

A DIMENSÃO INTERNA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS (*)

*Pelo Prof. Doutor Carlos Blanco de Morais (**)*

SUMÁRIO:

1. Um princípio jurídico “solitário” e multidigitado. 1.1. O recorte filosófico da ideia de subsidiariedade. 1.2. O federalismo e a juridificação da subsidiariedade como critério competencial. 1.3. A irradiação do princípio da subsidiariedade no direito internacional público e no Direito Constitucional de estados europeus. 2. A posituação do princípio nas revisões constitucionais de 1992 e 1997. 2.1. A revisão de 1992 e o estatuto subsidiário do Estado português em face da União Europeia. 2.2. A revisão de 1997 e a vertente interna do princípio da subsidiariedade. 3. Subsidiariedade como critério supletivo de distribuição de poderes entre o Estado e outros entes territoriais. 3.1. Premissa. 3.2. Incidência do princípio na repartição vertical de competências legislativas entre o Estado e as regiões com autonomia política. 3.3. Incidência bifrontal do princípio na repartição de competências administrativas entre o estado e as autarquias. 4. Subsidiariedade, debilitação do estado pessoa e riscos de evolução para um “ordenamento principológico”.

(*) O presente estudo é uma actualização e adaptação do excurso “La Dimensione Interna del Principio de Sussidiarietà Nell’ordinamento Portoghese” — in “Il Principio di Sussidiarietà in Alcuni Ordinamenti Costituzionali Contemporanei” — Dir. Lucio Pegoraro e Angelo Rinella-Padova-1998.

(**) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa e do Departamento de Direito da Universidade Lusíada. Consultor-Principal de Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros.

1. Um princípio jurídico “solitário” e multidigitado

1.1. O recorte filosófico da ideia de subsidiariedade:

Do latim “subsídium”, expressão que evocava o carácter supletivo, auxiliar ou assistencial de uma dada realidade ⁽¹⁾, a ideia de subsidiariedade nunca recebeu até ao presente século uma definição unívoca e uma integração hierárquica e sistemática muito precisa dentro dos critérios fundamentais de organização social, permanecendo até ao início da presente década como uma fórmula solitária ⁽²⁾, e algo ambígua nos seus diversos sentidos ⁽³⁾.

Para este breve apontamento não interessará tanto especular sobre a ideia filosófica de subsidiariedade ⁽⁴⁾, mas sim descer sobre o princípio jurídico com essa designação que pauta a repartição de competências entre entes públicos integrados no Estado-Colectividade.

Daí que, o próprio estatuto principiológico que a subsidiariedade ganhou, como corolário de organização social e política das comunidades humanas na ontologia da doutrina social da Igreja, (sobretudo com a encíclica “Quadragesimo Anno” ⁽⁵⁾), apenas nos

⁽¹⁾ JEAN MARIE PONTIER “La Subsidiarité en Droit Administratif” — Rev.de Droit Public et de la Sc Pol. en France et a L’etranger”. 6. 1986, p. 1515 e Seg.

⁽²⁾ JEAN MARIE PONTIER (idem, p. 1515) refere que os princípio da subsidiariedade surgiu como noção “discreta” e “solitária” tanto na jurisprudência como nos textos.

⁽³⁾ Cfr G. MIGLIO – A. BARBERA “Federalismo e Secessione”, Milano, 1997, p. 114.

LUÍSA DUARTE (“A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros”, Lisboa, 1997, p. 403) refere-se à “opacidade” de sentido do corolário e cita autores que teriam inventariado cerca de trinta significados diferentes de subsidiariedade.

⁽⁴⁾ FAUSTO DE QUADROS (“O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia”, Coimbra, 1995, p. 12 e seg.) alude, no plano filosófico a reflexos da “ideia de subsidiariedade” no pensamento aristotélico, tomista e nas correntes liberais aristocráticas de Locke e Toqueville. Tendo o pensamento liberal conferido alguma consequencialidade à subsidiariedade, como fundamento do papel residual do Estado face à sociedade civil, não deixa de ser curiosa a razão que levou os neo-liberais dos anos setenta e oitenta deste século a relativizarem o mesmo princípio, na sua reconstrução paradigmática do chamado Estado-Mínimo.

⁽⁵⁾ Tendo a alusão à subsidiariedade, no quadro do pensamento da doutrina social da Igreja, precedido aquele documento papal, foi todavia com o n.º 39 da referida encíclica

interesse como fonte histórica e cognitiva da génese do mesmo princípio no plano jurídico, a qual ganhou consistência no contexto do *federalismo europeu, mormente no alemão do pós guerra*.

Dos atributos comuns inerentes à subsidiariedade na filosofia teológica e jurídica, torna-se possível extrair uma ideia difusa de *limitação relativa do exercício de poderes das macro comunidades, em favor das comunidades intermédias* que, em razão da sua mais directa proximidade em relação às pessoas, demonstrem ser detentoras de uma maior aptidão na realização adequada e eficaz de certas tarefas.

1.2. O federalismo e a juridificação positiva da subsidiariedade como critério competencial

Existem, contudo, no plano estritamente jurídico, diversos ângulos de visualização da subsidiariedade, decorrendo da plasticidade enunciativa do seu conteúdo, uma *discrepância de entendimentos sobre a sua presença nos próprios ordenamentos federais*, o que parece evidenciar o conteúdo plástico dos pressupostos dominantes do princípio e o carácter multidigitado dos seus virtuais efeitos.

Se no plano jurídico foi o federalismo que positivou a incidência da subsidiariedade como critério de distribuição competencial, não é possível deixar de sobrevoar algumas das discrepâncias atinentes ao carácter real ou aparente dessa mesma positividade.

Assim, em análises juscomparatísticas feitas na doutrina portuguesa ⁽⁶⁾ destacam-se certos autores que negam relevância do princípio da subsidiariedade no Direito constitucional norte-ameri-

de Pio XI que se retirou a ideia de que a subsidiariedade constituiria uma medida de valor de justiça material na organização colectiva, procurando defender-se com ela, uma autonomia "a partir de baixo".

Seria, a atentar no texto considerado, tão "injusto" e perturbador da "boa ordem social" que as comunidades intermédias subtraíssem aos indivíduos tarefas que estes se mostrariam aptos a realizar, como admitir que comunidades maiores desapossassem as intermédias de idênticas faculdades.

(6) Cfr, nesta linha FAUSTO DE QUADROS, ult. loc. cit.p. 19 e ss.

cano e estimam que o art. 72.º-2 da Lei Fundamental de Bona não consagra aquele corolário.

Diversamente, há quem destaque na Constituição alemã a presença expressa da subsidiariedade no referido preceito (7).

Assim, no campo das matérias concorrenciais, os Länder poderiam legislar na medida em que a Federação o não fizesse, mas esta última seria competente para *legislar substitutivamente* sobre os mesmos domínios, se se verificassem *pressupostos de necessidade* justificantes de uma disciplina federal uniforme, mais eficaz e mais adequada.

Pela nossa parte, operando uma ligação entre as raízes filosóficas difusas da subsidiariedade e o conteúdo do art. 72.º da Lei Fundamental de Bona *não podemos deixar de sufragar a tese que defende a presença explícita do corolário* naquela norma.

Quando o 2) do artigo considerado prevê que, por razões de *necessidade*, a Federação possa legislar no *campo concorcencial*, e o n.º 1 deste último preceito fundamenta essa necessidade em *razões de maior eficácia*, inerentes à morfologia conteudística da legislação federal, a Constituição convoca alguns dos fundamentos mais pragnantes da subsidiariedade tal como ela se encontra filosoficamente enunciada, por exemplo, no n.º 39 da encíclica “Quadragesimo anno”.

É certo que o faz num sentido menos descentralizador do que, por exemplo, a Carta Europeia da Autonomia Local, mas importa atentar que a flexibilidade do princípio permite escalões diversos de intensidade devolutiva de poderes a entes autónomos, centrados em pressupostos de idoneidade e eficácia das medidas concorrentes. Daí que, o facto de a subsidiariedade ter tido permitido na Alemanha uma leitura e uma prática mais centralista, tal não significa que o princípio se não encontre presente na Lei Fundamental de Bona.

(7) Cfr. VOLKMAR GÖTZ “Il Principio de Sussidiarietà nel Diritto Costituzionale Tedesco con Particolare Riferimento alla sua Dimensione Federale”, in “Il Principio de Sussidiarietà in Alcuni Ordinamenti Costituzionali Contemporanei”, Padova, 1998; PAOLO CARETTI “Il Principio di Sussidiarietà e soi Reflessi sul Piano dell’ordinamento Comunitario e dell’ordinamento Nazionale”, “Quaderni Costituzionali”, n.º 1, Ap., 1993, p. 15; e MAURO VOLPI “Stato Federale e Stato Regionale: Due modelli a confronto”- “Quaderni Costituzionali”, n.º 3, Dic., 1995, p. 383 e ss.

1.3. A irradiação do princípio da subsidiariedade no Direito Internacional Público e no Direito Constitucional de Estados europeus

Mas, se no plano jurídico o princípio **nasceu federalisticamente**, a sua incidência como critério suplementar de repartição de competências confluentes entre o Estado-Pessoa e diversos tipos de entes territoriais descentralizados, integrados no Estado-Colectividade, expandiu-se para outras formas de Estado, mormente para os de estrutura unitária (*).

Tendo a questão interessado, no plano especulativo, à doutrina administrativista francesa a propósito da regionalização administrativa daquele Estado, bem como a outros processos reformistas de descentralização e mesmo de desconcentração (°), ela ganhou um novo impacto positivo e irradiador no plano autárquico, a partir de 1988, data da adopção pelo Conselho da Europa da Carta Europeia de Autonomia Local, *que Portugal ratificou*.

O n.º 3 do art. 4.º da mesma Convenção, que verte sobre os processos de descentralização administrativa para o poder local, exprime um regime preferencial de exercício de competências públicas em favor de autoridades mais próximas dos cidadãos. Assim, o mesmo preceito destaca que os critérios de atribuição de poderes situados em áreas de deslinde, às colectividades maiores e menores, depende da “*amplitude e natureza da tarefa*” e das “*exigências de eficácia e economia*”.

(*) A ausência explícita do enunciado do princípio na Constituição e na lei não inibiu a doutrina de o tentar decantar como corolário implícito no bloco normativo vigente. Em Itália, PAOLO CARETTI (op. cit., p. 16 e seg.), por exemplo, colocou em evidência a presença do princípio na “Lei La Pergola”, a qual atribui competências internas ao Estado para garantir a aplicação do Direito Comunitário, conferindo aos órgãos do primeiro, poderes substitutivos sobre os das regiões que omitam a transposição de directivas ou que o façam de modo imperfeito.

(°) MARYSE BAUDREZ “Un Principe Inspiratore di Riforme: La Sussidiarità in Francia”, in “Il Principio de Sussidiarità in Alcuni Ordinamenti (...), 1998, op. cit; JEAN MARIE PONTIER, ult. loc. cit., p. 1534 e ss; e GUILLAUME DRAGO “Le Principe de la Subsidiarité Comme Principe de Droit Constitutionnel”, “Revue International de Droit Comparé”, n.º 2, 1994, p. 584.

O impacto do princípio no plano do contencioso administrativo foi, todavia, diminuto no ordenamento português.

