

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/1



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Miguel Ferreira Martins

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Data: Agosto, 2017

Editorial

5-6 Nota do Diretor

Cátia Lopes Cardoso

7-17 Da desjurisdicionalização do processo de execução fiscal – breves considerações

David Duarte

19-34 Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo

Diana Grilo

35-73 A alimentação adequada como ‘paliativo’ para a saúde

José Duarte Nogueira

75-95 O património cultural. Evolução e perspectivas de protecção. Bens de natureza identitária exclusiva ou primordialmente nacional, fora da alçada do Estado português. Uma nova categoria jurídica?

Mafalda Serrasqueiro

97-132 O Tribunal de Schrödinger: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra

Miguel Paquete

133-148 Purchasing stolen information and the theory of the original sin

Miguel Teixeira de Sousa

149-175 Preclusão e caso julgado

Pedro Pais de Vasconcelos

177-187 Direito Civil e natureza das coisas

Sofia David

189-228 A aplicação de princípios pelo juiz administrativo

Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo*

David Duarte**

1. O sentido dos problemas teóricos e o seu significado

1.1: A análise de um acto normativo, tal como é posto por uma autoridade normativa dentro de um ordenamento jurídico, pode ser feita sob várias perspectivas: por exemplo, a correcção escrita dos enunciados das normas, a avaliação do seu impacto social, dos seus riscos e das suas probabilidades, ou a verificação da coerência interna e externa das suas normas¹. A maioria destas perspectivas de análise não é, em rigor, representativa de actividades próprias da ciência jurídica. A esta cabe, essencialmente, a tradução dos enunciados em normas, a organização sistemática destas e o apuramento e a solução dos conflitos normativos existentes; tudo com vista, claro, à determinação do direito aplicável². Aquelas perspectivas de análise têm, no entanto, inegável relevância: permitem fazer um juízo global sobre a «qualidade» do direito introduzido, o que acaba por ser depois decisivo, nomeadamente numa perspectiva macro, para a percepção das condições contextuais em que os órgãos oficiais de aplicação do direito o aplicam na solução de problemas jurídicos.

1.2: Embora também não se trate, no seu sentido mais radical, de uma actividade própria de ciência jurídica, outra perspectiva de análise de um acto normativo é de relevo tão significativo como as acima referidas: a que o analisa sob o prisma da teoria jurídica subjacente aos sentidos ordenatórios nele contidos. Nesta perspectiva, o que está em causa é compreender as premissas de ciência jurídica que os textos e as normas trazem consigo; ou seja, perceber que conhecimento sobre o direito está incorporado no próprio direito produzido, avaliando, de alguma forma, se as

* A convite da Revista. Por opção do Autor o presente trabalho não segue o novo Acordo Ortográfico.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Ver, e por exemplo, LUC WINTGENS, 2006, pp. 10 e ss.; e LUZIUS MADER, 2001, pp. 125 e ss.

² A discussão desta visão analítico-restritiva da ciência jurídica em, e por exemplo, ALDO SCHIAVELLO, 2014, pp. 295 e ss.; e SANTIAGO NINO, 2003, pp. 338 e ss.

opções aí tomadas correspondem ao grau de conhecimento já adquirido pela ciência jurídica. A questão é, no fundo, simples: na medida em que o direito é uma criação humana, a sua produção por uma autoridade normativa expressa sempre um determinado «estado de coisas teórico» sobre o próprio direito como objecto de ciência.

2. O princípio como norma e a sua configuração escrita

2.1: A discussão sobre o que são e como se identificam as normas jurídicas que se qualificam como princípios, estando essencialmente centrada na procura do critério diferenciador, não prejudica a afirmação de, na fase actual da ciência jurídica, haver já proposições que são comumente aceites como verdadeiras³. Estão nessa situação, e por exemplo, a proposição segundo a qual os princípios são normas como quaisquer outras, no sentido de também serem unidades de dever ser, e, do mesmo modo, a que afirma que, nessa qualidade, compreendem a estrutura comum das normas jurídicas, em que os efeitos estão subordinados a um específico sentido ordenatório, um modo deontico, sob um recorte de condições de aplicação, uma previsão⁴. Assim, e independentemente de como se possa explicar, até estruturalmente, em que se distinguem das regras, parece certo que os princípios, como todas as normas, têm igualmente um operador deontico que liga uma previsão a uma estatuição.

2.2: A qualidade dos princípios jurídicos como unidades de dever ser, integradas no ordenamento jurídico como normas que passaram pela «norma de reconhecimento», significa, entre outros aspectos, que têm um conteúdo normativo: de cada um decorre um determinado sentido prescritivo, seja, no caso, uma permissão, uma imposição ou uma proibição. Uma norma de princípio é, assim, um sentido ordenatório unitário, que permite, impõe ou proíbe «qualquer coisa»⁵. E nada disto é infirmado por se tratar de uma norma que tem um domínio material de aplicação particularmente alargado ou que, noutra perspectiva, e quando aplicável, potencia uma regulação

³ Sobre a discussão, e por exemplo, BARTOSZ BROŻEK, 2012, pp. 206 e ss.; e CARSTEN BÄCKER, 2011, pp. 57 e ss.

