



A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa

António Augusto Costa

A erosão do princípio da legalidade e a discricionariiedade administrativa

António Augusto Costa



TÍTULO

A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa

AUTOR(ES)

COSTA, António Augusto

IMAGEM DA CAPA

Coimbra Editora

COMPOSIÇÃO
GRÁFICA

Ana Paula Silva

EDIÇÃO

CEDIPRE
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
3004-545 COIMBRA | PORTUGAL
Tel. | Fax: +351 239 836 309
E-mail: cedipre@fd.uc.pt

PARA CITAR
ESTE ESTUDO

COSTA, António Augusto, "A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa", *Publicações CEDIPRE Online* - 12, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Agosto de 2012

Coimbra
Agosto | 2012

ÍNDICE

1. Introdução. O princípio da legalidade da administração e a discricionariedade administrativa. Síntese da sua evolução histórica.	1
2. A crise económica e financeira de 2007. A resposta dos Estados, o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. O «direito administrativo da emergência» e o controlo judicial da actividade administrativa em situações de crise.	12
3. Conclusão. Os reflexos da crise no princípio da legalidade e na discricionariedade administrativa.	28
Bibliografia.....	31

A EROSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1. Introdução. O princípio da legalidade da administração e a discricionariedade administrativa. Síntese da sua evolução histórica.

A relação entre a Administração Pública e o direito representa, porventura, a razão de ser do direito administrativo e um dos maiores pontos de contacto entre o direito público e a realidade social e económica em que ele opera, dado que essa relação varia em função dessa realidade. A análise do princípio da legalidade da administração e da discricionariedade administrativa permite-nos constatar os reflexos das situações de crise económica no direito administrativo e o seu papel nessas situações, daí o relevo desta questão.

Todavia, antes de nos centramos sobre os reflexos da crise no campo do princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa, há que definir este princípio e resumir a sua evolução.

Apresentando uma noção de princípio da legalidade da administração, podemos dizer que ele consiste *na subordinação da Administração e da sua actividade à lei*. O poder administrativo é limitado pela lei, está vinculado a ela, ou seja, assegura-se o controlo do poder legislativo sobre o poder executivo. Todavia esta vinculação pode ser tão estreita que à Administração pouco mais resta do que declarar o conteúdo da prescrição legal, ou pode ser mais flexível, cabendo à Administração um papel mais intenso na aplicação do direito na prossecução do interesse público, sendo que nesses casos se atenua o controlo judicial da actividade administrativa, por respeito à prossecução do interesse público que incumbe à Administração. Estes dois tipos de situações são designados pela doutrina, respectivamente, de *poderes vinculados* e de *poderes discricionários* da Administração, um campo intimamente

ligado ao princípio da legalidade que definimos há pouco¹, sendo certo que a actividade administrativa é simultaneamente vinculada e discricionária, não havendo actos puramente vinculados e actos puramente discricionários².

Referindo-nos à evolução histórica do princípio da legalidade, poderemos afirmar que o princípio da legalidade da administração surgiu, a par do direito administrativo, em inícios do século XIX, com as Revoluções Liberais e a instituição do Estado de Direito de Legalidade Formal. Assegurada a existência de uma assembleia representativa do Terceiro Estado, procurava-se criar condições para a realização do programa liberal do livre desenvolvimento da iniciativa privada e submeter o Poder Executivo às normas ditadas pelo Parlamento, considerado o representante da *volonté générale*, impedindo-se o atropelo da iniciativa privada e a excessiva intervenção do Executivo característica do Estado Absoluto³, que cerceava os direitos do Terceiro Estado. Assim surgiu o princípio da legalidade, que se exprimiria⁴ em dois subprincípios: o *princípio do primado da lei*, que implicava, num sentido negativo, a proibição de violação da lei por parte da Administração, e a sua consequente subordinação ao poder legislativo do Parlamento, e princípio da *reserva da lei*, que estabelecia as áreas que só podiam ser reguladas por lei parlamentar, estando vedada à Administração qualquer intervenção nessas matérias sem autorização legal, sendo que as áreas reservadas à lei seriam as dos direitos dos particulares por excelência: a liberdade e a propriedade, cerne da livre iniciativa privada, sendo esta reserva entendida, num triplo sentido, como *reserva de Parlamento*, enquanto área de competência exclusiva do órgão representativo; como *reserva de função legislativa*, no sentido de se entender a lei como norma geral e abstracta criada pelo Parlamento respeitante aos direitos dos particulares; e como *reserva de direito*, sendo jurídico apenas o que respeita aos direitos dos particulares, não sendo direito tudo o que não caiba neste campo.