A respectiva convocação foi feita por vezes, pelos municípios, em matéria de ordenamento do território e urbanismo e em estreita associação com o princípio constitucional da descentralização, como fundamento da impugnação da validade de regulamentos estaduais de alcance regional (os PROT)⁽¹⁰⁾ cuja densidade reguladora retiraria, segundo os mesmos municípios, amplitude disciplinadora aos regulamentos municipais (PMOT e PDM)⁽¹¹⁾ que com os mesmos concorrem na disciplina parcial de certas situações de facto.

Mas os tribunais administrativos pelo menos até 1998, pouca atenção conferiram ao princípio da subsidiariedade plasmado na Carta europeia, pese o seu carácter prevalente sobre a lei, preferindo antes aplicar as disposições legislativas ordinárias que reconhecem uma superioridade hierárquica aos PROT sobre os regulamentos municipais, sem prejuízo do tempero dos efeitos da mesma hierarquia através de um difuso critério competencial.

Foi, contudo, a partir da aprovação e ratificação do Tratado de Maastricht, em 1992, o qual consagrou no novo art. 3.º-B do Tratado da CE, a *medida de valor da subsidiariedade* como critério reitor do exercício de competências concorrentes entre os entes comunitários e os Estados-Membros, que a *irradiação jurídica do referido conceito indeterminado assumiu um carácter qualificado, nomeadamente através da sua ulterior constitucionalização, em ordenamentos como o português*.

Na realidade, a revisão extraordinária da Constituição portuguesa registada em 1992, tendo em vista a adaptação da Lei Fundamental ao Tratado da União Europeia, consagrou no n.º 6 do seu art. 7.º, uma dimensão externa do princípio da subsidiariedade,

⁽¹⁰⁾ Os PROT são os "Planos Regionais de Ordenamento do Território", aprovados por decreto regulamentar do Conselho de Ministros. Sobre o seu regime jurídico cfr. FERNANDO ALVES CORREIA "As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português", Coimbra, 1993, p. 14 e seg.

⁽¹¹⁾ Trata-se, respectivamente dos Planos Municipais de Ordenamento do Território e dos Planos Directores Municipais.

como parâmetro material do “*exercício em comum*” dos poderes necessários à construção da União.

Já na revisão ordinária de 1997, o mesmo princípio foi expressamente consagrado através do n.º 1 do art. 6.º, no contexto de uma dimensão jurídica puramente interna, como um entre vários parâmetros constitucionais que presidem às relações entre o Estado, as regiões autónomas insulares e as autarquias locais.

É pois a nova dimensão constitucional do princípio da subsidiariedade no ordenamento português que concitará a atenção das páginas seguintes, conferindo-se particular relevância à respectiva eficácia interna.

2. A positivação explícita do princípio nas revisões constitucionais de 1992 e 1997

2.1. A revisão de 1992 e o estatuto subsidiário do Estado português em face da União Europeia

A introdução expressa na Constituição portuguesa (CRP) do princípio da subsidiariedade, como critério reitor do exercício “*em comum*” de competências, por parte do Estado Português e a União Europeia (UE) resultou de projectos apresentados na revisão de 1992 por três, de entre os quatro maiores partidos portugueses⁽¹²⁾.

Trata-se de uma iniciativa coerente com o facto de Portugal ser, segundo alguma doutrina portuguesa, um dos Estados que mais se bateu pela introdução do critério da subsidiariedade no quadro reitor das relações de competência entre a União e os Estados Membros⁽¹³⁾.

(12) Ou seja o PSD, o PS, e o CDS.

(13) Assim, FAUSTO DE QUADROS, op. cit. p.62 que se refere aos contributos do Estado português sobre a matéria na preparação do Tratado, na reunião do Conselho Europeu de Lisboa, na cimeira de Birmingham e nas conclusões da Cimeira de Edimburgo.

De um consenso gerado entre as referidas iniciativas resultou o presente n.º 6 do art. 7.º da CRP, que prescreve o seguinte:

“Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia”.

Três **ideias força** podem ser extraídas do texto acabado de examinar:

1.ª O decisor constitucional concebeu o princípio da subsidiariedade como um dos parâmetros vinculantes ⁽¹⁴⁾ e condicionantes dos termos da habilitação do exercício de certas competências soberanas do Estado, pelas comunidades europeias.

Ao “nacionalizar” no texto constitucional a subsidiariedade, como vínculo reitor da repartição competencial entre Portugal e as entidades comunitárias, foi intenção de um conjunto de deputados não concenterem o n.º 6 do art. 7.º da CRP como uma simples cláusula de reenvio para o que poder vir a ser o fluido entendimento comunitário dominante sobre a subsidiariedade.

Ao invés, procuraram salvaguardar cautelarmente, a possibilidade existencial de um conceito autónomo, ou próprio, de subsidiariedade na Constituição portuguesa ⁽¹⁵⁾.

Tendo em conta o carácter excessivamente aberto do princípio, o qual comporta na União leituras “positivas” (favoráveis a um centralismo comunitário) ⁽¹⁶⁾ e “negativas” (favoráveis a uma maior independência dos Estados, nos termos do sentido dominante do art. 3.º-B do TUE) ⁽¹⁷⁾ foi intenção de uma larga maioria

⁽¹⁴⁾ Os dois parâmetros restantes entroncam no *princípio da reciprocidade*, que, evocando a igualdade formal de direitos e deveres de todos os Estados-Membros, conforma um típico corolário contratualista de Direito Internacional; e no *fin qualificado* de vertebração do desenvolvimento harmonizador da comunidade que é a “*coesão económica e social*”.

⁽¹⁵⁾ Cfr. DAR., II Série, n.º 3 RC de 25 de Setembro de 1992 e DAR, I Série, n.º 14 de 18-11-92, com especial enfoque para as intervenções dos então Deputados Almeida Santos, José Magalhães e Alberto Costa.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. GOUCHA SOARES “Repartição de Competências e Preempção no Direito Comunitário”, Lisboa, 1996, p. 185

⁽¹⁷⁾ A. GOUCHA SOARES, *ult. loc. cit.*

dos arquitetos da revisão, não colocar o referido critério totalmente à mercê, tanto das leituras pontuais do órgãos políticos da União⁽¹⁸⁾, quer da interpretação jurisprudencial excessivamente comprometida e consequencialista do Tribunal de Justiça das Comunidades.

Ao invés, a subsidiariedade foi posicionada como uma **medida de valor constitucional**, e como tal passível de uma interpretação própria, por parte do Tribunal Constitucional português.

2.^a O legislador omitiu qualquer caracterização do parâmetro da subsidiariedade que se mostrasse passível de clarificar o seu sentido orientador, contrariamente, ao que sucede com o próprio Tratado de Roma, alterado em Maastricht.

Sem embargo, entende-se ter existido uma clara intenção de harmonizar o sentido do art. 7.º com aquele que emerge do Tratado CE, e que a ideia geral de subsidiariedade na CRP implica que, *em certo tipo de competências, as comunidades não exerçam aquelas que os Estados-Membros, como colectividades mais próximas dos cidadãos, possam desenvolver com maior eficácia.*

Estamos, de qualquer modo, perante um **conceito jurídico indeterminado**, cuja densidade minimalista é portadora de um forte halo de penumbra que torna excessivamente moldável o respectivo conteúdo, à interpretação conjuntural do decisor político, do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Justiça das Comunidades⁽¹⁹⁾.

Com efeito, a própria noção de “*eficácia*” *estadual, contraposta à simultânea* responsabilidade dos Estados Membros em dotarem das estruturas comunitárias de idêntica “*eficácia*”, constituem coordenadas excessivamente translúcidas passíveis de permitirem sensíveis contradições e oscilações na repartição de poderes. Repartição tenderá a processar-se não em eixos perfeitamente

(18) Com a sua particular lucidez, AUGUSTO BARBERA (in MIGLIO-BARBERA. “Federalismo (...)” op. cit., p. 114) referiu que Delors teria sugerido a subsidiariedade como “princípio-guia” da construção da EU, sendo o mesmo inserido nos tratados institutivos, menos para reconhecer competência aos Estados, e mais para justificar uma ulterior absorção de competências pela UE.

A configuração sincrética da subsidiariedade permitiria, que por via interpretativa, se lhe alterasse o espírito, o qual poderia captar seja a centralização seja a descentralização do poder.

(19) Relativamente a este risco, cfr. LUÍSA DUARTE “O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição” — Estudos Castro Mendes, 1995, Lisboa, p. 710.

determinados, mas antes em fronteiras esfumadas, com avanços e recuos ⁽²⁰⁾.

Em face da opção tomada, no sentido de constitucionalizar o conceito nos termos expostos, verifica-se que nada impede o Tribunal Constitucional português, em nome do princípio da soberania (n.º 1 do art. 3.º da CRP) de operar uma leitura *essencialmente negativa* do princípio e de lhe fazer apelo, quando necessário, para declarar a inconstitucionalidade de normas comunitárias que procedam à sua violação ⁽²¹⁾, podendo gerar-se nesse caso, um conflito de jurisprudência com o Tribunal de Justiça das Comunidades ⁽²²⁾.

3.ª O preceito, preveniu-se contra uma qualquer fórmula que se mostrasse favorável a uma transferência de poderes, limitando-se implicitamente a acolher o que parece ser uma autorização estadual ⁽²³⁾ quanto ao respectivo exercício pelas Comunidades, conservando por conseguinte, a titularidade soberana ⁽²⁴⁾ das mesmas competências.

A expressão "*exercício em comum*" de poderes necessários para a construção da União faz supor que as faculdades habilitadas ou delegáveis naquela organização, integram na *esfera concorrencial* de competências entre os Estados membros, as Comunidades e a UE. Isto porque a convocação da subsidiariedade só parece ser inteligível numa relação de coerência e adequação com o art. 3.º-B do Tratado de Roma, aditado pelo Tratado da União Europeia, preceito que explicita que a subsidiariedade não é aplicável aos domínios que sejam atribuição exclusiva das comunidades.

⁽²⁰⁾ Cfr. sobre os novos pressupostos de mobilidade da repartição competencial, FAUSTO DE QUADROS, op. cit., p. 75.

⁽²¹⁾ O n.º 1 do art. 277.º da CRP submete todas as normas vigentes no ordenamento à fiscalização da constitucionalidade entre os quais os Tratados institutivos da União, pelo que, por maioria de razão, os Regulamentos comunitários que se encontram subordinados aos mesmos tratados e que nos termos da remissão do n.º 3 do art. 8.º se aplicam directamente na ordem interna portuguesa, serão susceptíveis de fiscalização constitucional, nos termos do n.º 4 do art. 279.º da CRP. O mesmo controlo pode ser exercido, por identidade de razão sobre os directivos "self-executing".

⁽²²⁾ Cfr. a assumpção desse risco por LUÍSA DUARTE, op. cit., p. 710-711.

⁽²³⁾ A expressão autorização, imanente na ideia de exercício em comum, foi contudo cuidadosamente omitida.

⁽²⁴⁾ MARGARIDA SALEMA "O Princípio da Subsidiariedade na Constituição de 1976", "Perspectivas Constitucionais", II, Coimbra, 1997, p. 876.

Vigorando os tratados institutivos das Comunidades e da União, por recepção plena, no ordenamento português (art. 8.º-2 da CRP), e tendo em conta a influência que os mesmos tiveram na introdução do princípio da subsidiariedade na Constituição, não faria teleologicamente sentido uma discrepância entre os mesmos e a Constituição, pelo menos em relação à *natureza das competências* envolvidas no referido exercício, já que as mesmas constituem o objecto do supracitado princípio.