⁴ Por exemplo, ÁNGELES RÓDENAS, 2015, p. 19; e GIORGIO PINO, 2010, pp. 61 e ss.

⁵ Por exemplo, PEDRO MONIZ LOPES, 2011, pp. 208 e ss.; e GIORGIO PINO, 2010, p. 55.

graduável ou de dimensão variável, na qual a delimitação da sua operatividade é realizada por normas de sinal contrário⁶. Nestes termos, as propriedades identitárias de um princípio são totalmente laterais à afirmação de base segundo a qual um princípio determina uma consequência deontica para um «state of affairs», independentemente de o poder fazer de forma distinta daquela que se reconhece às normas que são regras.

2.3: A pertença ao género norma que se reconhece à espécie princípio implica que aqui também haja, como em todas as normas, uma previsão. A questão pode até ser complexa e nada ajuda o facto de, amiúde, estarmos perante imperativos que, linguisticamente, são redigidos como categóricos. Mas, separando enunciado e norma, isso não invalida a presença da previsão e, nesses termos, de um conjunto de condições de aplicação cuja verificação é necessária para que se despoleta a condicionalidade normativa. Mesmo sem redacção da previsão, a consequência de um princípio segue-se sempre à verificação de uma conduta que constitua uma oportunidade para o efeito que essa consequência contém, sob pena, naturalmente, de a norma estar em aplicação permanente⁷. Assim, é por isso que, e por exemplo, associada à imposição de tratamento jurídico igual está uma situação da vida que contenha uma comparação, tal como associada à imposição de adequação, necessidade e equilíbrio está uma acção que suscite uma relação de meio → fim, condições que, num caso e noutro, retratam as oportunidades empíricas, necessárias, de produção da consequência normativa.

- se «(oportunidades de x) O x», sendo «(oportunidades de x) = comparação» e «x = tratamento igual», então o princípio da igualdade é uma norma como «comparação O tratamento igual»; naturalmente, trata-se de uma visão simplista da estrutura normativa, pois «(oportunidades de X)» ou «comparação» são sempre uma designação linguística de um conjunto infinito de condições disjuntivas: « $ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n$ ».
- o mesmo é válido para o princípio da proporcionalidade: «meio → fim O adequação, necessidade e equilíbrio» é dado como igual a «(oportunidades de y) O y», à luz de «(oportunidades de y) = meio → fim»; de qualquer modo, e mais uma vez, simboliza apenas uma estrutura como : « $oy^1 \vee oy^2 \vee oy^3 \dots \vee oy^n$ O y».

⁶ Quanto a estas alternativas explicativas, e respectivamente, MANUEL ATIENZA e JUAN RUIZ MANERO, 2007, pp. 29 e ss.; DAVID DUARTE, 2012, pp. 51 e ss.

⁷ Pois uma coisa é uma norma estar em vigor e outra ser aplicável, o que implica necessariamente a existência de «states of affairs» a que a norma não se aplica (DAVID DUARTE, 2012, pp. 48 e ss.). A questão está resolvida, no entanto, há muito, como se pode ver em GEORG VON WRIGHT, 1963, p. 74.

2.4: A configuração escrita de um princípio deve ter em conta, como se entende, todos estes pressupostos teóricos, nomeadamente porque, de alguma forma, são premissas da ciência jurídica de reconhecimento e aceitação já generalizados. Todavia, a configuração dos princípios gerais da actividade administrativa no novo Código do Procedimento Administrativo passou ao lado de alguns aspectos básicos da teoria dos princípios, justificando um conjunto relevante de objecções.

2.5: A primeira diz respeito à configuração remissiva dos princípios, fazendo entroncar aqui, também, a separação entre enunciado e norma. Em causa está o enunciado do princípio da igualdade, cujo texto é, ele próprio, uma imposição de aplicação do princípio da igualdade; ou seja, o enunciado não contém a definição de um conteúdo normativo, mas antes, diferentemente, a mera menção à norma, eventualmente na sua redacção constante de outro enunciado. Assim, e em rigor, a norma constante da parte inicial do artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo não impõe tratamento igual; o que faz é impor aos órgãos administrativos o dever de se submeterem a uma norma que impõe tratamento igual. A justificação desta estratégia enunciativa é difícil de entender, dado que, à falta de melhor explicação, não se vê qual o sentido de um conteúdo normativo se definir com remissão para outro enunciado normativo⁸.

- se a norma é « $ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n \text{ O } x$ », na sequência do que se disse antes, o que ficou redigido no artigo 6.º, pelo menos na avaliação até este momento, foi « $ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n \text{ O } N^1$ », fazendo-se depender a definição do efeito de outro enunciado com a mesma norma (N^1); como a norma é igual a si própria, o que aí se escreveu foi « $ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n \text{ O } ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n \text{ O } x$ ».

