obedecem a exigências de estruturação racional autónoma, pois amiúde com elas se emiscuem «o produto de concepções revolutas e de situações históricas ultrapassadas que se mantêm graças ao conhecido fenómeno da viscosidade das fórmulas jurídicas»¹¹⁸.

Enquanto o Estado absoluto não conhecia uma separação formal entre lei e regulamento, o Estado constitucional trouxe consigo a necessidade de diferenciar os actos do Estado que se produziam com a participação do Parlamento daqueles que o Executivo podia emanar por si só¹¹⁹. A doutrina do duplo con-

¹¹⁷ «Entende-se por decreto-lei toda a norma com categoria de lei que emana, por via de excepção, de um órgão que não tem o poder legislativo, concretamente do Governo ou Conselho de Ministros», diz EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA/TOMAS-RAMON FERNANDES, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 140. Esta definição de decreto-lei corresponde aos dizeres do art. 86.º da Constituição Espanhola de 1978; do art. 77.º da Constituição Italiana de 1947; do art. 55.º da Constituição Brasileira de 1967; do art. 38.º (em parte) da Constituição Francesa de 1958. Era também este o conceito de decreto-lei no constitucionalismo monárquico português e na Constituição de 1933 (ver *infra* pág. 208) até à Lei de Revisão n.º 2009, de 17 de Setembro de 1945. A CRP, ao consagrar a competência legislativa normal do Governo através de decretos-lei, «afasta-se decididamente das constituições democráticas do após-guerra que, em geral, condicionam o exercício da competência legislativa à existência de circunstâncias excepcionais, situações de urgência e necessidade, e a um apertado controlo do organismo parlamentar», cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 649, e 644-648.

¹¹⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 52.

¹¹⁹ A preocupação de delimitação conceitual é já obra dos primeiros juspublicistas do *Staatsrecht* (ROBERT V. MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches*, 1829; KARL EDUARD WEISS, *System des deutschen Staatsrechts*, 1943; LORENZ V. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, 1869). Antes, e na falta de

ceito de lei material e formal, iniciada por LABAND, precisamente ao indagar da matéria para a qual o § 2 do art. 62.º da Constituição da Prússia de 1850 exigia o acordo do Rei com as Câmaras, repercutia-se na matéria do regulamento: se a lei em sentido material se identificava com a proposição jurídica (*Rechtssatz*), o regulamento em sentido material caracterizava-se por não ser uma *Rechtssatz*. Mas assim como pode haver leis que não contêm proposições jurídicas (leis em sentido formal), pode haver regulamentos que contêm proposições jurídicas (regulamentos formais). Como o conceito de lei material delimitava na teoria novecentista alemã o âmbito do Direito frente ao Não-Direito — ou seja, a esfera jurídica e individual do cidadão frente ao Estado; o que estava «fora» do Estado (actos jurídicos) e o que estava «dentro» do Estado (actos internos, não jurídicos) —, regulamentos que caíssem dentro do âmbito do Direito eram qualificados de leis em sentido material e denominavam-se de *regulamentos jurídicos* (*Rechtsverordnungen*); regulamentos fora do âmbito do Direito, normas internas da Administração, denominavam-se *regulamentos administrativos* (*verwaltungsverordnungen*). Aquelles eram tidos por *regulamentos formais*; estes por *regulamentos materiais*.

A fórmula liberdade-propriedade, acolhida logo nos primeiros textos do constitucionalismo germânico¹²⁰, veio a determinar o âmbito do Direito (aspecto material), para o qual se exigia a colaboração do Parlamento (aspecto formal). Na sua vertente material, significava isto que as disposições do Executivo que afectavam a liberdade e a propriedade dos cidadãos eram consideradas leis em sentido material (regulamentos jurídicos); as disposições que não intervinham nessa esfera individual qualificavam-se de regulamentos em sentido material (regulamentos

terminologia precisa, a distinção somente decorria da fórmula de promulgação: certas regulamentações emanadas do monarca mencionavam o consenso dos estamentos. Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 181; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 78, nota 127.