2.2. A revisão constitucional de 1997 e vertente interna do princípio da subsidiariedade

Entre 1992 e 1997 diversas sensibilidades da doutrina portuguesa especularam sobre a possibilidade de o “princípio da subsidiariedade”, tomado na vertente externa que o n.º 6 do art. 7.º da C.R.P. consagrou, poder, por “identidade de razão” ou por interpretação extensiva, ser aplicável no plano interno, como critério de repartição de competências administrativas entre o Estado e as autarquias locais (25).

(25) Assim FAUSTO DE QUADROS, op. cit p. 78, afirma que a subsidiariedade nas relações entre os Estados Membros e a União só teria sentido se as relações entre o Estado e as autarquias se resolvesse na observância dos princípios da descentralização e da subsidiariedade, pois, caso contrario, este último, nos termos em que se encontraria previsto no Tratado da União, não cumpriria a sua tarefa de aproximação dos cidadãos em relação ao poder político. A subsidiariedade seria pois um “instrumento do federalismo cooperativo” que se afirmaria a nível europeu a partir do referido tratado.

J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA (“Constituição da República Portuguesa-Anotada”, Coimbra, 1993, p. 887) pronunciam-se no sentido de a subsidiariedade, como princípio constitucional ter sentido útil quando articulado com princípio da descentralização autárquica no sistema de repartição de poderes entre o Estado e as colectividades menores.

Já MARGARIDA SALEMA (“O Princípio (...) op. cit. p. 878) e MANUEL RAMOS FERNANDES “A Problemática da Regionalização”, Coimbra, 1996, p. 81 e seg) preferem apelar à subsidiariedade, não tanto a partir da Constituição, mas sim de uma convenção internacional de que Portugal é parte, e que é a Carta Europeia da Autonomia Local, a qual detém preferência sobre a lei.

O segundo entendimento parece ser o que ostentava uma melhor conformidade com a Constituição da República até à revisão de 1997.

Isto porque, a teleologia do princípio, no contexto do n.º 6 do art. 7.º da CRP, consistia (e consiste) em servir de medida de valor ao exercício de competências concorrentes

Mas com a revisão de 1997, as dúvidas dissiparam-se e a subsidiariedade ganhou o estatuto de princípio constitucional reitor da *organização e funcionamento interno* da República portuguesa como Estado unitário, consumando no ordenamento aquilo que constituiu a lenta ascensão multiangular do mesmo corolário, desde que Portugal ratificou a Carta Europeia da Autonomia Local.

Reza a este propósito o n.º 1 do art. 6.º da C.R.P. que:

“O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular, e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.”.

Dado que a incidência do princípio da subsidiariedade na organização e funcionamento do Estado constituirá o objecto da parte subsequente desta digressão, examinaremos no número seguinte a sua textura, o seu posicionamento lógico sistemático entre os restantes princípios presentes no mesmo preceito, e a incidência reitora do seu objecto.

3. Subsidiariedade como critério supletivo de distribuição de poderes entre o Estado e outros entes territoriais

3.1. Premissa

Como princípio constitucional orientador do estatuto organizatório e funcional do Estado unitário, e padrão normativo e axiomático do alcance da sua acção uniformizadora, a dimensão interna do princípio da subsidiariedade interessar-nos-á na relação estabelecida entre o Estado-Pessoa e as pessoas colectivas territoriais autónomas que com ele coexistem no âmbito dos seus interesses específicos.

tes entre o Estado Português e uma organização supranacional, operando numa dimensão exclusivamente externa, como decorre da própria epígrafe do artigo.

No plano da organização interna do Estado, a Carta Europeia da Autonomia Local era a única fonte positiva do mesmo princípio.

Daí que seja intenção destas linhas, não abordar, no contexto do n.º 1 do art. 6.º, a hipotética incidência da subsidiariedade na “descentralização democrática da administração pública” como um todo abstracto.

Em primeiro lugar por que semelhante incidência pressuporia, para poder ter um efeito útil, a adopção de uma concepção *fundamentalista* ou radical de evolução da democracia participativa (a qual se encontra enunciada com um alcance bem mais modesto nos arts. 2.º e 9.º da CRP). Na órbita da mesma concepção, a subsidiariedade, como valor e padrão jurídico de recorte competencial, não se deteria apenas na audição dos administrados (como consagra o Código de Procedimento Administrativo português) mas na própria ideia de co-decisão, mesmo de carácter desigual, entre estes e os poderes públicos. Ora essa co-decisão não emerge como atributo identitário da administração pública na Constituição portuguesa.

Em segundo lugar, porque uma subsidiariedade codecisional incidente em áreas difusas funcionaria como um “míssil sem controlo” e como uma alavanca consociativista de recorte libertário, passível de dissolver ou fragmentar a unidade de acção administrativa do Estado, atentando contra a necessária homogeneidade do interesse geral que o mesmo Estado tem a função constitucional de garantir ⁽²⁶⁾.

Por conseguinte, circunscrevendo a dissecação do princípio da subsidiariedade *ao cenário relacional entre os Estado e as colectividades descentralizadas*, chamar-se-á a atenção sobre *três pontos prévios*.

1.º O decisor constitucional de 1997 retomou, no plano interno, a opção assumida na revisão de 1992, já que fez no texto da Lei Fundamental uma nova menção expressa ao princípio da subsidiariedade, sem que, contudo, tivesse procedido à sua definição.

⁽²⁶⁾ Vide a este propósito o excuro de MARYSE BAUDREZ, ult. loc. cit, que convoca o princípio como fonte meramente cognitiva de procesos de desconcentração administrativa operados em França, como sucedeu com o decreto n.º 604 de Julho de 1992 (Carta da Desconcentração) e a lei de 4 de Fevereiro de 1995 que favorece uma aceleração da transferência de atribuições aos serviços desconcentrados do Estado.

O papel do princípio reduziu-se ainda assim ao de uma figura inspiradora das mesmas reformas, com um protagonismo programático, particularmente “souple”, e não como um princípio portador de vinculatividade.

Embora por razões de coerência sistemática e teleológica do texto constitucional seja possível inferir que o significado da subsidiariedade interna no n.º 1 do art. 6.º seja idêntico ou próximo ao da “subsidiariedade externa” no n.º 6 do art. 7.º, observa-se que o primeiro detém especificidades próprias, nada garantindo que a sua aplicação prática não venha a ser objecto de uma leitura propiciadora de uma evolução diversa daquela que inere ao segundo.

O carácter singelo e nominal da menção feita ao referido corolário na CRP torna-o, em toda a sua ambiguidade relativa, moldável a juízos de oportunidade política, reduzindo-se o impacto dos difusos atributos jurídicos que nele se encontram imanentes.

Ilustrativamente, os deputados consencionalizaram no processo de revisão que a subsidiariedade interna poderia ter uma leitura “*descendente*” de carácter descentralizador e “*ascendente*”, de natureza centralizadora (27).

E se bem que alguns dos mesmos mandatários tenham clarificado que, no quadro do acordo de revisão constitucional entre os dois maiores partidos (PS e PSD) tenha estado imanente uma ideia de subsidiariedade *descendente* (28), nada garante que a prática não venha a evoluir em sentido oposto.

A este propósito, a experiência federal alemã constitui um exemplo claro de uma evolução dita “*ascendente*”, de uma subsidiariedade mais densificada constitucionalmente do que a consagrada no ordenamento português, e que tinha sido paradoxalmente criada para garantir as competências dos estados federados (29).

2.º À ambiguidade inerente ao conteúdo do princípio junta-se outra ambiguidade concernente ao seu posicionamento sistemático no n.º 1 do art. 6.º.

Nesse preceito, a subsidiariedade não emerge textualmente como uma medida de valor vinculante “do regime autónómico insular”, da “autonomia das autarquias locais” ou da “descentralização democrática da administração pública”, mas sim, a par de todos eles, como um princípio reitor da organização e funciona-

(27) Cfr. Deputado Luís Sá (PCP) DAR, I Série, 94, 16 de Julho de 1997.

(28) Deputado Medeiros Ferreira (PS), ult. loc. cit.

(29) Cfr. VOLPI, ult. loc. cit. p. 384; e MIGLIO-BARBERA, ult. loc. cit. p. 115.

mento do Estado Unitário colocado a par das citadas realidades institucionais descentralizadas. ⁽³⁰⁾.

A redacção do preceito não prima, assim, pela sua felicidade.

Pese este facto estima-se que o finalismo do inciso terá sido o de inserir o princípio da subsidiariedade como parâmetro da articulação competencial das diversas componentes do Estado-Colectividade, mormente no que tange à *repartição vertical de poderes* entre o Estado-Pessoa e outros entes territoriais, como as regiões autónomas insulares, as regiões administrativas (se tivessem sido instituídas) e as autarquias locais.

Daí que, o princípio considerado, para que possa ter algum sentido operativo, não pode flutuar indiferenciadamente a par dos restantes. Antes deverá positivar-se sistematicamente como um parâmetro material de equilíbrio entre o princípio da unidade nacional, que estriba a identidade do ordenamento do Estado-Pessoa bem como o alcance dos seus poderes funcionais, e os princípios da autonomia política das Regiões insulares e da autonomia administrativa das autarquias, que garantem o campo útil de auto-regulação de entes territoriais descentralizados.

3.º Dado o facto de a repartição de poderes legislativos e administrativos entre o Estado e as referidas colectividades entroncar em critérios constitucionais há muito consolidados na Constituição e na lei, tais como os da competência, hierarquia e função de proeminência material, a convocação do critério da subsidiariedade não pode assumir, senão, *carácter supletivo* frente aos demais, emergindo operativamente quando estes se mostrarem insuficientes para situar objectivamente certo domínio material, na esfera de poder de um ou de outro ente.

Neste sentido, a subsidiariedade operará como critério reitor de um processo de reivindicação de competências desenvolvido por entidades diversas. Numa qualidade implicará a hierarquiza-

⁽³⁰⁾ Por estranho que pareça, certos deputados como o dep do PSD, MOTA AMARAL (DAR, I Série, n.º 94, 16 de Julho de 1997), ratificou nos trabalhos parlamentares esta última ideia de parificação de critérios de organização e funcionamento do Estado Unitário, a qual, a proceder, isolaria a incidência do princípio, já que não o direccionaria para uma conjugação articulada com os princípios da autonomia insular e da autonomia das autarquias locais.

ção ou a pré-ordenação material do poder de exercício concreto de uma certa responsabilidade pública exercido pelos órgãos de um ente sobre uma área de pertença dilemática, em relação ao exercício de um poder concorrente desenvolvido pelos centros institucionais de uma entidade diversa.

Trata-se de uma *superioridade puramente funcional*, cuja convocação operativa depende de um juízo estimativo sobre a aptidão, idoneidade, indispensabilidade e eficácia de uma medida destinada a preencher um dado fim público, quando confrontada com uma medida idêntica, isomórfica e isométrica, ditada por um centro de poder distinto ⁽³¹⁾.

3.2. Incidência do princípio na repartição vertical de competências legislativas entre o estado e as regiões com autonomia política

Como é sabido Portugal é um Estado Unitário Regional de carácter periférico, já que apenas duas parcelas do território, as regiões insulares da Madeira e dos Açores dispõem de autonomia legislativa e administrativa ⁽³²⁾.