2.6: A segunda diz respeito à criação de previsões restritivas. Porventura por razões estilísticas, a autoridade normativa do Código do Procedimento Administrativo socorreu-se amiúde, na redacção dos princípios, de introduções descritivas da acção, aparentemente inofensivas, mas que se projectam na previsão da norma, constituindo mais uma condição da sua aplicação. Por isso, como cada condição acrescida é mais uma limitação do âmbito da norma, daqui resulta que várias normas

⁸ O caso não é, no entanto, novo. No artigo 10.º, n.º 1, descendente directo do artigo 6.º-A do Código de Procedimento Administrativo anterior, e aqui textualmente igual, também já se remetia na definição do efeito da boa-fé para «as regras da boa-fé», indiciando que o efeito da norma é o que consta de outras, caso este que é particularmente esdrúxulo em razão de, por definição, um princípio ser sempre uma norma diferente das regras que eventualmente o concretizem, ou das quais resulta, no caso de princípios indutivos.

de princípio estão configuradas com uma previsão mais restrita da que resulta do próprio enunciado constitucional⁹. Um primeiro exemplo é o do próprio enunciado do princípio da igualdade, cujo texto faz depender a aplicação da norma da verificação de relações administrativas com os particulares. Daqui decorre, por conseguinte, que a norma, na sua reconfiguração para a função administrativa, não se aplica às relações jurídicas administrativas em que não há particulares¹⁰. O mesmo é visível no enunciado do princípio da proporcionalidade, especificamente no n.º 2 do artigo 7.º, relativo à necessidade e ao equilíbrio, em que estes efeitos estão limitados à condição de verificação de relações jurídicas que colidam com direitos ou interesses de particulares. Isto significa, portanto, que, no estrito âmbito da norma aí enunciada, não há exigências de necessidade e de equilíbrio sobre a acção que, de alguma forma, não incida sobre posições jurídicas subjectivas de sujeitos alheios à administração pública¹¹.

- com «(oportunidades de x) O x», sendo «(oportunidades de x) = comparação» e «x = tratamento igual», o princípio da igualdade é uma norma que pode ser descrita como « $ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n \text{ O } x$ »; todavia, ao adicionar-se a condição «nas relações com os particulares» (= b), a norma fica com a seguinte composição estrutural: « $(ox^1 \vee ox^2 \vee ox^3 \dots \vee ox^n) \wedge (b) \text{ O } x$ »; como «b» tem de se verificar para que a norma se aplique, sem «b» a norma não se aplica.
- o mesmo juízo é válido para o princípio da proporcionalidade: se a norma pode ser configurada como sendo « $oy^1 \vee oy^2 \vee oy^3 \dots \vee oy^n \text{ O } y$ », a adição de um pressuposto como «colidir com direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares» (= c) implica que a norma passe a ter uma condição acrescida, fica, assim, « $(oy^1 \vee oy^2 \vee oy^3 \dots \vee oy^n) \wedge (c) \text{ O } y$ »; como «c» tem de se verificar para que a norma se aplique, sem «c» a norma não se aplica.

⁹ O que faria sentido se a condição acrescida fosse «no exercício da função administrativa» ou «na prossecução do interesse público», por serem as condições de redução da norma ao seu «habitat» funcional próprio.

¹⁰ O que, não fora a consagração constitucional do princípio, indiferenciada, significaria que não há imposição de igualdade para todas as relações inter-administrativas, quer internas, quer externas.

¹¹ Pelo que, assim, um contrato-programa celebrado entre o Estado e uma autarquia local nunca seria ilegal mesmo se desnecessário ou desequilibrado, tal como também não o seria um acto que incidisse, com essas propriedades, sobre um bem do domínio público. A análise deste artigo 7.º suscita também a imperceptibilidade sobre a justificação da separação dos três efeitos da proporcionalidade, a mais com a adequação de um lado e a necessidade e o equilíbrio de outro. É que, a haver um corte, o mesmo deveria ter sido feito entre a adequação e a necessidade por contraposição ao equilíbrio, pois o único critério conhecido para o justificar é o de as duas primeiras vertentes se diferenciarem por serem relativas a juízos empíricos e a terceira ser a única que remete para um juízo estritamente normativo de contraposição de normas em conflito (assim, Robert Alexy, 2014, p. 513).

2.7: A terceira concerne à sobreposição de conteúdos normativos. Já é sabido, há muito, que o princípio da justiça é uma norma reguladora da actividade administrativa que coloca problemas sérios de definição de um conteúdo normativo específico e autónomo. Pode ser apenas uma norma compreensiva de outras, como igualdade, proporcionalidade, boa-fé e imparcialidade, por exemplo, mas pode ter um conteúdo sobranse autónomo, para além daqueles, caso em que ganharia autonomia normativa (e reguladora, conseqüentemente). Seja como for, a este princípio da justiça foi agora textualmente associado um «novo» princípio, designado como princípio da razoabilidade, cujo conteúdo é o de proibir os órgãos administrativos de realizarem condutas desrazoáveis, nomeadamente na interpretação e no exercício da discricionariedade. Pode desde logo constatar-se que, qualquer que seja a alternativa de compreensão do princípio da justiça adoptada, a mesma compreende sempre uma exigência de razoabilidade, não havendo autonomia normativa que justifique esta associação. No entanto, o problema extravasa a compreensibilidade do princípio da justiça, dado que a razoabilidade, entendida como uma exigência do que tem medida, é suficiente, moderado, ou comedido, é, evidentemente, um conteúdo normativo de proporcionalidade (razão pela qual é integrante do princípio da justiça em qualquer caso). Se o que é razoável é o que tem medida, é suficiente, moderado, ou comedido, então é sempre «qualquer coisa» que tem um balanço aceitável entre o que se obtém e o que se sacrifica, de onde decorre que a razoabilidade pressupõe sempre uma relação de meio → fim: deste modo é sempre, e pelo menos, uma instância ou de necessidade ou de equilíbrio. Assim, e pelo menos até à demonstração, que se considera pouco provável, de um caso de razoabilidade que não pressuponha a tal relação de meio → fim, tudo o que é desrazoável é, por definição, desproporcional. Conseqüentemente, uma interpretação desrazoável de um texto normativo ou um exercício desrazoável da discricionariedade são sempre condutas administrativas censuradas pelo princípio da proporcionalidade, sendo por isso supérflua a criação de normas que não são mais do que conteúdos de conteúdos normativos já existentes: é uma sobreposição que desconsidera o rigor analítico de um princípio ser uma norma com um conteúdo, sendo apenas mais uma contribuição para a «vida difícil» do princípio quanto à definição das suas próprias identidade e autonomia normativas.