¹²⁰ É porém de notar, com JESCH, *ob. cit.*, pág. 185, que ao nível doutrinal a equiparação entre a cláusula da liberdade e da propriedade e os actos de intervenção só se estabelecerá verdadeiramente com ANSCHÜTZ que, *per definitionem*, limita o conceito de lei material aos actos de intervenção na liberdade e na propriedade. No entanto, em geral, o «conceito histórico-convenção da *Rechtssatz*» é identificado com as normas «limitativas» da liberdade e da propriedade. Cfr. THOMA, *Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrechts*, Homenagem a OTTO MAYER, 1916, págs. 170 e ss. e in *HDSTR*, vol. II, pág. 223; também CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 156 e ss..

administrativos). A vertente formal implicava, aqui, que os regulamentos que intervinham na liberdade e na propriedade dos cidadãos (regulamentos jurídicos) tinham de basear-se numa habilitação em forma de lei, pois tal era o sentido da reserva legal: os actos de intervenção na propriedade e na liberdade dos cidadãos tinham de produzir-se em forma de lei ou, então, com base numa lei. Regulamentos jurídicos só seriam assim permitidos *secundum legem*. É este o sentido e a origem históricos da *Rechtsverordnung*.

Não sendo hoje aceitáveis os pressupostos da distinção clássica entre regulamentos jurídicos e regulamentos administrativos¹²¹, é de notar que a permissão ao Executivo para legislar em matérias da reserva da lei, quando uma lei o autorize, perdura nas estruturas constitucionais contemporâneas, independentemente do sentido e alcance estruturais do princípio da legalidade. A terminologia, contudo, difere: a GG, art. 80.º, § 1, conserva a expressão *Rechtsverordnung* (regulamento jurídico); a Constituição Francesa de 1958, art. 38.º, designa o instituto por *ordonnance*; a Constituição Italiana de 1947, arts. 76.º e 77.º, fala de *decretos con valor de lei ordinária*; a Constituição Espanhola de 1978, art. 85.º, consagra a expressão *decretos legislativos*; a CRP utiliza a expressão *decretos-lei... no uso de autorização legislativa* (art. 115.º, n.º 2).

Para além das *Rechtsverordnungen*, na Teoria clássica do Direito Público, o Executivo monárquico detinha um poder regulamentar próprio, que se exprimia pelas seguintes formas:

a) *Regulamentos de urgência*. «Disposições legais extraordinárias que, por sua natureza, necessitam do assentimento estamental, mas que se impõem pelo bem do Estado ou pela conservação da ordem pública seriamente ameaçada e cujo fim se frustraria em todo ou em parte em caso de demora»¹²². Uma vez tais disposições tomavam a forma de lei (já que se tratava de uma legislação que normalmente exigiria a forma de lei), outras vezes tomavam a forma de decreto (pois lhe faltava o critério decisivo da lei — a cooperação do Parlamento). Tais regulamentos de urgência tinham, porém, de «ser apresentados aos estamentos em sua próxima reunião para sua aprovação *ex post* e,

¹²¹ Essencialmente por colocar fora do direito, do jurídico, todas as normas não «interventivas» na esfera dos cidadãos. Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., págs. 416-420 e 439.

¹²² Lei de Lippe de 1867: cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 188.

se esta não se dava, ficavam sem efeito»¹²³. É esta a origem e é este o sentido tradicional dos *decretos-lei* e da *ratificação*. Com este sentido apareceram os conceitos no constitucionalismo monárquico português¹²⁴, na Constituição de 1933¹²⁵ até 1945¹²⁶, e aparecem, ainda hoje, na maioria das Constituições contemporâneas¹²⁷.

A CRP não acolheu este sentido de decreto-lei e desconhece o instituto na sua significação tradicional, pois legislar através de decretos-lei é uma competência *normal* do Governo (art. 201.º da CRP). Consagra, no entanto, a CRP o instituto da ratificação (art. 172.º), dando-lhe, porém, um alcance alargado, que ultrapassa e desvirtua mesmo o sentido tradicional e hoje ainda dominante do instituto.

b) *Toda a normaçoão referente a matérias fora da reserva legal* — ou seja, todas as normas não limitativas da liberdade e da propriedade no âmbito das «relações gerais de poder» e todas as normas, mesmo ablativas da liberdade e da propriedade dos cidadãos, no âmbito das «relações especiais de poder»¹²⁸ — *tinham carácter regulamentar*.

¹²³ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 188.