Quando comparadas com as suas congéneres italianas, espanholas e dinamarquesas, as regiões portuguesas figuram entre aquelas que, quantitativamente possuem um maior acervo de competências legislativas.

Na realidade dispõem da faculdade de exercer uma "*competência legislativa comum*" legislando sobre matérias do seu interesse específico situadas num universo concorrencial, fora das competências reservadas pela CRP aos órgãos de soberania ⁽³³⁾;

⁽³¹⁾ De entre os atributos reitores da convocação do princípio, em favor da actuação de um dado ente, mesclam-se características intrínsecas à própria subsidiariedade (como a "aptidão" e a "eficácia") com exigências de proporcionalidade ("necessidade" ou indispensabilidade" da actuação). Vide, em geral, sobre a correlação entre subsidiariedade e proporcionalidade, LUÍSA DUARTE "A Teoria (...)" op. cit. p. 409-414 e 517 e seg.

⁽³²⁾ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS "A Autonomia Legislativa Regional", Lisboa, 1993 e "As Competências Legislativas das Regiões Autónomas, no Contexto da Revisão Constitucional de 1997", ROA, III, 1997, p. 10 e seg.; e JORGE MIRANDA "Manual de Direito Constitucional", Coimbra, 1997, p. 381 e seg.

⁽³³⁾ Cfr. al. a) do n.º 1 do art. 227.º da CRP.

possuem o poder de desenvolver leis de bases dos órgãos soberanos ⁽³⁴⁾; e podem legislar mediante delegação legislativa da Assembleia da República ⁽³⁵⁾.

Na *esfera administrativa* podem regulamentar seja as próprias leis regionais seja as leis gerais dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar ⁽³⁶⁾.

Estimamos que o princípio da subsidiariedade, dentro do seu estatuto de supletividade aplicativa em relação aos restantes princípios estruturantes das relações entre normas jurídicas, *não encontra, à primeira vista, razões justificantes de convocação relativamente a todos os tipos de competências regionais acabadas de referir.*

Por economia de espaço, referiremos apenas as *competências legislativas*.

A **exclusão** da convocação aludida procederá no caso das relações entre leis delegantes e decretos legislativos regionais delegados, por um lado, e de leis de bases e decretos legislativos regionais complementares, por outro. Isto porque, *a parametricidade funcional*, ou se se quiser, *a hierarquia material associada à competência*, que irradia das leis estaduais integralmente paraméricas e necessariamente incompletas, parece ser suficiente para permitir uma separação entre as normas legais em tensão, e para facultar à Justiça Constitucional fundamentos bastantes para sancionar abusos de densidade reguladora, destas últimas.

Se o critério da subsidiariedade pressupõe, por via interpretativa, uma “hierarquização funcional” de um de dois poderes concorrentes na regulação de um facto idêntico, em relações normativas onde pontifiquem leis materialmente vinculantes de outras, essa hierarquia funcional ou material já resulta, directa e objectivamente, da Constituição, não tendo razão de ser a mobilização do mesmo critério.

Já não assim em leis de estrutura normativa mista, na qual parte das normas disponham de uma parametricidade material em relação à legislação autonómica, e em que a restante parte revista

⁽³⁴⁾ Al. b) do n.º 1 do art. 227.º.

⁽³⁵⁾ Al. c) do n.º 1 do art. 227.º.

⁽³⁶⁾ Al. d) do n.º 1 do art. 227.º.

natureza meramente supletiva, e como tal, passível de contradição ou desaplicação pelas leis regionais.

Neste tipo de relações normativas, pelo facto de existir a intersecção de normas de densidade reguladora equiparada, surge *um campo de virtual incidência da subsidiariedade*.

A situação coloca-se no quadro da mais importante competência legislativa regional que é a de carácter “comum”, já referida supra.

Na sua órbita, as regiões podem legislar, no âmbito do seu “*interesse específico*”⁽³⁷⁾ e no respeito dos “princípios fundamentais” das leis gerais da República⁽³⁸⁾ mormente sobre matérias situadas no campo concorrencial entre o Estado e as regiões, matérias essas que estão exemplificativamente enumeradas na Constituição⁽³⁹⁾ e nos estatutos de autonomia⁽⁴⁰⁾, podendo ainda outras matérias não elencadas, ser seleccionadas pela região na mesma área de concorrência⁽⁴¹⁾.

A Constituição não define o que são “princípios fundamentais” de leis gerais da República.

(37) O interesse específico constitui um conceito jurídico indeterminado que funciona como um limite positivo de todos os tipos de competência legislativa e administrativa regional, e que, na prática se afirmou como o principal parâmetro que tem permitido ao Tribunal Constitucional apreciar, com larga liberdade estimativa, a constitucionalidade da legislação regional nestes últimos vinte anos.

A revisão constitucional de 1997 positivou na al. o) do art. 228.º uma noção de interesse específico recolhida da jurisprudência constitucional.

Tem interesse específico regional “*matérias que respeitem exclusivamente à região ou que nela assumam particular configuração*”, ou seja, “*facti-species*” que tenham exclusivamente lugar numa região (por exemplo a cultura da banana na Madeira e dos ananases nos Açores), ou que, ocorrendo em mais partes do território, assumam aí particularidades relevantes (por exemplo, métodos de pesca, turismo, artesanato, entre muitos outros).

(38) Nos termos do n.º 5 do art. 112.º são leis gerais da República os actos legislativos do Estado incidentes no universo concorrencial que, pela sua *razão de ser* presa à tutela de interesses unitários com relevo imediato ou necessário para todos os cidadãos, se devam aplicar em todo o território nacional, determinando a Constituição a obrigatoriedade de as mesmas decretarem essa sua natureza jurídica, para aí poderem vigorar como tal.

Antes da revisão de 1997 as leis gerais da República deveriam na íntegra ser respeitadas pelos decretos legislativos regionais, sob pena de ilegalidade destes (relação de desvalor que fere leis que desrespeitem leis interpostas).

Depois da mesma revisão, a legislação regional limita-se a um dever de acatamento dos “princípios fundamentais” das leis gerais da República.

(39) Art. 228.º CRP.

(40) Nos termos do corpo do n.º 1 do art. 227.º conjugado com a sua alínea a).

(41) Cláusula residual habilitante contemplada na al. o) do art. 228.º da CRP.

Não sendo os mesmos actos legislativos estaduais modalidades de leis de bases, mas sim leis de detalhe, os princípios fundamentais que estas não definirem como tal serão deduzíveis, interpretativamente, da respectiva normação.

Pela nossa parte caracterizamo-los como *critérios gerais de decisão legislativa que, pelo seu relevo necessário para todos os cidadãos fundamentam e impõem um denominador comum, tanto no preenchimento de fins públicos, como na realização uniforme de obrigações de resultado por parte de legislação apropriada* (42).

Com as devidas diferenças existem alguns pontos de contacto entre os referidos princípios e os “limites dos princípios fundamentais estabelecidos nas leis do Estado”, referidos no art. 117.º da Constituição italiana de 1947, sobretudo quando os referidos critérios se não encontram presentes em *legge cornice*, por inexistência das mesmas, sendo os mesmos deduzidos do bloco de legislação estadual de detalhe vigente no ordenamento (43) pelo legislador regional, e a nível de controlo de legitimidade, pelo Tribunal Constitucional.

De qualquer modo, em termos de regime operativo, os princípios fundamentais de uma lei geral da República vinculam materialmente a legislação regional, mas esta pode desaplicar no espaço autonómico a **normação meramente instrumental** da mesma lei, que passará a assumir no mesmo espaço carácter supletivo.

Se a lei regional violar os referidos princípios vinculantes pode ser sindicada junto da Justiça Constitucional com fundamento em ilegalidade, mas até à declaração da sua invalidade prevalecerá aplicativamente como lei de conteúdo mais especial.

Só que o *conteúdo necessário das leis gerais da República* que vincula as leis regionais não se reduz aos referidos “principios fundamentais”, *englobando também certas disciplinas de pormenor que detêm uma complementaridade necessária em relação aos mesmos princípios*, sendo unidas com idêntico valor paramétrico, em função da aplicação de um critério de conexão material objectiva.

(42) CARLOS BLANCO DE MORAIS “As Competências (...)” op. cit. p. 38.

(43) Cfr. sobre o sentido da jurisprudência constitucional favorável à vinculação das leis regionais italianas a princípios e até a normas detalhadas de interesse unitário contidas em leis da República, SERGIO BARTOLE “La Corte Costituzionale e la Ricerca di un contemperamento fra Supremazia e Collaborazione nei Raporti tra Stato e Regioni” — “Le regioni”, 3, 1988, p. 563 e ss.

Nos Estados federais e regionais fala-se em alargamento do domínio material de uma lei, por *conexão objectiva*, quando se atraíam ao mesmo domínio legal, áreas de fronteira ou pertencentes a uma reserva alheia. Se a lei em questão for detentora de um título “mais forte” e se essa atracção mostrar ser indispensável à regulação completa, racional e coerente do núcleo da matéria respeitante à mesma norma legal ⁽⁴⁴⁾, a mesma passará a disciplinar uma matéria que antes se encontrava situada fora da reserva correspondente.

Ora, é como padrão correctivo, ou “*contraprova*” do alargamento do conteúdo vinculante da Lei geral da República a disciplinas estaduais de detalhe, as quais se tornarão inderrogáveis por leis regionais, que poderá ser convocado o princípio da subsidiariedade ⁽⁴⁵⁾.

Este, como “medida de valor” poderá ou não justificar completamente o imperativo de *necessidade* de realização de conexões materiais, permitindo à Justiça Constitucional verificar numa certa situação se a disciplina de uma matéria, na parte vinculante do preceituado da lei geral da República, implicará um preenchimento mais *eficaz e adequado* dos fins impostos pelos “princípios fundamentais” da mesma lei, do que aquele que ocorreria se a mesma regulação fosse cometida a uma lei regional.

A *eficácia* implica a graduação dos níveis de satisfação do interesse público, e uma consequente avaliação prévia de custos e benefícios virtuais contidos no objecto dos actos legislativos em confronto, enquanto que a *adequação* convoca medidas de valor presas à proporcionalidade, idoneidade, necessidade e coerência. ⁽⁴⁶⁾

É pois nesta esfera muito específica e eventual que ganha sentido aplicativo a subsidiariedade.

⁽⁴⁴⁾ VIRGA “Problemi Legislativi ed Interpretativi nelle Definizione delle Materie di Competenza Regionale”. “Foro Amministrativo”, Gen., 1971, p.114; CARLES VIVER Y PI SUNYER “Materias Competenciales y Tribunal Constitucional”, Barcelona, 1989 p.159 e Seg; KLAUS STERN “Derecho del Estado de la Republica Federal de Alemania”, Madrid, 1987.

⁽⁴⁵⁾ CARLOS BLANCO DE MORAIS “As Leis Reforçadas”, Coimbra, 1998, p. 302.

⁽⁴⁶⁾ Se uma Lei Geral da República contiver uma norma de detalhe em matéria de defesa do ambiente que se proponha enfrentar um conjunto de riscos graves, passíveis de

3.3. Incidência bifrontal do princípio na repartição de competências administrativas entre o estado e as autarquias locais

3.3.1. Âmbito de aplicação

Com a revisão de 1997 a nova dimensão constitucional da subsidiariedade passou a incidir sobre a confluência paralela de competências administrativas entre o Estado e as autarquias locais.