2.8: A quarta é a relativa configuração de princípios com conteúdos insusceptíveis de apreensão normativa. Em causa está, naturalmente, a narrativa enunciativa do princípio da justiça segundo a qual este princípio compreende, ou é também, uma proibição de condutas incompatíveis com a «ideia de direito». O texto da norma é, a todos os títulos, perplexizante. Primeiro, ao estabelecer-se que são ilegais as

acções administrativas contrárias à «ideia de direito» está a definir-se que essa «ideia» funciona como uma forma de dever ser. Todavia, é incompreensível como é que uma «ideia», seja do que for, pode ter conteúdo prescritivo e situar-se no plano deontico em que o direito se insere. Segundo, não é perceptível o que seja a própria «ideia de direito», não se sabendo qual o seu conteúdo, quem a define e, mais importante do que tudo, em que medida ou como limita a acção administrativa: ou seja, se é proibido agir contra a «ideia de direito» isso significa que é proibido agir contra o quê? Terceiro, a haver uma «ideia de direito» com algum conteúdo, essa «ideia de direito» tem necessariamente de ser diferente do próprio direito, sob pena de inutilidade; isso implica, no entanto, uma de duas coisas, ambas desagradáveis: (i) ou que se trata apenas de uma «ideia», não sendo, por isso, ontologicamente normativa; (ii) ou que o direito português e a sua «ideia de direito» são disfuncionais e desajustados entre si, na medida em que a eventual dimensão axiológica incorporada pelos seus princípios e regras requer ainda uma «ideia de direito» adicional. Quarto, porque se são proibidas as condutas contrárias à «ideia de direito», daí resulta que essa ideia passa a ser parte do próprio direito, desde logo porque é recebida no conteúdo da estatuição de uma norma do conjunto normativo; deste modo, é consequente afirmar que o direito português é composto por normas e por ideias sobre normas, o que, infelizmente, é francamente destituído de sentido. A lista de perplexidades seria interminável. O que releva de tudo isto, no entanto, e no meio de tantas alternativas expressivas do desconforto que este artigo 8.º suscita, é que à autoridade normativa apenas cabe estabelecer consequências para condições normativas. Apenas isso. A aventura narrativa em desígnios «para-filosóficos» não é uma tarefa do legislador, a mais quando se está num domínio tão delicado como o é o do controlo da discricionariedade administrativa pelo tribunais e se abre a porta, através de parâmetros de legalidade sem conteúdo, para que os tribunais possam invalidar qualquer coisa por qualquer razão relativa à desconhecida «ideia de direito». Em última instância, ao definir-se um parâmetro de legalidade destituído de conteúdo, o que se está a fazer é a pôr em causa a reserva de administração perante os tribunais, para além daquilo que o princípio da separação de funções pode admitir. Bem vistas as coisas, está-se, assim, a inundar o teor deste artigo 8.º com uma clara ambiência de inconstitucionalidade¹².

¹² Afirmção à qual subjaz a premissa segundo a qual a norma que permite aos tribunais «fazer o que lhes apetece» quanto ao controlo da actividade administrativa é uma norma que permite que os tribunais possam exercer a função administrativa do Estado. E, se assim é, essa norma é claramente contrária ao próprio princípio da separação de funções, nomeadamente por não haver, nem se descortinar, fundamento constitucional para tamanha compressão regulatória do mesmo. E, entre aquela norma

2.9: A quinta é a que diz respeito à criação de normas sem unidade normativa interna, ou de normas desconexas apresentadas como uma só. O problema que está aqui subjacente é o que decorre da consagração do princípio da boa administração, constante do artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo. Aqui, a autoridade normativa, seguindo o mau exemplo do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que compreende a previsão de um direito que é uma soma de posições jurídicas de vantagem materialmente desconexas, definiu um princípio cujo conteúdo é a determinação de a actividade administrativa dever ser, simultaneamente, eficiente, economicista e célere. Todavia, e se, de alguma forma, fosse possível afirmar que as propriedades da eficiência, da economicidade e da celeridade são condições suficientes de a acção administrativa ser «boa», então ainda restava algum sentido a esta aglutinação. Só que, mesmo que intuitivamente, nem isso sequer se verifica: não há «boa administração» só por isso e, portanto, o que se designa como princípio da boa administração não é mais do que o princípio de «algumas condições da boa administração». A unificação de efeitos jurídicos materialmente díspares, não tendo qualquer conexão entre si, não aparenta fazer muito sentido. É uma opção de configuração normativa, independentemente, agora, dos critérios da respectiva individuação, que obriga a associar o que não tem associação, e que, mais uma vez, é um contributo para a nefasta tradição de os princípios serem vistos como «miscelâneas» de dever ser, uma espécie de zona do direito em que não há exigências de rigor e de precisão¹³.

imaginária e a proibição de acção contra a «ideia de direito» não há assim, quanto à margem de manobra dada, tanta diferença.