¹²⁴ Deve, porém, notar-se que nenhuma das constituições monárquicas (1822, 1826 e 1838) admitiam os decretos-leis. Estes, ainda assim, impuseram-se como prática *contra constitutio-nem scriptam*. Como diz GOMES CANOTILHO, já nessa altura a 'verdade real' não correspondia à 'verdade constitucional'. Dadas as frequentes crises do parlamentarismo monárquico, o Governo legislava através de decretos ditatoriais que as Cortes, após as eleições, ratificavam ou convalidavam através do *bill de indemnidade*. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 644-646; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, I, págs. 241-242.

¹²⁵ Cfr. art. 108.º, n.º 2 e § 3.º da Constituição de 1933.

¹²⁶ Cfr. *supra* nota 117, pág. 205.

¹²⁷ Cfr. *supra* nota 117. Aos exemplos aí apontados acrescente-se o da *Grundgesetz*. Não tendo o instituto do «decreto-lei» no sentido tradicional apoio expresso sob a GG, «o Tribunal Constitucional Federal, para evitar dificuldades que resultariam de a Administração estar impedida de actuar por causa da falta de bases legais exigidas, considera como bastante ser a Administração conduzida com fundamento noutras prescrições jurídicas que não careçam dessas exigências, como seriam as de direito consuetudinário ou de princípios jurídicos gerais e também de prescrições administrativas; isto, sem dúvida, para um prazo razoável de tempo e até poderem ser encontradas as correspondentes regulamentações legais (cfr., v. g., *BVerfG*33, 266; 51, 287; *BVerwG*41, 266; 48, 312; 51, 242; 56, 161)», diz FRANZ MAYER/FERDINAND KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., 1985, pág. 138. WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, pág. 184, fala a este propósito de *Sonderverordnungen* e de medidas policiais urgentes (*unerlässliche Gefahrenabwehr*) baseadas em direito consuetudinário e não na lei formal.

¹²⁸ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, págs. 2 e 206 e ss.; SÉRVULO CORREIA, *A Legalidade...* cit., pág. 80.

O Executivo detinha assim um poder primário e autónomo de ditar regulamentos, desde que a matéria não fosse reservada ¹²⁹. É sabido que a expansão do princípio democrático à globalidade do poder estatal dissipou a base de legitimação normativa autónoma do Executivo fundada no *monarche Prinzip* ¹³⁰. Aos fundamentos monárquicos da legitimidade do Executivo contrapôs, desde logo, a tradição jacobino-republicana francesa o «monismo» parlamentar ¹³¹, que excluía qualquer ideia de norma primária e autónoma à margem do Parlamento ¹³². As constituições parlamentares vieram, depois, a generalizar-se na Europa do séc. xx, consoante iam sendo vencidos os últimos resquícios monárquicos novecentistas ¹³³.

Justamente, porém, questiona-se nos nossos dias se, ultrapassada culturalmente a questão da legitimidade política pela sedimentação do princípio democrático ¹³⁴, se justifica hoje a monopolização normativo-legislativa do Parlamento, perante as características de tal órgão, e face às preocupações directivas e conformadoras do Estado dos nossos dias ¹³⁵. Terão sido razões desta índole que fundamentam o poder de norma primária e autónoma ¹³⁶ que, quer a Constituição Francesa de 1958, quer a

¹²⁹ Em termos de «reserva geral da lei», a que se faz menção no texto, ou então por «reservas especiais da lei». A primazia da lei colocava também limites ao poder regulamentar autónomo.

¹³⁰ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 35.

¹³¹ Sobretudo nas Constituições a partir do Ano VIII e especificamente na Constituição de 1875. Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...*, cit., págs. 297 e 308 e ss.; ANGEL GARRORENA MORALES, *El Lugar de la Lei en la Constitución Española*, CEC, Madrid 1980, págs. 22 e ss..

¹³² Assim também a Constituição Portuguesa de 1911.

¹³³ Após a II Guerra Mundial, como reacção à precedente insubmissão de certos executivos, são de notar a Constituição Italiana de 1947; a Constituição Francesa de 1948; a Lei Fundamental de Bona, 1958; a Constituição Austríaca; a Constituição Japonesa de 1946. Refira-se ainda, com o mesmo sentido, a Constituição Espanhola de 1978.