Nestas últimas avultam, de um lado, a *freguesia* e o *município* como colectividades territoriais existentes e de outro, a *região administrativa*. Esta última consiste numa polémica macro-autarquia prevista na Constituição e na lei, mas cuja instituição depende do voto favorável dos cidadãos num duplo referendo que, tendo-se realizado em 8 de Novembro de 1998, teve como resultado a rejeição da implementação das lutas regionais⁽⁴⁷⁾. Embora se possa considerar os arts. 255.º a 262.º um capítulo “morto” na Constituição, o facto de poderem ser convocados novos referendos institutivos justifica que abordemos a figura, em abstracto, no presente número, cuja versão originária foi escrita antes do referendo.

Cingindo a nossa análise à tensão entre **o poder legislativo e regulamentar estadual e o poder regulamentar autónomo**, observamos em primeiro lugar que:

- nos termos da Constituição existe um domínio de reserva administrativa autárquica, o qual é constitucionalmente garantido relativamente a matérias como habitação, urbanismo, uso e transformação dos solos e outras áreas de ordenamento territorial⁽⁴⁸⁾;
- a Constituição defere para a lei a definição de outras esferas de atribuição administrativa das autarquias, de entre as

atingir o território nacional, e se um decreto legislativo regional dispuser uma regra contrária sobre a mesma matéria, ao abrigo da al. a) do n.º 1 do art. 227.º e da al. c) do art. 228.º, o Tribunal Constitucional encontrar-se-à legitimado, se esse for o caso, a fundamentar uma conexão material da mesma regra ao imperativo unitário de defesa geral do ambiente, alicerçando o seu raciocínio não só na maior aptidão da norma da LGR em obviar à eclosão dos respectivos riscos, mas à maior adequação da administração estadual periférica em dar a este preceito uma execução objectivamente mais eficaz.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. arts. 255.º e 256.º da CRP.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. art. 65.º da CRP.

quais se salienta a administração de bens próprios, abastecimento público, salubridade e saneamento básico, saúde, educação e ensino, protecção da infância e terceira idade, cultura e desporto e ambiente ⁽⁴⁹⁾;

- o poder regulamentar autónomo que a Constituição reconhece às autarquias, subordina-se à lei e aos regulamentos estaduais, devendo por outro lado os regulamentos das autarquias de grau inferior respeitarem limites contidos nos regulamentos das autarquias de grau superior ⁽⁵⁰⁾.

Existe nesta tensão normativa um equilíbrio, nem sempre estável, entre o critério hierárquico que fundamenta o poder vinculante da lei e de regulamentos de grau superior e o critério da competência que, estribado pelo corolário da descentralização, salvaguarda em diversos níveis a existência de domínios úteis de regulamentação autónoma.

É precisamente no quadro difuso da distribuição vertical de poderes normativos que confluem sobre domínios diversos referentes às mesmas matérias, entre o Estado e as autarquias, que pode ganhar pertinência o *princípio da subsidiariedade*, em articulação com os princípios da unidade e da descentralização.

A lei, inclusivamente a que atribui competências às autarquias deverá, segundo sectores da doutrina ⁽⁵¹⁾, *tutelar tarefas essenciais indispensáveis à realização de interesses públicos absolutos* devendo contudo a sua densidade reguladora deixar um espaço de discricionariedade útil aos entes autárquicos de forma a que estes prossigam a realização de *interesses públicos relativos*.

Este imperativo essencialista é, por identidade de razão, aplicável à medida reitora de densificação dos regulamentos de natureza e escalão diverso nas suas relações recíprocas.

Podendo o sentido atinente à referência nominal que é feita à subsidiariedade no art. 6.º Constituição ser aclarado através do

⁽⁴⁹⁾ Cfr. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 100/84 de 29-3, com diversas alterações.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. art. 241.º da CRP.

⁽⁵¹⁾ VITAL MOREIRA "Administração Autónoma e Associações Públicas", Coimbra, 1997, p. 89 e ss e 170 e ss.

n.º 3 do art. 4.º da Carta Europeia da Autonomia Local, retirar-se-à da conexão complementar entre os dois instrumentos, três conclusões.

1.^a A subsidiariedade, constituindo um *critério competencial supletivo* de distribuição vertical de responsabilidades públicas concorrentes, se bem que procure assegurar esferas efectivas de poder à administração autárquica não constitui, quando casuisticamente convocado, uma garantia efectiva de descentralização (⁵²).

Se a “*regra geral*” é a de que o exercício de responsabilidades públicas incumba “*de preferência*” às autarquias, verifica-se que na *especialidade* a sua atribuição efectiva dependerá da “*natureza da tarefa*” e **das exigências de “eficácia e economia”**.

2.^a Por consequência, sempre que se vier a fundamentar *no concreto* que a tarefa controvertida se mostra necessária para a prossecução de um *interesse público absoluto ou de relevo necessariamente geral*, ou que os meios ou recursos para a sua realização, *com menores custos e maiores benefícios objectivos*, só possa ser mobilizada eficientemente pelo poder central, ela deve necessariamente ser deferida ao Estado-Pessoa

Nesta óptica, a subsidiariedade ostenta dois gumes quanto à repartição vertical de competências que pode operar, podendo demonstrar em muitas situações, um cunho centralizador, sobretudo se se tiver em conta o imenso poder financeiro, operativo e técnico da administração central (⁵³).

3.^a Finalmente, nem da previsão constitucional do princípio, nem da sua densificação na Carta Europeia resulta que o mesmo se imponha como norma programática. Norma que imponha ao legislador um dever, permanente, de transferir responsabilidades, recursos materiais, financeiros e técnicos de modo a esvaziar progressi-

(⁵²) VITAL MOREIRA ult. loc. cit.

(⁵³) Cfr. BARBERA (op. cit. p. 114) quando refere que a subsidiariedade é um princípio que respeita a quem tem na mão o exercício do poder, e nesta perspectiva, para além de fundar práticas centralistas revela ser um verdadeiro “arcano” do critério da hierarquia.

vamente o Estado das suas tarefas fundamentais em benefício das autarquias, em termos tais que a mesma subsidiariedade funcione sempre em benefício destas últimas.

O art. 6.º da CRP encontra-se sistematicamente situado no universo das normas perceptivas e o princípio da subsidiariedade, longe de se reduzir a uma medida de *incentivo*, surge antes de mais como um critério residual de repartição vertical de competências entre órgãos de entes diversos, com possibilidade de aplicação directa em juízo.

3.3.2. Nota sobre a relevância do princípio da subsidiariedade nas relações entre normas estaduais e municipais em matéria de ordenamento do território

Pressupondo a inevitabilidade da criação das regiões administrativas e procurando temperar a excessiva densidade compressor que certos regulamentos estaduais, como os Planos Regionais do Ordenamento do Território, exerciam sobre regulamentos municipais e sobre a autonomia dos particulares, em matéria de ordenamento territorial e questões urbanísticas, a Assembleia da República aprovou em 1998 a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 48/98 de 11 de Agosto).

Uma clara imprudência política e incapacidade de avaliação normativa fez com que a lei de bases desse como adquirida a instituição das regiões administrativas, tendo fixado regras sobre a competência dos órgãos regionais a instituir no sentido de os mesmos poderem deliberar e aprovar os planos regionais de ordenamento do território bem como proceder à revisão dos que se encontrem em vigor (Cfr. n.º 2 do art.º 20.º e art.º 31.º).

Ora, com a rejeição da instituição concreta das regiões no referendo de 8 de Novembro de 1998, a lei ficou parcialmente nominalizada.

A atentar nas disposições transitórias expressas no art.º 31.º, também elas parcialmente caducas, manter-se-ão em vigor os *planos regionais de ordenamento do território* aprovados nos termos do Decreto-Lei n.º 176-A/ 88 de 18 de Maio, continuando, por

ausência da instituição das regiões, a competência para a sua edição a repousar no Governo.

Trata-se de um preceito que carece de urgente alteração, no sentido de ser adaptado à manutenção da referida competência governamental.

Por outro lado o art.º 35.º prescreve que no prazo de um ano desde a entrada em vigor da lei (que ocorreu em Setembro de 1998) serão aprovados diplomas complementares das respectivas bases, relativos aos regimes dos instrumentos normativos de gestão territorial, regra que, conjugada com o n.º 1 do art.º 30.º, parece pretender suster até à referida emissão, a produtividade de efeitos paramétricos de todos os princípios e regras que não sejam directamente exequíveis.

Esta circunstância parece lateralizar a hipótese da ilegalidade superveniente da legislação contrária que se encontra em vigor e dos respectivos instrumentos programáticos e normativos de carácter complementar, em matéria de ordenamento do território.

Também o n.º 3 do art.º 34.º da lei de bases concede um prazo de cento e oitenta dias ao Governo para definir em diploma próprio um procedimento de conversão dos presentes diplomas legais ou regulamentares com impacto territorial em instrumentos conformes às directrizes relativas ao sistema de planeamento previsto na mesma lei, conversão essa que, segundo a al. c) do n.º 2 do mesmo preceito deverá fazer-se num prazo de dois anos desde a entrada em vigor da legislação básica.

Trata-se de um prazo excessivamente optimista em razão da grande complexidade e delicadeza de uma operação normativa de conversão, que se pretenda pautada pela certeza e qualidade reguladora.

No que concerne ao prazo referido n.º 1 do art.º 35.º, relativo à edição dos diplomas complementares, importa verificar se o mesmo se define como um mero *prazo ordenador* ou como um *prazo imperativo*.

Na primeira hipótese o seu esgotamento **não determinaria o início necessário da produtividade dos efeitos vinculantes da mesma lei**, já que as normas desta não exequíveis por si próprias continuariam a carecer de objecto, traduzido nos actos complementares a emitir; na segunda poderia **proceder o entendimento**

de que os critérios materiais vinculantes da lei de bases passariam a aplicar-se na sua plenitude, enfermado toda a legislação contrária que se encontrasse em vigor de invalidez superveniente.

Defende-se a procedência do entendimento favorável ao carácter meramente ordenador do prazo em exame.

Em primeiro lugar a expressão "*No prazo de um ano serão aprovados os diplomas legais complementares*" parece ser subjacente uma redacção mais programática do que imperativa.

O comando dirige-se ao legislador e não à norma em vigor, não estipulando para esta qualquer consequencialidade, contrariamente ao que, por exemplo, como sucede com al. c) do n.º 2 do art.º 34.º, preceito que determina a caducidade **de algumas** das disposições da legislação que se encontrar vigente ao tempo do esgotamento do prazo nele fixado.

Na verdade, o art.º 36.º não determina a plena aplicabilidade das normas-parâmetro de carácter interposto, limitando-se a dar ao legislador investido numa competência complementar, um prazo determinado para assegurar essa complementação normativa.

Em segundo lugar, a ilegalidade superveniente ⁽⁵⁴⁾ por esgotamento do prazo geraria uma lacuna caso a Justiça constitucional entendesse que, a repriminção de legislação anterior não seria adequada, nem compatível com o espírito gradualista, embora normativamente imperfeito, da lei de bases em exame.