¹³ Questão totalmente diferente é a de saber se, mesmo assim, as exigências de eficiência, de economicidade e de celeridade são exigências normativas ao abrigo das quais se pode controlar jurisdicionalmente a acção administrativa. No entanto, na sua qualidade de normas do direito português, não há outra alternativa possível, pois, tendo em conta a sua natureza principal, constituem uma exigência de essa acção dever ser o mais eficiente possível, o mais economicista possível e o mais célere possível, à luz dos limites jurídicos e fácticos presentes. Nada impede, por isso, que sirvam de parâmetro de controlo jurisdicional, não sendo perceptível qual seria o fundamento normativo para que certas normas fossem utilizadas pelos tribunais e outras não (neste sentido, MIGUEL RAIMUNDO, 2015, p. 200).

3. A relação normativa de especialidade

3.1: A relação normativa de especialidade é uma relação entre duas normas na qual as respectivas condições de aplicação estão ligadas por uma conexão «total ↔ parcial»: ou seja, trata-se de uma relação normativa em que, no que concerne à previsão das normas, uma compreende todas as condições da outra e esta apenas parte das condições da primeira¹⁴. A consumpção que assim se realiza define, por conseguinte, que uma das duas normas se aplica a um universo mais restrito do que a outra: uma norma tem uma previsão com menos condições e abrange, por isso, um universo maior; a outra repete essas condições e, ao acrescentar outras, limita o seu domínio de aplicação a um universo necessariamente menor.

- sendo a N^1 « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } b$ » e a N^2 « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \text{ O } b'$ », então a N^1 é uma norma geral e a N^2 uma norma especial: as previsões estão numa relação de «total ↔ parcial» e a N^2 , por ter mais condições, aplica-se a um universo mais restrito.

3.2: A relação normativa de especialidade está concentrada, assim sendo, nas condições acrescidas que a norma especial apresenta na sua hipótese normativa. São essas condições suplementares que a tornam, na específica conjugação normativa em causa, uma norma especial¹⁵. Escusado será dizer que, se, perante essa norma, outra aparecer a repetir as suas condições e a acrescentar outras, então será esta norma terceira a que, nesta nova relação, adquire a qualidade de norma especial.

- sendo a N^1 « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } b$ » e a N^2 « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \text{ O } b'$ », então a N^1 é uma norma geral e a N^2 uma norma especial; todavia, com a entrada no conjunto da N^3 , por exemplo « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \wedge a^4 \text{ O } b''$ », então a N^3 passa a ser especial relativamente a N^2 , que é, assim, quanto a esta, uma norma geral: o exemplo serve apenas para evidenciar que a especialidade é uma qualificação normativa estritamente relacional.

3.3: A especialidade é, por conseguinte, um mero efeito da existência de condições suplementares na relação entre duas normas. As condições suplementares podem ser da mais variada natureza, sendo amiúde classificadas de acordo com o âmbito em que, como condição, se projectam. Assim, uma condição suplementar pode

¹⁴ Quanto à estrutura da especialidade, SANTIAGO NINO, 2003, pp. 274 e 275; e ALF ROSS, 1958, p. 130.

¹⁵ Embora seja a incompatibilidade dos efeitos, evidentemente, o requisito acrescido necessário para que haja um efectivo conflito de normas (cfr., DAVID DUARTE, 2010, pp. 51 e 52).

ser: (i) material, (ii) subjectiva, (iii) temporal ou (iv) territorial. Assim, uma norma pode ser especial relativamente a outra por conter uma condição suplementar que, e respectivamente, referencie um estado de coisas em sentido estrito, um universo subjectivo, um período no tempo ou um âmbito territorial. Todavia, a existência da condição suplementar é suficiente para que uma norma seja, relativamente a outra, uma norma especial, independentemente da qualificação que possa atribuída a essa condição suplementar.

- sendo a N^1 « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } b$ » e a N^2 « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \text{ O } b'$ », então a N^1 é uma norma geral e a N^2 uma norma especial; a condição suplementar que cria a especialidade, na relação entre estas duas normas é, portanto, « a^3 » de N^2 .
- mas « a^3 » pode ser uma condição relativa a um estado de coisas (« $a^3 = \text{se chover}$ »), aos sujeitos (« $a^3 = \text{os alunos do último ano}$ »), ao tempo (« $a^3 = \text{entre Agosto e Setembro de 2016}$ ») ou ao espaço (« $a^3 = \text{a freguesia da Cedofeita}$ »); em qualquer um destes quatro casos, N^2 é sempre, relativamente a N^1 , uma norma especial.