¹³⁴ «No Estado moderno de massas articuladas politicamente pelos partidos, o Governo-Administração aparece tão 'legitimado' como o Parlamento. O postulado da necessidade de uma base parlamentar para toda a actuação administrativa não é congruente com a nova configuração do poder de 'liderazo' do Governo, nem de uma Administração prestadora e não limitativa dos direitos particulares», diz ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, *Lei e Regulamento en el Derecho Público Occidental*, I.E.A., Madrid, 1971, pág. 362.

¹³⁵ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pág. 342; ROGÉRIO SOARES, *A Administração Constitutiva*, cit., págs. 175-177; CASTANHEIRA NEVES, «*Assentos...*», cit., pág. 489; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 50-51 e 196.

¹³⁶ «Actos iniciais e incondicionados» lhes chama RUI MACHETE, *O Contencioso Administrativo*, pág. 41.

Constituição Portuguesa de 1976 conferem ao Governo em matérias não catalogadas como de reserva da lei (=reserva do Parlamento). A CRP designa tal normaçoão por «actos legislativos»¹³⁷, tipificando-os como *decretos-leis* (arts. 115.º n.º 1 e 201.º, n.º 1 al. a); a Constituição Francesa de 1958 fala em *decretos que incidem sobre matérias que «revestem carácter regulamentar»* (art. 37.º).

Quão longe está no actual modelo francês de legalidade aquele «Estado legal» a que se referia apologeticamente CARRÉ DE MALBERG! Como nota SÉRVULO CORREIA, o modelo francês actual de legalidade corresponde a um Estado de tipo judicialista (*Jurisdiktionsstaat*), no qual se restringe o papel reservado à lei formal (e portanto ao Parlamento) e se colocam os tribunais na função de eixo principal de defesa dos cidadãos contra o arbítrio administrativo¹³⁸; pelo contrário, a Alemanha, sob a GG, constitui exemplo do «Estado legislador» (*Gesetzgebungsstaat*)¹³⁹, cujo postulado é o de que a actividade da Administração pressupõe normalmente uma lei formal¹⁴⁰.

¹³⁷ «A constituição material dos nossos dias expulsou pela porta a competência regulamentar autónoma ou independente do Executivo, mas, poderíamos talvez dizê-lo, fá-la reentrar pela janela sob o disfarce legislativo», diz AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, pág. 164.

¹³⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 55 e ss.. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, págs. 48 e ss..

¹³⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 77.

¹⁴⁰ Não deixa de ser curiosa a permuta de «tradições» observada nas actuais estruturas constitucionais destes dois espaços da juspublicística. A Constituição de Weimar e, mais claramente, a Lei Fundamental de Bonn renunciaram, com efeito, à tradição dualista alemã, enquanto a actual Constituição Francesa instaura uma bipartição de poderes. Já se afirmou, de resto, (cfr. GARRORENA, *ob. cit.*, pág. 32) que a Constituição francesa da V República, com a sua *reserva de regulamento*, representa em nossos dias o ponto mais atrevido a que conseguiu chegar a concepção genuinamente germânica da lei, ao mesmo tempo que a Lei Fundamental de Bonn aparece como a expressão mais nítida da total submissão do Executivo à lei, própria do «Estado legal» francês. Esta inversão de tradições é, no entanto, mais aparente que real. Expliquemo-nos. É que, se os actuais textos constitucionais, aparecendo em reacção a «estruturas» constitucionais tidas por inadequadas (no caso francês, a Constituição de 1958 aparece como reacção à debilidade da IV República, em que a excessiva vinculação do Governo à lei parlamentar foi vista como causa da paralisia governamental, agravada com a fragmentação do quadro parlamentar; no caso alemão, a GG dá corpo à reacção frente à aberrante soltura legal do regime nazi), não contradizem de todo a dialéctica de uma cultura e vivência constitucionais não escritas. Isso é visível no desenvolvimento do «Estado de Direito» alemão que sempre terá entendido o direito como anterior à lei (cfr. MALBERG, *ob. cit.*, pág. 301), tendo esta um valor instrumental de revelação do direito, que, defensivamente, se materializou na cláusula «liberdade-propriedade». Mas, porque assim era, esta mesma cláusula pôde expandir-se até chegar a incluir toda a acção

c) *Todas as regulamentações internas do Executivo, quer referentes à sua estrutura organizatória quer referentes às instruções a órgãos administrativos subordinados, eram matéria de regulamentos administrativos em sentido técnico*¹⁴¹.