Deve, assim, o prazo de um ano, previsto no regime transitório do n.º 1 do art.º 30.º ter-se como meramente ordenatório, só iniciando as disposições interpostas ⁽⁵⁵⁾ da lei de bases, a sua vincu-

⁽⁵⁴⁾ Ilegalidade, porque teríamos actos legislativos contrários a uma lei reforçada "imprópria" que é uma lei de bases, nos termos do n.º 3 do art.º 112.º e da al. b) do n.º 1 do art.º 281.º da CRP.

Superveniente porque, entrando em pleno vigor no prazo referido no n.º 1 do art.º 30.º da Lei de Bases, a legislação antecedente quedar-se-ia em plena contradição com uma lei vinculante, nos termos do n.º 2 do art.º 112.º e do n.º 2 do art.º 282.º da CRP.

Registrar-se-ia igualmente um quadro de ilegalidade consequente dos regulamentos colocados numa situação de dependência em relação à legislação complementar ilegal.

⁽⁵⁵⁾ Ou seja, as normas não exequíveis por si próprias destinadas a vincular outras normas.

tividade, na medida em que for sendo emitida a legislação complementar.

Já quanto ao segundo prazo fixado na al. c) do n.º 2 do art.º 34.º, ele determinará, em caso de omissão do decisor público volvido o seu transcurso, uma sanção parcial para os instrumentos normativos de planeamento em vigor, a qual se traduzirá na caducidade dos respectivos preceitos que contiverem regras vinculativas dos particulares.

Procura, assim, garantir-se que o finalismo legislativo inerente às bases gerais aprovadas, no sentido de fazerem cessar os efeitos inter-subjectivos de certos regulamentos, como é o caso dos PROT, seja efectivamente assegurado.

Feitas estas observações preâmbulares, interessa para o objecto deste excursus decantar essencialmente o tipo de efeitos que, sobre as presentes e futuras relações normativas entre os diversos instrumentos de planeamento e gestão territorial, irá ter o **princípio da subsidiariedade**, o qual se encontra positivado na al. d) do art.º 5.º da lei de bases.

Reza o mesmo que “*A política de ordenamento do território e urbanismo obedece aos princípios gerais de: (...)*”

d) *Subsidiariedade, coordenando os procedimentos dos diversos níveis da Administração Pública por forma a privilegiar o nível decisório mais próximo do cidadão”.*

Relativamente à aderência normativa do princípio assim enunciado cumprirá atentar nas seguintes considerações.

1.º Em face da extinção a prazo, ou da postergação indefinida das regiões administrativas, observa-se que **os entes relativamente aos quais será imputável a aprovação de instrumentos normativos de ordenamento do território e urbanismo continuarão a ser, o Estado-Pessoa e os Municípios.**

De entre os referidos instrumentos, classificados como de “*desenvolvimento territorial de natureza estratégica*” (al. a) do art.º 8.º e n.º 1 do art.º 9 da lei de bases), onde ficarão delineadas opções programáticas, directrizes de carácter genérico e orientações fundamentais sobre organização do território, haverá que referir como actos estruturantes imputáveis ao Estado, o *Programa*

Nacional de Políticas de Ordenamento do Território, e os Planos Regionais de Ordenamento do Território (PROT).

Importa ainda nomear como *instrumentos de gestão territorial imputáveis ao Estado*, os *planos sectoriais* que programam ou concretizam, por sector, políticas de desenvolvimento económico e social (al. c) do art.º 8.º e n.º 3 do art.º 9.º) e os *planos especiais*, que se firmam como meios supletivos de intervenção do Governo aptos à prossecução de interesses nacionais com repercussão espacial ou de salvaguarda transitória de princípios fundamentais da política nacional de ordenamento territorial (al. d) do art.º 8.º e n.º 4 do art.º 9.º).

Os *Planos Intermunicipais de Ordenamento do Território*, sendo qualificados pela al c) do n.º 1 do art.º 9.º como *instrumentos de desenvolvimento territorial*, são regulamentos autárquicos sujeitos a ratificação governamental.

Como “*intrumentos de planeamento territorial*” (al. b) do art.º 8.º), que estabelecem o regime de uso do solo, contam-se os *Planos Municipais de Ordenamento do Território*, ou seja, o *Plano Director Municipal (PDM)*, o *Plano de Urbanização* e os *Planos de Pormenor* (n.º 2 do art.º 9.º).

A lei não determina expressamente a forma de todos estes actos, mas, a atentar na prática normativa antecedente, e no disposto nos art.ºs 8.º e 20.º será de crer que:

- o *programa nacional de políticas de ordenamento do território* assuma a forma de lei parlamentar (n.º 1 do art.º 20.º) e que os *planos especiais de ordenamento do território* possam assumir a natureza de decreto-lei ou decreto regulamentar (já que o n.º 6 do art.º 20.º indica que são elaborados pela administração central e aprovados pelo Governo);
- os *planos regionais de ordenamento* revistam a forma de decreto-regulamentar (a manter-se o actual regime aprovatório);
- os *planos intermunicipais de ordenamento* sejam aprovados por regulamentos municipais e sujeitos a ratificação do Conselho de Ministros (n.º 2 do art.º 20.º);
- que os *planos de incidência sectorial* possam assumir a natureza formal de decreto-regulamentar ou portaria con-

- junta (o n.º 5 do art.º 20.º refere tão só que são elaborados pela administração central);
- que os *planos municipais do ordenamento do território* revistam a forma de regulamentos municipais ratificados por resolução do Conselho de Ministros (n.º 4 do art.º 20.º).

Importa referir que, com a não instituição das regiões, uma parte do art.º 20.º caducou nas normas respeitantes à intervenção de órgão regionais na produção dos instrumentos de gestão estaduais e municipais, carecendo, como tal, de urgente revisão.

2.º No tocante aos respectivos eixos de subordinação, separação e harmonização, importa sublinhar, em primeiro lugar, que o n.º 1 do art.º 11.º da Lei de Bases determina, **a vinculação das entidades públicas** a todos os instrumentos de gestão territorial, o que confirma a sua dimensão normativa, mesmo que parcial (dado o conteúdo parcelarmente programático do disposto nos diplomas correspondentes).

Vinculam as **entidades particulares**, a partir do termo do prazo previsto na al. c) do n.º 2 do art.º 34.º, apenas os *planos especiais* e os *planos municipais* do ordenamento do território (n.º 2 do art.º 11.º), supondo-se que até ao termo dessa data, os PROT presentemente em vigor irão continuar a manter a sua eficácia inter-subjectiva.

O art.º 10.º estabelece um conjunto de **relações de prevalência entre instrumentos**, estribadas por um **critério de hierarquia material temperado pelo critério de competência**.

O imperativo da unidade de acção administrativa que se alcandora **no princípio da unidade nacional** (n.º 1 do art.º 3.º e n.º 1 do art.º 6.º da CRP) impõe a prevalência de instrumentos normativos portadores de interesses gerais ou de interesses públicos absolutos, mesmo que especiais ou sectoriais, enquanto que o **princípio da autonomia das autarquias locais** (n.º 2 do art.º 6.º e art.º 237.º da CRP) cria um domínio autónomo de auto-regulação dos interesses especiais dos municípios, o qual impede que os interesses públicos expropriem no seu detalhe regula-

dor, sem justificação material, esse mesmo domínio auto-normativo⁽⁵⁶⁾.

De entre as relações travadas entre instrumentos de gestão, importa reter os **eixos de vinculação e harmonização que se passa a mencionar.**

i) As orientações fixadas nos *instrumentos de desenvolvimento territorial* vinculam o conteúdo dos *instrumentos de planeamento territorial* (n.º 1 do art.º 10.º da lei de bases).

Permanece, deste modo, um quadro de subordinação hierárquica dos regulamentos municipais à lei e aos regulamentos estaduais, realidade que constitui, ademais, uma decorrência constitucional (art.º 241.º).

O n.º 3 do art.º 10.º confirma na especialidade esta vinculação, determinando a necessidade de compatibilização dos *planos municipais* em relação aos *planos especiais* e aos *PROT*.

O n.º 4 do mesmo preceito ratifica a prevalência aplicativa dos planos especiais, como direito particular qualificado, seja sobre os planos *municipais* quer sobre os *intermunicipais*.

ii) Por outra banda, existe uma *pré ordenação instrumental e hierárquica entre os diplomas estaduais*.

Assim, os *planos sectoriais* vinculam-se ao *programa nacional*, dado que a al. a) do n.º 2 do art.º 10.º da lei de bases lhes determina a função de desenvolvimento e concretização das directivas do segundo, e *devem ser também compatíveis com os PROT* (al. c) do n.º 2 do mesmo preceito).

Quanto aos *PROT*, estes, nos termos da al. b) do n.º 2 do art.º 10.º, integram as regras definidas no *programa nacional* o que pressupõe uma relação necessária de compatibilidade com estes.

Devem igualmente os *PROT* integrar os *planos sectoriais* pré-existentes, mas a relação com este tipo de planos parece ser de harmonização bi-unívoca já que a al. c) do art.º 10.º também pres-

(56) Em geral, sobre a incidência dos dois corolários no regime anterior ao início de vigência da lei de bases e que ainda vigora transitoriamente, JOÃO PEDRO MIRANDA "As Relações Entre Planos Territoriais-Alguns Problemas" — "Revista Jurídica" — AAFDL — n.º 22, 1998, p. 95 e seg.

creve que a elaboração dos planos sectoriais se deve compatibilizar com os *PROT* relativamente aos quais tenham incidência espacial.

Refere também a primeira parte do n.º 4 do mesmo preceito que os *planos especiais* traduzem um “compromisso recíproco de compatibilização” com o *programa nacional*, expressão equívoca e infeliz que parece aludir a um imperativo de difusa harmonização bi-direccional.

iii) Existe um **limite de densidade reguladora** fixada aos instrumentos que contém o *programa nacional das políticas de ordenamento e os PROT*.

É que, do n.º 1 do art.º 9.º da lei de bases, os referidos diplomas devem-se limitar a conter, respectivamente, “*directrizes e orientações fundamentais*”, “*orientações*” e regras de “*articulação estratégica*”, ou seja critérios gerais de decisão, necessariamente incompletos.

Um abuso de densidade reguladora na respectiva normação que deprecie o domínio material autónomo subjacente aos Planos municipais de ordenamento (n.º 2 do art.º 9.º) determinará a respectiva ilegalidade.

3.º Examinados que estão os eixos de prevalência e harmonização entre instrumentos de gestão territorial importa agora verificar em que termos é que, nas relações recíprocas que entre os mesmos se estabelecem, ganha relevo a aplicação do **princípio da subsidiariedade**.

i) A introdução do princípio da subsidiariedade na al. d) do art.º 5.º da lei de bases não mereceu um acolhimento de sentido unívoco.

Certos autores entenderam como um ponto positivo da lei a “*participação no ordenamento do território dos três níveis da Administração Pública, central, regional e local, e segundo o princípio da subsidiariedade*” (57).

(57) FAUSTO DE QUADROS “Debate sobre o Anteprojecto de Lei de Bases do Ordenamento do Território” — “Revista Jurídica” — AAFDL — n.º 22, 1998, p. 43.

Outros manifestaram “*as maiores dúvidas*” sobre a consagração do princípio, nos termos em que o fez o preceito atrás citado, por não fazer sentido “*que a intervenção do Estado em matéria de ordenamento do território seja feita a título meramente subsidiário*” (58).