3.4: Por outro lado, a condição suplementar não necessita de constar do próprio enunciado normativo da norma que assim se torna especial. A condição suplementar tanto pode estar aí inscrita como, diferentemente, resultar de outras condições de aplicação da norma, definindo, para um conjunto de normas específicas, um predicado de aplicação que condiciona todas¹⁶. É isso que ocorre, por exemplo, quando uma norma terceira determina que um certo conjunto de normas apenas é aplicável num específico âmbito territorial ou num determinado período de tempo. A diferença, em termos substantivos, é nula: há neste caso, igualmente, uma condição suplementar, apenas com a especificidade de predicar várias normas.

- sendo a N^3 « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } z$ » e a N^4 « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } q$ », a existência de uma N^5 como « $N^3 \wedge N^4 \text{ O } a^3$ », determinando que as normas N^3 e N^4 dependem da verificação da condição « a^3 », implica que a N^3 e a N^4 são normas especiais relativamente a « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } z$ » e « $a^1 \wedge a^2 \text{ O } q$ » sem o efeito da condição suplementar dado pela N^5 .
- também aqui a condição « a^3 » pode ser de distinta natureza: pode ser conteúdo, sujeitos, tempo ou espaço.

¹⁶ Que são, tecnicamente, condições específicas de aplicação (quanto às condições gerais de aplicação, DAVID DUARTE, 2012, p. 41).

3.5: As considerações anteriores vêm a propósito da infeliz configuração dos números 1 e 2 do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo, que contém normas de conflitos de normas administrativas, cujo conteúdo é determinar, em termos gerais, a prevalência das normas de maior âmbito territorial relativamente às de menor âmbito¹⁷. A existência de normas de conflitos de normas administrativas é, evidentemente, benéfica para o ordenamento jurídico: faculta, desde logo, um critério de solução de antinomias, em especial no cenário particularmente propenso à sua ocorrência como o é o da multipolaridade de autoridades normativas administrativas, frequentemente inseridas em unidades de atribuições sobrepostas. O problema, aqui, é que a norma de conflitos da prevalência das normas de maior âmbito territorial salvaguarda a prevalência das normas de menor âmbito quando estas sejam «normas especiais»¹⁸.

3.6: Como as considerações já deixaram antever, a exceção prevista para a norma de conflitos da prevalência das normas de maior âmbito territorial não faz sentido: é que, por definição, as normas de menor âmbito territorial já são, só por serem de menor âmbito territorial, normas especiais. A sua condição suplementar é, obviamente, a que limita o seu âmbito de aplicação ao âmbito territorial mais restrito, independentemente de essa condição suplementar resultar, ou não, de uma norma terceira que define as condições específicas de aplicação de um conjunto de normas, como acontece, por exemplo, com a norma que restringe as normas paroquiais ao espaço da freguesia.

- imagine-se que a N^1 é « $a^1 \wedge a^2 \vee b$ » e está inserida num regulamento municipal; esta N^1 entra em conflito com a norma N^2 « $a^1 \wedge a^2 \vee b'$ », inserida num regulamento paroquial: o conflito, como é visível, resulta de as normas se aplicarem ao mesmo e de terem efeitos incompatíveis.
- todavia, à N^2 está associada a predicação adveniente da N^6 « $N^2 \vee a^3$ », que simboliza a condição suplementar, de natureza territorial, de a N^2 só se aplicar no âmbito territorial menor da freguesia: assim, N^2 é, por definição, « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \vee b'$ », o que significa que é, por definição, uma norma especial.

¹⁷ Afirmção que não é totalmente rigorosa. Especificamente, é isso que se verifica, de forma cabal, no n.º 2 do artigo 138.º, relativamente aos conflitos de normas de regulamentos municipais relativamente a normas de regulamentos paroquiais, mas que também se sente, embora só parcialmente, no n.º 1 desse artigo. Aqui, a norma de prevalência das normas de maior âmbito territorial é restrita aos conflitos entre normas emanadas dos órgãos dos sujeitos de população e território que aí constam, sendo já uma norma de conflitos distinta a prevista para os casos em que o conflito abranja normas emanadas de órgãos desses sujeitos com as de órgãos de outros sujeitos jurídicos «com autonomia regulamentar».

¹⁸ Sinalizando o problema, PEDRO MONIZ LOPES, 2015, pp. 868 e ss.

3.7: A parte final dos dois primeiros números do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo gera, por conseguinte, o absurdo de conter um efeito contrário que engloba, por definição, todos os casos contidos na norma de conflitos, destruindo, assim, o seu significado: inutiliza, por isso, o critério de resolução de antinomias que a parte inicial apresenta. As normas de conflitos aí constantes são, nestes termos, vazias: o respectivo critério de conflito é inoperativo, dado que, objectivamente, há sempre prevalência das normas de menor âmbito territorial¹⁹.