A CRP atribui à matéria da organização e funcionamento do Governo carácter legislativo, mas consagra-a como matéria da exclusiva competência legislativa do Governo, constituindo uma verdadeira *reserva de decreto-lei* (art. 201.º, n.º 2, da CRP). Na Constituição Francesa de 1958 também tal matéria está subtraída ao domínio da lei e é da exclusiva competência do Governo, ou seja, de acordo com a terminologia da Constituição Gaullista, «reveste carácter regulamentar» (arts. 34.º e 37.º). Mesmo em sistemas de procurada «reserva geral da lei», como o da GG¹⁴²,

pública, na medida em que se reconheça que qualquer actuação estatal afecta, de um modo ou de outro, a liberdade dos cidadãos. Se isso obrigava a um correlativo alargamento do domínio da lei, não se perdia de vista que, acima desta ou por meio desta, se afirma o direito. É nesta tradição que, ultrapassado o período do *Nichtrecht* nazi, se enxerta o art. 20.º, 3, da Constituição de Bonn, ao dispor que «os poderes executivo e judicial estão vinculados à lei e ao direito». No caso francês, mau grado o «Estado legal» propugnado por MALBERG, sempre veio ao de cima a concepção bonapartista partidária da «grandeur» de executivos fortes, que dificilmente se conciliava com o entendimento da lei como «expression de la volonté générale», que tudo podia e não podia sofrer alguma limitação nem restrição. Como diz BERNARD CHAUTEBOU (in *Mélanges offerts a Georges Burdeau, Le Pouvoir*, Paris, 1977, pág. 50) «não podia deixar de ser chocante ver o Parlamento delegar o seu poder de legislar no Governo, seu adversário presumido. Isso significava mais do que uma violação da Constituição, uma incoerência, uma negação da lógica do sistema». Mas, é o mesmo autor que faz notar que tal prática de legislação delegada, longe de ser uma incoerência, está dentro da lógica formal do regime parlamentar monista. Assim, diz ele, «como vimos o regime parlamentar monista é um regime de Assembleia e a delegação do poder legislativo ao órgão investido da função executiva decorre da lógica do regime da Assembleia. A partir do momento em que o Governo não é mais que um Comité eleito pela Assembleia em seu próprio seio, removível *ad nutum*, deixa de haver qualquer razão que impeça tal delegação». A própria exigência de delegação veio progressivamente a quebrar-se pelo apelo a técnicas normativas excepcionais, de duvidosa senão clara inconstitucionalidade formal, com que se procurou fortalecer o executivo sob a pressão das tarefas a ele cometidas. Assim apareceram: a) as «leis de habilitação» ou de «plenos poderes», contrários ao art. 13.º da Constituição de 1946, que autorizavam o Governo a ditar autênticas leis, ainda que a terminologia empregue fosse a de «decrets-lois»; b) as «lois-cadre», ao tempo de Léon Blum, com fixação de parâmetros gerais, permitindo ao Governo, por regulamento, todo o desenvolvimento posterior; c) a lei, de 17 de Agosto de 1948, reconhece a existência de matérias «reglementaires par nature», reserva de regulamento, consagrada depois no art. 37.º da Constituição de 1958.

¹⁴¹ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 189; também ALONSO QUEIRÓ, *Lições*, cit., págs. 55-57: «os regulamentos de organização constituem um *Urgeuvalt*, autónomo e indefinível».

¹⁴² Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 37 (nota 59) e págs. 77 e ss..

cabe ao Executivo um âmbito próprio de poderes de organização constitucionalmente prescrito (art. 65.º da GG)¹⁴³. Poderes que a Constituição Espanhola de 1978 parece não reconhecer sem reservas nem à Administração nem ao Governo (arts. 103.º, n.º 2 e 98.º, n.º 4)¹⁴⁴.