¹ Sobre a noção do princípio da legalidade e a noção de poderes vinculados e poderes discricionários da administração ver, por exemplo Rogério E. Soares, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, Coimbra, 1981, págs. 168 e ss., e Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 49 e ss., e 84 e ss.

² Neste sentido, e em termos próximos, v. Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 86-87.

³ Ou, mais correctamente, do Estado de Polícia, entendido como caracterizado por uma forte intervenção do executivo, liderado pelo Monarca absoluto, apoiado, por vezes, em poderosos ministros, na realização do interesse público, sem quaisquer limitações. Exemplo acabado deste modelo foi, entre nós, o governo pombalino na época de D. José I. V. Rogério E. Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 49 e ss., onde se fazem considerações relevantes na questão em análise.

⁴ Nesta descrição seguimos de perto José Carlos Vieira de Andrade, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, in *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, págs. 33 e ss., sobretudo 35-37.

E este entendimento tinha uma implicação decisiva no campo da discricionariedade administrativa. Efectivamente entendia-se que fora do âmbito das áreas cuja regulação estava reservada ao parlamento, a Administração poderia actuar livremente; era a chamada *discricionariedade livre*, o campo da liberdade natural da administração, podendo esta adoptar as medidas que lhe parecessem mais adequadas de entre um leque de soluções igualmente admissíveis, dado que actuava num campo não jurídico, ou seja, fora do campo da liberdade e da propriedade a administração actuava como entendesse melhor, sendo a discricionariedade vista como verdadeira liberdade, algo que, face ao abstencionismo estatal característico desta época, não seria alarmante⁵.

Este entendimento do princípio da legalidade seria profundamente alterado durante o século XX devido a vários acontecimentos. Efectivamente, já no final do século XIX surgiram questões, nomeadamente de índole social, que reclamavam a intervenção estadual e tutela jurídica. Daí que, por um lado aumenta significativamente a regulação legal de situações que exorbitavam do tradicional domínio da liberdade e propriedade, aparecendo as chamadas *leis-medida*, claramente distantes da clássica generalidade e abstracção das leis, que visavam, muitas vezes, acorrer a concretos problemas sociais. O legislador viu-se obrigado a intervir cada vez mais, muitas vezes sem preparação adequada, dada a forma restrita como concebia a intervenção do executivo, surgindo o fenómeno da *motorização legislativa* ou da *inflação legislativa*⁶, ou seja, o alargamento das áreas reguladas pela lei parlamentar, refugiando-se a lei em conceitos indeterminados e em fórmulas gerais carentes de densificação. A Administração, em face da natural incapacidade do legislador de regular adequadamente um leque tão vasto de problemas como os que então se levantavam viu-se obrigada a intervir crescentemente, através de actos administrativos e de regulamentos autorizados por lei e até assumindo poderes legislativos normais. Não raro aumentaram-se os poderes discricionários da Administração e autorizaram-se formas de actividade claramente opostas à estrita

⁵ Considerações em grande medida ainda tributárias deste modo de entender o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa são feitas por Marcello Caetano, no *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª edição, (8ª reimpressão da edição de 1973), Almedina, Coimbra, 2007, págs. 28-31 e 213-216, onde no entanto se faz menção a uma certa evolução deste entendimento. Esta opinião do ilustre Professor foi sustentada por grande parte da doutrina durante muito tempo num quadro de clara superação deste entendimento, sendo relativamente recente a sua completa superação, em particular quanto à discricionariedade administrativa, que era entendida como a possibilidade de a Administração escolher entre várias opções igualmente admissíveis.