3.8: A questão poderia ainda ser desenvolvida, se, de alguma forma, fosse sustentável entender que a excepção da prevalência das normas especiais só se aplicaria aos critérios de especialidade não territorial. Neste caso, dar-se-ia prevalência sempre à norma de maior âmbito territorial, excepto quando a norma em conflito fosse especial em razão da matéria, do tempo ou dos sujeitos. Todavia, mesmo que tal entendimento tivesse cabimento no texto dos números 1 e 2 do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo, o que daí resultaria era a atribuição da resolução do conflito à autoridade normativa autárquica: se assim fosse, bastaria introduzir uma condição suplementar «irrelevante», nomeadamente material, para que a especialidade assim criada prevalecesse sobre o critério do maior âmbito territorial. Em última instância, o problema de fundo aqui criado é o de o controlo do conflito estar nas mãos de uma das autoridades normativas em causa: se uma norma de conflitos para normas produzidas por diferentes autoridades normativas fica dependente de uma delas, sob um critério tão manuseável quanto o é o da especialidade, a determinação da norma prevalecente é feita pela própria autoridade normativa e não pela norma de conflitos.

- imagine-se que a N^1 é « $a^1 \wedge a^2 \vee b$ », inserida num regulamento municipal, e que a autoridade normativa paroquial quer criar uma norma contrária, por exemplo « $a^1 \wedge a^2 \vee \sim b$ ».
- mesmo admitindo que a especialidade territorial está afastada, bastaria à autoridade normativa paroquial criar como N^2 « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \vee \sim b$ », em que a condição suplementar « a^3 » fosse «364 dias por ano» ou «quando não nevar»; em qualquer um destes casos, a N^2 é especial e prevalece «sempre».

¹⁹ O que, de algum modo, cria problemas complexos relativamente ao conteúdo do artigo 241.º da Constituição, do qual resulta uma prevalência incondicionada das normas de autarquias de grau superior e das autoridades com poder tutelar. Em rigor, o que decorre daquele artigo da Constituição é, exactamente, a proibição da prevalência da especialidade das normas autárquicas.

4. A diferença entre enunciado e norma

4.1: É hoje um dado adquirido que o direito e a linguagem não se confundem, constituindo esta, através da utilização de uma língua natural, o meio de transmissão do dever ser produzido pelas autoridades normativas²⁰. A separação entre o direito e a linguagem é, por isso, a premissa da qual decorre a diferenciação entre a norma e o texto que a enuncia; ou seja, entre um conteúdo de dever ser geral e o «speech act» da autoridade normativa relativamente ao qual aquele é, tão somente, o significado²¹.

4.2: Isto tem como consequência, entre tantas outras, que a interpretação, após a superação da sua compreensão polissémica, é apenas o processo intelectual que se realiza para definir o significado de um texto normativo. Interpretar é, assim, utilizar os códigos sintácticos e semânticos de uma língua natural para apreender o significado de um enunciado normativo, de onde decorre que a norma é, nestes termos, o resultado da interpretação e não o seu ponto de partida²².

4.3: Vêm estas considerações gerais a propósito da forma pouco rigorosa com que todos estes conceitos nucleares da ciência jurídica são utilizados no Código do Procedimento Administrativo. O primeiro exemplo é, logo, o do artigo 8.º, no qual se utiliza a expressão «interpretação de normas jurídicas». Apesar de poder ser um facilitismo de linguagem corrente, é tecnicamente errado, sendo dificilmente compreensível que uma autoridade normativa utilize uma expressão que é uma contradição teórica em si mesma: se é interpretação, não é de normas; se estão em causa normas, já se chegou à fase pós-linguística em que a interpretação está concluída²³.

²⁰ Por exemplo, GIORGIO PINO, 2010, pp. 15 e ss.; e ANDREI MARMOR, 2005, pp. 9 e ss.

²¹ Cfr. NEIL MACCORMICK, 2005, pp. 121 e ss.; e EUGENIO BULYGIN e CARLOS ALCHOURRÓN, 1991, pp. 121 e ss.

²² Mais desenvolvidamente, DAVID DUARTE, 2011, pp. 113 e ss.

²³ Sendo curioso constatar que, depois, no artigo 142.º, já se diz que «os regulamentos podem ser interpretados», o que, apesar da incoerência, acaba por ser mais aceitável. Quanto ao equívoco subjacente à expressão «interpretação de normas», RICCARDO GUASTINI, 1993, p. 17.

4.4: O segundo exemplo é o que é dado pelo artigo 39.º do Código do Procedimento Administrativo. Trata-se de um enunciado normativo no qual se refere que, em caso de dúvida quanto à aplicação de uma norma de competência territorial, se deve utilizar um determinado «critério interpretativo». São duas as objecções que se colocam aqui. Primeira, se a dúvida se suscita na aplicação de normas de competência territorial, o que já é relativamente incompreensível por si só, então já não há nenhum critério de interpretação pertinente: as normas estão definidas e nada há a interpretar. Segunda, se a dúvida na aplicação diz respeito a um conflito positivo de competência territorial, então o «critério interpretativo» determinado neste artigo 39.º é, em rigor, uma norma de conflitos de normas de competência territorial, caso em que, por definição, não é um critério de interpretação²⁴.

4.5: O terceiro exemplo é o proveniente do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo. Refere-se aí que se consideram «regulamentos administrativos as normas gerais e abstractas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos». Como a própria epígrafe indicia, trata-se de uma definição de «regulamento administrativo». É, no entanto, uma definição infeliz, e apenas na perspectiva de análise aqui relevante: expressa a confusão entre o acto normativo e as normas que o mesmo contém, fazendo equivaler a conduta expressiva dos textos das normas com os próprios conteúdos deonticos que aí se encontram²⁵.