«Dirigir os serviços e a actividade da Administração directa do Estado, civil e militar, superintender na Administração indirecta e exercer a tutela sobre a Administração autónoma» é um poder próprio do Governo no exercício de funções administrativas (art. 202.º, al. *d*) da CRP). Independentemente da forma que tomem os actos de *direcção e superintendência*, sendo actos estruturalmente internos¹⁴⁵, são subtraídos à normaço legislativa¹⁴⁶, ainda que a lei deva estabelecer «adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativa», sem prejuízo, no entanto, «dos poderes de direcção e de superintendência do Governo» (art. 267.º, n.º 2 da CRP). Já no que se refere aos poderes tutelares sobre a administração autónoma, consistindo a *tutela administrativa* sobre as autarquias locais «na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos», sendo «exercida nos casos e segundo as formas previstas na lei» (art. 242.º da CRP), o poder de tutela é apenas de *legalidade*, o que significará

¹⁴³ Como, porém, na GG os poderes de organização do Governo estão distribuídos pelo Legislativo e pelo Executivo, é campo de controvérsia a delimitação da matéria de organização do Governo como área vedada ao Legislativo (reserva da Administração). Cfr. HARTMUT MAURER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, in *VVDStRL*, n.º 43, 1985, págs. 151 e ss. e 170 (VII) e FRIEDRICH E. SCHNAPP, *ibidem*, págs. 92 e 201.

¹⁴⁴ Cfr. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA / TOMAS-RAMON FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 191. Não é inteiramente correcta a afirmação de SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, pág. 236 (nota 395), de que «a Constituição Espanhola de 1978 confere cobertura constitucional directa aos regulamentos editados 'sine lege praevia' no exercício de poderes próprios da Administração». A afirmação só poderia referir-se af aos regulamentos organizatórios e não aos regulamentos normativos *ad extra*, pois que estes não podem ser independentes da lei. Mesmo os regulamentos organizatórios estão sujeitos a regras de organização administrativa que a Constituição Espanhola enuncia (arts. 97.º e 103.º, v. g.), sendo que, segundo o art. 103.º, 2, «os órgãos da Administração do Estado são criados, regidos e coordenados de acordo com a lei».

¹⁴⁵ Só enquanto condução (direcção) administrativa interna se configura aqui uma «reserva de administração»: o processamento administrativo com efeitos externos está legislativamente ocupado (cfr. art. 267.º, n.º 4 da CRP). No mesmo sentido, perante a GG, HARTMUT MAURER e FRIEDRICH E. SCHNAPP, *obs. e locs. cit.*.

¹⁴⁶ «Também este poder (poder regulamentar de direcção) é 'originário' e pertence naturalmente aos agentes hierarquicamente superiores», diz AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., págs. 58 e 453 e *Teoria dos Regulamentos*, in *RDES*, Ano I (2.ª Série), n.º 1, pág. 13.

que os regulamentos emanados das autoridades com poder tutelar são *regulamentos de execução* das leis «limitativas» do poder das autarquias locais (art. 242.º da CRP)¹⁴⁷.

d) *Tomavam ainda a forma de regulamentos as normas emanadas pelo Executivo para promover a execução das leis*¹⁴⁸.

É neste sentido que a CRP parece ter aceite o termo regulamento (arts. 202.º al. c) e 115.º n.ºs 5, 6 e 7)¹⁴⁹. Como norma que «dispõe» sobre direito existente, ou com base nele, o regulamento contrapõe-se na economia do art. 115.º da CRP aos *actos legislativos*. É este conceito de regulamento que está presente no art. 21.º da Constituição Francesa de 1958 («O Primeiro Ministro... promove a execução das leis...»). Aqui, porém, o termo e o conceito de regulamento têm de contrapor-se à lei e aos regulamentos independentes do art. 37.º. Também a GG atribui à Administração Federal (art. 86.º) e à Administração dos Estados (art. 84.º) o poder de executar as leis através de «normas administrativas de carácter geral» (*allgemeinen Verwaltungsvorchriften*). Aqui, estas normas administrativas contrapõem-se às leis e aos regulamentos jurídicos do art. 80.º da GG.

A par da clarificação terminológica, o atrás exposto parece forçar à conclusão de que o poder normativo autónomo e primário está na CRP ocupado pelos actos legislativos, sendo o regulamento um «acto de outra natureza» não só por razões de *hierarquia* (primazia do acto legislativo) mas também por exigências de *conformidade* (reserva de acto legislativo = reserva geral de lei)¹⁵⁰. O regulamento seria, assim,

¹⁴⁷ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 279.

¹⁴⁸ Cfr. JESCH, *ob. cit.*, pág. 188.