⁶ Estas expressões são utilizadas por Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008, págs. 134 e ss., que refere: «a ânsia do legislador em não deixar um ponto por regular».

subordinação da Administração à lei nos domínios da liberdade e da propriedade, em particular no campo da organização administrativa, com a crescente descentralização. Em suma, a lei parlamentar entrou em crise, bem como a ideia liberal da Administração como mera executora da lei e como pouco interventiva na vida social. A I Guerra Mundial tornaria claro este estado de coisas. Mas interessa-nos sobretudo, pela semelhança com a situação actual, o quadro resultante da Grande Depressão de 1929. Sabe-se que esta crise se iniciou com o célebre *crash* de Wall Street de 29 de Outubro desse ano, tendo culminado em falências de bancos e de empresas, na restrição de crédito e em falta de rendimentos e descida da procura de bens, com uma acentuada descida de preços e aumento do desemprego e da pobreza, tendo-se este fenómeno espalhado dos Estados Unidos para o resto do mundo⁷. Sintomática da superação do entendimento tradicional da legalidade foi a legislação que efectivou a reacção do Estado norte-americano, o célebre *New Deal* do Presidente Franklin D. Roosevelt. Efectivamente, já em 1933, acabado de chegar ao poder, referia o Presidente Americano que a configuração dos poderes de intervenção do Executivo na economia então existente podia não ser suficiente para fazer face ao auge da crise, daí que pudesse ter de pedir poderes de emergência para intervir na economia⁸. Pese embora tal pedido não tivesse tido lugar, o certo é que o legislador norte-americano alargou consideravelmente os poderes do Executivo, por via de leis como o *Emergency Banking Relief Act* de 1933, aprovado pelo Congresso a 9 de Março de 1933 após 8 horas de intenso debate. Neste diploma o Congresso não só declarou a existência de «uma grave emergência», como reconheceu a necessidade de uma reacção rápida para acorrer à situação de crise do sistema financeiro, tendo aprovado e confirmado a decisão do Presidente tomada anteriormente, sem base legal, de encerrar compulsivamente bancos na secção 1.ª do referido diploma, sendo que a sua secção 2.ª conferiu ao Presidente poderes para regular, investigar e proibir, directamente ou por meio de quaisquer entidades reguladoras que designasse, transferências de crédito de instituições bancárias ou pagamentos efectuados por essas instituições, nos termos das regras e regulamentos elaborados pelo Presidente, durante o Estado de Emergência declarado pelo próprio Presidente, permitindo a secção 3.ª ao Secretário

⁷ Para uma breve panorâmica da Grande Depressão e das respostas do estado a essa situação v. Giulio Napolitano, “The Role of the State in (and after) the Financial Crisis: New Challenges for Administrative Law”, in Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (Directores), *Comparative administrative law*, Edward Elgar Published Limited, Northampton, Massachusetts, USA, 2010, p. 569 e ss., sobretudo o ponto 1, bem como Ioannis Glinavos, *Regulation and the role of law in economic crisis*, 2009 disponível em <http://ssrn.com/abstract=1425782>, pág. 4.