Não haveria razão para defender que a política de ordenamento devesse privilegiar os níveis mais próximos dos cidadãos, importando, sim, “*garantir a intervenção dos diversos níveis da Administração Pública, consoante o interesse público em presença seja local, regional ou nacional*”.

ii) Na verdade, pouco importa, em abstrato, que o princípio da subsidiariedade seja acolhido pela lei de bases, dado que uma norma de valor superior, o n.º 2 do art.º 6.º da Constituição (para já não falar na Carta Europeia da Autonomia Local) o impõe como parâmetro no exercício de competências concorrenciais entre o Estado e as autarquias.

Sendo a questão pertinente no momento em que o anteprojecto começou a ser elaborado e publicamente discutido, ela deixou de o ser a partir da entrada em vigor da quarta revisão constitucional.

Coloca-se, ainda assim, o problema de a al. d) do art.º 5.º conferir uma **interpretação bem mais redutora do que o sentido clássico do mesmo princípio**, tal como o temos enunciado neste excurso e tal como se encontra definido no n.º 3 do art.º 4.º da Carta Europeia da Autonomia Local.

Na verdade, a referida norma da lei de bases refere um imperativo de “*coordenação*” dos “*procedimentos dos diversos níveis da Administração Pública por forma a privilegiar o nível decisório mais próximo do cidadão*”.

Ora, este privilégio unilateral e incondicionado da administração municipal não toma em conta o facto de a atribuição de responsabilidades públicas a autoridades mais próximas dos cidadãos se encontrar necessariamente dependente de pressupostos como a

(58) MARGARIDA OLAZABAL CABRAL “Debate (...)” — op. cit., p. 22.

“*amplitude e a natureza da tarefa*” e as “*exigências de eficácia e economia*”, enunciados na Carta Europeia.

Estima-se que não existe uma verdadeira incompatibilidade entre os dois preceitos referidos, e dada a supremacia material da Carta sobre a lei de bases, em razão da sua natureza de convenção internacional (n.º 2 do art.º 8.º da CRP), considera-se que a al. *d*) do art.º 5.º desta mesma lei deve ser interpretada ou integrada de acordo com o disposto no n.º 3 do art.º 4.º da Carta Europeia.

iii) Na linha do entendimento já desenvolvido nesta digressão, considera-se que o princípio da subsidiariedade opera **no hemisfério do exercício de competências confluentes** entre o Estado e os municípios, em matéria de ordenamento do território.

Trata-se de competências que são exercidas pelos dois entes, em níveis estratárquicos diversos, dentro de uma mesma matéria, níveis que variam em conformidade com a natureza dos instrumentos de gestão territorial que se encontrarem em tensão.

Assim, um *PROT* terá uma densidade reguladora e uma vinculatividade menores do que um *plano especial*, nas relações que trava com os *PDM*.

Parece inequívoco que os eixos reitores das relações estabelecidas entre instrumentos de gestão estaduais e municipais que regem esferas diferentes dentro de uma mesma matéria, e que fundamentam e determinam os níveis de densidade reguladora juridicamente admissíveis em cada domínio, se encontram sediados no art.º 10.º da lei de bases reconduzindo-se aos princípios da **hierarquia material e da competência**.

O princípio da subsidiariedade, como medida de valor apendicular e autónoma do princípio da competência, apenas ganha pertinência em ser aplicado na medida em que os critérios relacionais presentes no artigo supracitado bem como as subsunções extraídas dos próprios pressupostos constitutivos dos princípios da competência e hierarquia, representados em abstracto, não lograrem deslindar, numa dada matéria, qual o órgão responsável pela disciplina de um dado facto controvertido.

Mantém-se, assim, a ideia de **supletividade do princípio da subsidiariedade** em face dos grandes critérios estruturantes das

relações internormativas e das normas de direito positivo que consagram a respectiva incidência.

Se por exemplo um **PROT** fixar directrizes das quais decorram limites à implantação de redes de transporte num conjunto de áreas residenciais adjacentes ao perímetro urbano tendo em vista salvaguardar a qualidade de vida, proteger o património arquitectónico evitar a respectiva desertificação, e se um **PDM** aprovar outros limites, de densidade reguladora equiparada, mas menos restritivos quanto à implantação do mesmo tipo de estruturas haverá uma desconformidade, à luz da legislação ainda em vigor e da lei de bases, do **PDM** em relação ao **PROT**.

Subindo o litígio à jurisdição administrativa, perante o argumento estadual de que a densidade reguladora do **PROT** constituiria factor indispensável para assegurar o sentido útil da sua função directiva a qual, ainda assim, permitiria alguma concretização pelo **PDM**, e face ao argumento contrário da autarquia de que essas directrizes do **PROT** reduziriam ao mínimo o poder discricionário dos municípios, comprimindo desnecessariamente o núcleo da autonomia municipal em matéria de ordenamento, poderia o tribunal convocar, quiçá, o princípio da subsidiariedade.

Considerado como interesse público fundamental, a preservação da qualidade de vida e património arquitectónico na referida área poderia, contudo, aferir-se, à luz do princípio em exame, se os critérios menos restritivos presentes no **PDM** poderiam ou não ser suficientes em termos de eficácia para preencher os referidos objectivos; se as normas do **PROT** seriam ou não excessivas ou desproporcionadas na sua aderência limitativa para o preenchimento do respectivo desiderato; e se as regras presentes no **PDM** poderiam ser adequadamente aplicadas através dos recursos humanos e materiais afectados ao município.

Desta ponderação, que confronta normas com princípios jurídicos indeterminados e que convoca juízos de mérito técnicos, económicos e funcionais poderia resultar o diferimento da referida responsabilidade reguladora para um ou outro instrumento.

Trata-se, pois, em caso de dúvida, da última palavra no processo de concretização do equilíbrio entre a hierarquia material e a competência.

Este tipo de conflitos poderá eventualmente ser talvez mais evidente a propósito dos planos especiais de ordenamento, que vinculam os particulares, se usarem (e abusarem) de um expressivo detalhe normativo na salvaguarda transitória de princípios fundamentais do programa nacional de ordenamento do território.

3.3.3. A questão do papel subsidiário das regiões administrativas em face do estado e dos municípios

Uma questão que dividiu a doutrina portuguesa no período anterior ao referendo de 8 de Novembro de 1998 que rejeita a regionalização administrativa do continente residiu na interpretação do n.º 1 do art. 4.º da Lei-Quadro das Regiões Administrativas⁽⁵⁹⁾. Pese o facto de o debate ter perdido oportunidade em consequência do resultado do referendo, far-lhe-emos uma alusão, já que a versão originária deste excurso e da conferência a que o mesmo serviu de suporte em Itália, ocorreu antes da realização do mesmo referendo.

Dispõe o supracitado preceito, que:

“A autonomia administrativa e financeira das regiões administrativas funda-se no princípio da subsidiariedade das funções destas em relação ao Estado e aos municípios e na organização unitária do Estado”.

Daqui decorre uma *muito peculiar incidência* da subsidiariedade no Direito português no quadro da relação triangular Estado-Regiões-Município.

Ao invés de o Estado, como colectividade maior, ser no exercício de competências compartilhadas, subsidiário em relação às futuras regiões e estas, subsidiárias em face dos municípios, o que se verifica é que a lei determina que as regiões, como colectividades intermédias sejam simultâneamente subsidiárias frente ao Estado e aos municípios.

(59) Lei n.º 56/91 de 13-8.

Esta opção do poder político em relativizar e residualizar os poderes de um modelo de regionalização administrativa inspirada na matriz francesa fez defrontar duas posições.

A primeira, defendida antes da revisão constitucional de 1997 pela doutrina comunitarista e administrativista maioritária, onde pontificam ilustres expoentes defensores do federalismo europeu e paladinos da regionalização, entende que o referido preceito da lei-quadro enferma de *ilegalidade* ou de *inconstitucionalidade indirecta*, dado que violaria o n.º 3 do art. 4.º da Carta Europeia da Autonomia Local, a qual, na sua qualidade de convenção internacional, constituiria parâmetro de validade da legislação ordinária.

Paralelamente a lei-quadro “subverteria” a pureza do princípio da subsidiariedade, dado que consideraria “*a intervenção de uma comunidade maior — a região — subsidiária em relação à intervenção de uma comunidade maior — o Estado*”, adoptando uma perspectiva “centralizadora” claramente inconstitucional, pelo facto de violar os princípios constitucionais da descentralização (n.º 1 do art. 6.º e art. 237.º) ⁽⁶⁰⁾.

Finalmente, entende esta mesma sensibilidade que a **dupla subsidiariedade** das regiões administrativas face ao Estado e aos municípios seria um contrasenso, já que implicaria a impossibilidade de se retirarem competências ao Estado e as autarquias municipais para as atribuir às regiões, ficando estas sem responsabilidades úteis.

Numa posição diversa emergem outros autores que admitem, em face da pluralidade de sentidos possíveis que comporta o princípio em exame, que a subsidiariedade no campo da organização unitária do Estado tenha uma leitura diversa da subsidiariedade comunitária.

A ter uma leitura idêntica, defrontar-nos-íamos com uma *interpretação extensiva* de subsidiariedade que, implicaria o esvaziamento de atribuições estaduais a qual seria inadmissível pois a

⁽⁶⁰⁾ FAUSTO DE QUADROS, op. cit., p. 63 e ss; FREITAS DO AMARAL “CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”, I, 1994, p. 535 e s.; MANUEL RAMOS FERNANDES, op. cit. p. 84 e ss.

subsidiariedade não admite uma *qualquer repartição de tarefas estaduais* (61)

Sobre esta controvérsia, três breves apontamentos.

1.º *A subsidiariedade, repete-se, facilita em abstracto; no caso de um conflito competencial dilemático, o recorte de um domínio útil de reserva administrativa autónoma, mas não constitui um critério que, no concreto, garanta automaticamente uma preferência no sentido da descentralização de faculdades.*

i) Tratando-se de um princípio jurídico indeterminado, a sua “pureza” não vai além da admissão de uma regra geral de preferência que é concedida, no exercício de faculdades compartilhadas, aos entes mais próximos dos cidadãos. Preferência que é convocável quando se reunam pressupostos também eles indeterminados, como o da graduação do interesse público dominante, conjugado com a natureza da tarefa e da adequação, idoneidade, aptidão e eficácia dos meios destinados à sua realização.

ii) A autonomização que a Constituição opera entre a subsidiariedade de vertente interna (art. 6.º) e a subsidiariedade de vertente comunitária (art. 7.º) permite que o sentido da primeira seja iluminado pelas especificidades relevantes decorrentes dos princípios fundamentais de organização e funcionamento do Estado Soberano. O primeiro dos referidos critérios será o princípio da unidade nacional, o qual confere uma *latitude sensível à liberdade de conformação do legislador para configurar os limites recíprocos entre a unidade de acção estadual e os diversos níveis de descentralização* níveis de descentralização.

iii) Daí que o n.º 1 do art. 4.º da lei-quadro invoque como tempero aos poderes administrativos regionais a **“organização unitária do Estado”**, que constitui um princípio constitucional de relevo estruturante. Princípio que na sua organização interna, *respeita o critério da subsidiariedade na medida em que o mesmo não*

(61) Cfr. MARGARIDA SALEMA, ult. loc. cit., p. 878-879; e de algum modo MARCELO REBELO DE SOUSA, “Lições de Direito Administrativo”, Lisboa, 1994-1995, p. 473.

prejudique as opções essenciais de unidade, traçadas pelos órgãos políticos competentes.