¹⁴⁹ O carácter não categórico da afirmação fica-se a dever às divergências doutrinárias relativamente à caracterização dos regulamentos independentes referidos no n.º 6 do art. 115.º da CRP. A tais divergências nos referiremos *infra* págs. 214-215.

¹⁵⁰ Notar-se-á que nos estamos a referir exclusivamente aos regulamentos governamentais. As presentes considerações deixam de lado a normação regulamentar das autarquias locais. Nos termos do art. 242.º da CRP, «as autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias locais de grau superior ou das autoridades com poder de tutela». Daqui deriva um poder regulamentar autónomo reconhecido às autarquias para a prossecução das respectivas atribuições. Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 261 e ss. «O papel da lei ordinária, quanto a esse poder (poder regulamentar autárquico), é em rigor apenas o de delimitar, não podendo comprimi-lo livre e arbitrariamente», diz AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos Regulamentos*, cit., pág. 12.

sempre um acto normativo da Administração *sujeito à lei e complementar da lei*¹⁵¹. Para os defensores deste entendimento não infirmaria tal tese o facto de o n.º 6 do art. 115.º da CRP admitir expressamente os «regulamentos independentes», pois que tais regulamentos, em conexão com a 2.ª parte do n.º 7 do mesmo artigo, seriam «aqueles em que a lei (existe sempre a vinculação positiva da administração) se limita a indicar a autoridade que poderá ou deverá emanar o regulamento e a matéria sobre que versa»¹⁵². Existiria, assim, sempre uma exigência de *conformidade legal*, ainda que só de *legalidade formal*, ou seja, restrita à atribuição legal da competência subjectiva e objectiva para a emissão dos regulamentos (art. 115.º n.º 7). A isto se acrescentariam razões de economia constitucional, pois «se o Governo tiver necessidade de criar disciplina normativa autónoma e originária tem sempre à sua disposição o instrumento dos decretos-leis»¹⁵³.

Outros autores¹⁵⁴, porém, sustentam a admissibilidade constitucional de regulamentos independentes no sentido doutrinal dominante, ou seja, regulamentos não derivados nem fundamentados em lei habilitante anterior¹⁵⁵. A tese favorável à admissibilidade dos

¹⁵¹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 675.

¹⁵² Cfr. GOMES CANOTILHO, *ibidem*.

¹⁵³ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, vol. 2, anotação IV ao art. 202.º; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *ob. cit.*, pág. 675. Para além destes Autores, também ESTEVES DE OLIVEIRA e RUI MACHETE tomam uma posição clara contra a admissibilidade dos regulamentos independentes: cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, págs. 115 e 116 e RUI MACHETE, *O Contencioso Administrativo*, págs. 40 e 41.

¹⁵⁴ Favoráveis à tese da admissibilidade dos regulamentos independentes na CRP afirmam-se: AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., págs. 421-427, 456 e 468; também em *Teoria dos Regulamentos*, cit., pág. 12, mantém AFONSO QUEIRÓ a posição favorável em face do texto vigente da CRP; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 204 e ss.; JORGE MIRANDA, *A Competência do Governo na Constituição de 1976*, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. III, págs. 633 e ss. e 644 (perante a versão da CRP não revista); CARDOSO DA COSTA, no seu voto de vencido ao Acórdão n.º 92/84 do TC, *Diário da República*, I Série, n.º 258, 7/11/84, pág. 3427; VIEIRA DE ANDRADE, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, cit., págs. 65 e ss..

¹⁵⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., designa estes regulamentos como *regulamentos autónomos*. A maioria dos Autores reservam, contudo, a designação de regulamentos autónomos para as normas administrativas emitidas pelos entes públicos não governamentais no uso de poderes de produção normativa inicial ou primária, enquanto que os *regulamentos independentes* são aqueles que a Administração edita sem qualquer referência imediata a uma lei — não visam nem executar (*regulamentos executivos*) nem complementar (*regulamentos complementares*) nem integrar, detronar ou modificar (*regulamentos delegados*) o conteúdo de uma norma legal anterior. Cfr. AFONSO QUEIRÓ, SÉRVULO CORREIA e VIEIRA DE ANDRADE, *obs. e locs. citados na nota anterior*.