4.6: O quarto exemplo retira-se da utilização frequente da palavra «disposição», cujo significado corrente na ciência jurídica é o de enunciado normativo, como, aliás, resulta do seu sentido coloquial corrente: «dispor» como acto de fala prescritivo²⁶. Todavia, a palavra é sempre utilizada no sentido de norma, ou em confusão com, como se pode ver em vários enunciados do Código do Procedimento Administrativo²⁷. Só

²⁴ E, assim, porque uma norma de conflitos é uma norma que determina qual a norma que prevalece num conflito normativo e um critério de interpretação a determinação de um significado a eleger no contexto de uma incerteza linguística. A norma de conflitos funciona entre normas, o critério de interpretação entre o enunciado e a norma.

²⁵ ASSIM, PEDRO MONIZ LOPES, 2015, p. 847. Especificamente quanto à confusão entre fontes e normas, FÁBIO SHECAIRA, 2015, pp. 17 e ss.

²⁶ Por exemplo, GIORGIO PINO, 2010, p. 15; e RICCARDO GUASTINI, 1993, p. 17.

²⁷ Por exemplo, artigos 2.º, n.º 1, 2.º, n.º 3, 2.º, n.º 5, 25.º, n.º 1, ou 27.º, n.º 1. Importa também referir que não se considera válido o argumento segundo o qual a utilização da palavra com este

que, definidas bem as coisas, as disposições não se aplicam ou, noutra utilização, não regulam: as disposições enunciam, razão pela qual, e mais uma vez, linguagem e direito, enunciado e norma aparecem misturados sem qualquer rigor analítico²⁸.

Referências bibliográficas

- ALCHOURRÓN, CARLOS / BULYGIN, EUGENIO – 1991. La Concepción Expresiva de las Normas. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 121-154.
- ALEXY, ROBERT – 2014. Formal Principles: Some Replies to Critics. *International Journal of Constitutional Law*. 12. 3. 511-524.
- 2002. *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Atienza, Manuel / Manero, Juan Ruiz
- 2007. *Las Piezas del Derecho*. 4ª edición. Barcelona: Ariel.
- BÄCKER, CARSTEN – 2011. Regras, Princípios e Derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 102. 55-82.
- BROŹEK, BARTOSZ – 2012. Legal Rules and Principles: a Theory Revisited. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. 17. 205-226.
- DUARTE, DAVID – 2012. An Experimental Essay on the Antecedent and Its Formulation. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. 16. 37-60.
- 2011. Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning. *Ratio Juris*. 24. 2. 111-138.
- 2010. Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Edited by Jan Reinard Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 51-62.

significado resulta já da prática proveniente do Código anterior. Não só é um Código novo, com tudo o que isso implica, como há um caso em que se vê quão querida foi a adopção desta relação de significação: no actual n.º 3 do artigo 2.º, correspondente ao antigo n.º 5 do mesmo artigo, a palavra «norma» foi substituída pela palavra «disposição», numa clara estratégia de coerência com o equívoco.

²⁸ Os detalhes, mais e menos relevantes, a que se fez referência são apenas aspectos relativos a pressupostos de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo. Sob outras perspectivas, muito haveria também a dizer. Ficará, no entanto, para outra oportunidade.

- GUASTINI, RICCARDO – 1993. *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- LOPES, PEDRO MONIZ – 2015. Objecto, Condições e Consequências da Invalidez Regulamentar no Novo Código do Procedimento Administrativo. *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: AAFDL. 847-879.
- 2011. Princípios como Induções Deonticas: a Previsão Indutiva, o Défice Informativo e a Derrotabilidade Condicional nos Princípios Jurídicos. *Revista Nomos*. 31. 2. 197-235.
- MACCORMICK, NEIL – 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MADER, LUZIUS – 2001. Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation. *Statute Law Review*. 22. 119-131.
- MARMOR, ANDREI – 2005. *Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford: Hart Publishing.
- PINO, GIORGIO – 2010. *Diritti e Interpretazione*. Bologna: Il Mulino.
- RAIMUNDO, MIGUEL – 2015. Os Princípios no Novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em Particular. *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: AAFDL. 169-206.
- RÓDENAS, ÁNGELES – 2015. Normas Regulativas: Principios y Reglas. *Conceptos Básicos del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 15-26.
- ROSS, ALF – 1958. *On Law and Justice*. London: Steven & Sons Limited.
- SANTIAGO NINO, CARLOS – 2003. *Introducción al Análisis del Derecho*. 11^a edición. Barcelona: Ariel.
- SCHIAVELLO, ALDO – 2014. La Scienza del Diritto è (Solo) Analisi del Linguaggio?. *Analisi e Diritto*. 293-302.
- SHECAIRA, FÁBIO – 2015. Sources of Law Are Not Legal Norms. *Ratio Juris*. 28. 1. 15-30.
- WINTGENS, LUC – 2006. Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*. 19. 1. 1-25.
- WRIGHT, GEORG VON – 1963. *Norm and Action*. London: Routledge & Kegan Paul.