Não será portanto adequado fazer, como faz a doutrina maioritária, leituras algo automaticistas ou pré-compreensivas de um conceito cuja concretização se encontra fortemente dependente de uma hermenêutica de vertente teleológica. Esta, não deixará de ser marcada, no plano referencial, pela *politicidade e abertura das normas constitucionais bem como da discricionariedade técnica* que incidirá sobre a relação de adequação das tarefas públicas envolvidas numa repartição vertical de competências com os pressupostos aplicativos do critério.

Ademais, não deixa de causar estranheza a razão pela qual a mesma doutrina não propugnou igualmente pela valorização das *freguesias*, dado que, a proceder uma visão escalonada da subsidiariedade se verifica que as mesmas constituem a colectividade mais próxima dos interesses dos cidadãos.

2.º Não existe uma necessária incompatibilidade entre a posição duplamente subsidiária das agora “nadas-mortas” regiões administrativas, prevista no n.º 1 do art. 4.º da lei-quadro das mesmas regiões, e o enunciado do princípio da subsidiariedade aplicado às relações entre o Estado e o poder local, presente no n.º 4 da Carta Europeia da Autonomia Local.

A Carta refere que a atribuição preferencial de responsabilidades a entes menores opera como “*regra geral*”, o que significa que a legislação dos Estados que são parte na convenção pode fixar *excepções* à referida regra, desde que materialmente fundadas.

No caso português, a opção do legislador foi a de conceder essa preferência, no exercício de competências compartilhadas, a entes que se encontram efectivamente mais próximos dos *cidadãos do que as regiões, e que são os municípios*.

Haverá fundamento material bastante para amparar a excepção criada?

A resposta é claramente positiva.

i) *Em primeiro lugar* nunca existiu qualquer certeza absoluta de que as regiões viessem a ser instituídas, dado que essa instituição foi feito depender de um duplo voto referendatário.

Ora, parece legítimo ao legislador, no âmbito da grande liberdade conformadora que a Constituição lhe confere, que o mesmo tenha concebido cautelarmente os termos e o modo de exercício das responsabilidades do novo ente, o qual não tem precedentes históricos na organização do território continental português.

É que não deixaria de ser política e funcionalmente delicada uma brusca expropriação de competências locais secularmente exercidas pelos municípios e pelo Estado a nível regional, em benefício de algo que se desconhece.

Não havendo nem infraestruturas regionais montadas ⁽⁶²⁾, nem elites experimentadas no *exercício autónomo* de poderes regionais, parece compreensível que o minimalismo reconhecido às competências desta macro-autarquia tenha uma relação de adequação a uma “fase de instalação”, podendo os mesmos poderes e a sua filosofia distributiva serem sempre corrigidos numa “fase de consolidação”.

ii) *Em segundo lugar* a Carta prevê que a *amplitude e a natureza da tarefa* e as exigências de *eficácia e economia* condicionam a atribuição de responsabilidades.

A ser assim, o legislador concebeu uma filosofia de repartição vertical de poderes, na qual se propôs circunscrever a amplitude das tarefas administrativas cometidas às regiões a uma função auxiliar, e cometer preferencialmente os recursos materiais e técnicos para a sua realização eficaz ao Estado Pessoa e aos municípios.

Razão pela qual, atendendo à sua natureza, capacidade e recursos, o mesmo decisor decidiu implicitamente subsidiarizar igualmente as freguesias, pese o seu maior contacto com as populações.

Nada na Carta permite inferir que a subsidiariedade opere estratárquicamente em cascata, mas sim que os entes que simulta-

⁽⁶²⁾ A mera transferência dos poderes das Comissões de Coordenação Regionais para as regiões, seria tida por uns como insuficiente, por outros como excessiva e por outros ainda como desadequada, dada a estreita ligação destas últimas ao poder central.

neamente revelem ser os mais próximos dos cidadãos e os mais aptos para conhecerem e solucionar com eficácia os seu problemas beneficiem de uma preferência no exercício das responsabilidades correspondentes.

Tendo a lei reconhecido a mesma preferência a entes mais próximos e simultâneamente mais aptos que são os municípios, terá sido preenchida a exigência nuclear contida na regra geral que o n.º 3 do art. 4.º da Carta estipula.

3.º Não existe tecnicamente ilegalidade ou inconstitucionalidade indirecta do n.º 1 do art. 4.º da lei-Quadro presentemente em vigor se se apurasse que o mesmo violaria efectivamente a Carta.

A ilegalidade na fiscalização da validade das normas têm como único padrão normativo as leis com valor reforçado e não os tratados internacionais (art. 281.º CRP).

Por outro lado, admitindo implicitamente o ordenamento, a primazia dos tratados sobre o direito ordinário interno (n.º 2 do art. 8.º da CRP) *ele não determina a inconstitucionalidade deste último* mas sim a sua *desaplicação* a um caso concreto e a consequente aplicação preferencial da convenção internacional contrária por parte dos tribunais (interpretação teleológica da al. i) do n.º 1 do art. 70.º da Lei do Tribunal Constitucional).

Não existe, deste modo uma repartição de competências entre o Direito ordinário do Estado e o Direito Internacional Convencional, mas sim uma concorrência entre os mesmos, com preferência applicativa do segundo e ineficácia do primeiro. ⁽⁶³⁾

A inconstitucionalidade da lei-quadro só poderá ser arguida por ofensa directa ao n.º 1 do art. 6.º da CRP, mas para o efeito seria necessario provar que nele estaria contida uma *versão fundamentalista da subsidiariedade*, unilateralmente direccionada para uma descentralização rigidamente estratárquica de todas as competências administrativas pluricentricamente partilhadas.

(63) JORGE MIRANDA "Direito Internacional Público", I, p. 208, Lisboa, 1995.

4. Subsidiariedade, debilitação do Estado-Pessoa e riscos de evolução para um “ordenamento principiológico”

O modo excessivamente vago ou nominal como o princípio da subsidiariedade foi positivado na Constituição portuguesa transporta certos riscos não apenas para a segurança jurídica como para a própria coesão do Estado soberano.

Em primeiro lugar, a incerteza extrema do conteúdo penumbroso do princípio permite transformá-lo num “critério competencial em branco”, seja quanto ao seu futuro posicionamento hierárquico entre os demais princípios que presidem às relações de coordenação, prevalência e separação competencial de tarefas entre entidades territoriais diversas, seja quanto à leitura centralizadora ou descentralizadora que dele pode ser feito.

Num momento de debilitação dos atributos jurídico-políticos, sociais e culturais de permanência da soberania estadual parece imprudente abandonar a definição de vínculos constitucionais da organização e funcionamento do Estado unitário à moldagem imprevisível do intérprete, mesmo que esse intérprete seja a Justiça Constitucional.

Veja-se, num mero exemplo académico que:

- se a Justiça Constitucional portuguesa vier a harmonizar um dia a sua interpretação do n.º 6 do art. 7.º com uma leitura dita “positiva” ou centralista da subsidiariedade a nível das relações entre o Estado e a União Europeia que viesse a ser hipoteticamente assumida pelo Tribunal da Justiça das Comunidades, em prejuízo das competências estaduais;
- se a mesma Justiça Constitucional operasse, simultaneamente, uma leitura “descendente” do n.º 1 do art. 6.º erigindo a subsidiariedade a programa constitucional de descentralização progressiva no campo de competências concorrentes ou compartilhadas e a critério dotado de preferência unidirecional dos poderes dos entes descentralizados sobre os do Estado, em caso de conflito;
- se finalmente, a subsidiariedade fosse interpretada pela Justiça Constitucional como um valor activo da democracia participativa, implicando um recuo da administração

em favor de um império da codificação com os grupos representativos dos administrados;

Registrar-se-ia uma inevitável *dissolução da unidade do Estado*, que perderia tanto os seus poderes soberanos a nível superestrutural para a União Europeia, como a nível interno para colectividades menores como regiões, autarquias, macro-intituições policráticas e grupos de interesse organizado.

Verifica-se, *em segundo lugar*, em termos de *arquitectura do ordenamento*, que consagração constitucional do princípio da subsidiariedade na revisão constitucional portuguesa de 1997, acompanhou um abuso mais vasto de fórmulas jurídicas excessivamente abertas e de princípios indeterminados, nomeadamente a nível de fontes legislativas.

Dir-se-á que esta opção confirma a marcha para um “Direito suave” encimado por um ordenamento constitucional europeu, que, fundado num pacto de “senso comum” constelado de grandes princípios, permitiria uma interpretação judicial extensiva, dúctil e dobrada à especificidade do concreto, quebrando-se a força e a intangibilidade da “dura lex”, em favor de uma teleologia subjectivista e antropomórfica de aplicação do Direito ⁽⁶⁴⁾

Importaria questionar em semelhante ordenamento (no qual a subsidiariedade marcaria decerto o fundamento da distribuição estratárquica de responsabilidades entre uma constelação inimaginável de entes públicos e privados), a quem competiria a defesa dos interesses públicos gerais em face do assalto do pluralismo radical aos resíduos do Estado-Pessoa? Como seria possível falar em segurança jurídica, num sistema em que não seria mais o caso concreto a dobrar-se à norma, mas o inverso?

Como seria possível falar em democracia num universo policêntrico onde a expressão política do consentimento da cidadania se circunscreveria a uma dimensão parcial e em que o *juíz-augúre* se substituiria ao decisor legitimado pelo povo?

⁽⁶⁴⁾ Cfr. a notabilíssima mas muito polémica obra de ZAGREBELSKI “Il Diritto Mite”, Torino, 1992, p. 11, 183 e Cap. VI e VII.

Como seria, por fim, possível conceber objectivamente a incidência de um *princípio da competência*, cada vez menos centrada numa distribuição precisa de poderes por entes diferentes e mais dispersa em pântanos de partilha turva em que a descoberta de quem pode decidir acabaria por ser solucionada “in casu”, através da mobilização de critérios plasticos que serviriam para as “quatro estações”.

Entende-se, na realidade, que a formulação de estimativas de avaliação prévia da eficácia das normas pelos tribunais implicará sempre uma inoculação do mérito (político e técnico), em juízos de legitimidade, realidade que não só se mostra desadequada ao raciocínio jurídico típico dos tribunais, como ao seu estatuto de independência e imparcialidade política.

Em *terceiro lugar* parece ser, de momento pouco exequível a adaptação da mentalidade do produtor de normas estatais às vicissitudes do critério da subsidiariedade.

Será possível impeli-lo a fundamentar exaustivamente os seus actos, à luz do princípio, tal como ocorre na União Europeia? Será que o mesmo se encontra predisposto a revogar e alterar a legislação já emitida para a harmonizar, de acordo com a subsidiariedade, com os novos actos das entidades territoriais autónomas? E, num processo contencioso, caber-lhe-ia ou não, o ónus da prova, quanto à justificação de uma conduta conflitual?

Mas existem ainda assim, *aspectos positivos* que decorrem da princípio da subsidiariedade.

O primeiro consiste numa valorização da qualidade das tarefas jurídico públicas, inerente à noção de “eficácia”, pressupondo um maior cuidado “ex-ante” do decisor, na avaliação do seu produto normativo.

E o segundo encontra-se no seu papel garantístico como critério apendicular ou supletivo do princípio da competência, apto para, em quadros de conflito gerados em campos concorrenciais obscuros e dilemáticos, fundamentar adequada e racionalmente a preferência por uma determinada relação material de poder.