regulamentos independentes, assim entendidos, não se sustentando na reivindicação de um campo livre da Administração à maneira do constitucionalismo monárquico (afirma, pelo contrário, que não são hoje pertinentes as razões de desconfiança perante o Executivo democraticamente legitimado e para quem valem os princípios gerais do Direito, o princípio da constitucionalidade, o «bloco da legalidade» e os princípios gerais de Direito Administrativo¹⁵⁶), configuram a admissibilidade dos regulamentos independentes como a única forma de a Administração prosseguir, com eficiência e justeza, os interesses públicos, sobretudo em áreas em que a dinâmica real se não compadece com os inevitáveis entraves do processo legislativo, como serão as áreas da administração económica e de prestações¹⁵⁷. Para AFONSO QUEIRÓ, «o fundamento jurídico do poder regulamentar independente encontra-se no art. 202.º, al. c) e g) — e está fora do previsto e imposto no art. 115.º, n.º 7, da CRP, preceito que não considerou a especificidade dos regulamentos em questão»¹⁵⁸. SÉRVULO CORREIA, por seu lado, sustenta, em tese, a compatibilidade dos regulamentos independentes à luz do n.º 7 do art. 115.º, da CRP, pelo entendimento lato que dá ao vocábulo *leis*, que, segundo tal preceito, definem a competência subjectiva e objectiva para a emissão de tais regulamentos. Este Autor entende que aí o termo *leis* tanto pode significar leis ordinárias como leis constitucionais, sendo o preceito (lei) constitucional do art. 202.º al. g) definidor de uma *competência objectiva* para a emissão de regulamentos independentes, ao passo que o próprio n.º 7 do art. 115.º, da CRP, associado ao n.º 6, *in fine*, do mesmo artigo constitucional, fundaria a *competência subjectiva* governamental para a emissão de tais regulamentos¹⁵⁹. Assim se aceitaria uma «reserva normativa da Administração», fora do campo das reservas expressas dos actos legislativos (arts. 164.º, 167.º, 168.º e 203.º), ainda que na dependência da *primazia da lei*¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, ob. cit., págs. 421-427. Para este autor, a expressão «para execução das leis» (art. 202.º, al. c), da CRP), entendida latamente, daria cobertura constitucional ao poder regulamentar independente.

¹⁵⁷ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos Regulamentos*, in RDES, Ano XXVI, 1980, págs. 8 e ss.; ROGÉRIO SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, cit., pág. 191; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, págs. 107 e ss..

¹⁵⁸ AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos Regulamentos*, in RDES, Ano I (2.ª Série), n.º 1, pág. 12.

¹⁵⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 210-212.

¹⁶⁰ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., págs. 233-235.

Para nós o ponto decisivo será a aderência constitucional às teses em questão. Tal passará, não só pela exegese dos preceitos constitucionais directa e especificamente atinentes à questão, mas também, e sobretudo, pela materialidade dogmática da lei na estrutura constitucional global. Na verdade, entendemos ser o conceito de lei que determina a reserva da lei e não o inverso. Não se diga, porém, que da CRP apenas se retira um conceito formal de lei aliado ao sistema orgânico dos poderes. Não sendo de pedir à Constituição, assim como a qualquer lei, conceitualizações jurídico-dogmáticas¹⁶¹, é papel da ciência jurídica encontrar a «intenção opcional» subjacente ao conspecto organizatório. Com efeito, nada infirma a suposição de que a Constituição, ao regular a acção dos órgãos, se inspira em conceitos materiais que permitem descobrir na Constituição, a par do conceito formal de lei (posto particularmente em evidência), um conceito material de lei, segundo o qual a lei é qualificada por um *intencional conteúdo*, o qual se não deixa exprimir por «actos de outra natureza». Como refere CASTANHEIRA NEVES, a lei é uma prescrição jurídico-política, e ver «na constituição normativa da legislação» frente a outros normativos «só uma diferença de forma (orgânico-institucional e de processo), e não intencional-normativa ou material, é pressupor um sentido da lei já ultrapassado e ignorar a verdadeira índole da função legislativa nos sistemas políticos do nosso tempo»¹⁶².

¹⁶¹ «Mas o legislador não é perito em matéria de definições e, de um modo geral, em matéria de dogmática jurídica, sendo irrelevantes os seus pontos de vista em tal domínio», diz AFONSO QUEIRÓ, *Lições...*, cit., pág. 391.

¹⁶² Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Assentos...*, cit., págs. 607-609.