⁸ Discurso inaugural de Roosevelt em 1933, in Eric A. Posner e Adrian Vermeule, *Crisis Governance in the Administrative State: the 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, USA, Novembro de 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1301164>, pág. 38.

do Tesouro exigir a qualquer pessoa singular ou colectiva o pagamento e entrega de moedas, barras e certificados de ouro de que fossem proprietários às Finanças, se considerasse essa medida necessária à protecção do sistema monetário dos Estados Unidos, embora se exigisse o pagamento do valor equivalente dos bens entregues em outra forma de moeda corrente nos Estados Unidos. Dificilmente encontraríamos melhor paradigma da superação da concepção tradicional da legalidade do que estas normas, criadas para combater a excessiva especulação por parte das instituições bancárias, que se entendia ter criado as excessivas subidas dos mercados imobiliários e bolsistas durante os anos 20 e a subsequente crise⁹. Por um lado o legislador sancionou medidas de emergência do Executivo tomadas sem uma sólida base legal¹⁰, por outro lado conferiu-lhe poderes para designar entidades reguladoras do sector bancário à sua escolha e permitiu-lhe até actuar na esfera da propriedade dos cidadãos quando entendesse estarem verificados certos pressupostos. A atribuição de poderes discricionários à Administração é particularmente clara na secção 3.^a do referido diploma, que dispõe que a exigência do pagamento e entrega de moedas ou barras ou certificados de ouro ou aos particulares será efectuada quando o «*Secretário do Tesouro entender que tal é necessário para proteger o sistema monetário dos Estados Unidos*», ou seja, a lei não definiu os pressupostos da aplicação da medida, deixando directamente à Administração a competência de ajuizar da conveniência da medida em causa, utilizando um conceito indeterminado: «a protecção do sistema monetário dos Estados Unidos». Efectivamente em abstracto é difícil de preencher este conceito, daí que, segundo a doutrina moderna,¹¹ só a Administração, perante cada caso concreto, está em condições de averiguar se ele se preenche ou não, daí que estejamos perante um conceito indeterminado, neste caso um *conceito-tipo*¹², que refere apenas um tipo difuso de situação, em relação ao qual os casos concretos são expressões, sendo que compete à Administração, em cada caso, encontrar a solução

⁹ Seguimos de perto Ioannis Glinavos, *Regulation and the role of law in economic crisis*, cit., pág. 4.

¹⁰ Mark Aronson, "The Great Depression, this Depression, and Administrative Law", in *Federal Law Review*, Volume 37, Número 165, University of New South Wales, 2009, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1512451>, pág. 196, refere que estas medidas foram aplicadas com base numa lei de 1917, portanto, da época da I Guerra Mundial, acrescentando que as decisões do Presidente Roosevelt foram em grande parte arbitrárias, o que confirma que as primeiras medidas do Executivo Americano tomadas em 1933 careciam de uma suficiente base legal, como afirmámos.

¹¹ Sobre o enquadramento rigoroso destas situações v. Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 122 e ss., e Rogério Soares, *Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, s. d., págs. 72-73 e 79-80. Paulo Otero, in *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 893 e ss., designa as normas que contêm estes conceitos de «normas legais em branco», referindo-as como sintoma da «erosão da legalidade administrativa».

¹² Utilizamos a expressão e a definição de Rogério Soares, na *ob. e loc. cit.* na nota anterior.

adequada, pelo que esta norma atribui ao Executivo poderes discricionários. Por outro lado vimos que a Secção 2.^a veio permitir ao Presidente disciplinar, por meio de regulamentos, os termos em que as entidades estaduais podiam intervir no sector bancário, ou seja, permite-se a substituição da lei pelo regulamento na previsão de certas matérias¹³. O caminho de superação da concepção tradicional da legalidade seguido pelas normas do *Emergency Banking Relief Act*, uma lei paradigmática do «direito administrativo da emergência», foi continuado pelo legislador norte-americano no *Banking Act* de 1933, que regulou em termos mais definitivos a intervenção do Executivo no sector bancário norte-americano. Nesse diploma afirmou-se o intuito de combate à especulação bolsista e de regular o uso de produtos financeiros por parte dos bancos. Por exemplo, na secção 11.^a (b) atribuiu-se ao *Federal Reserve Board* competência para regular a taxa de juro dos depósitos a prazo praticada em bancos membros da Reserva Federal, sendo que a secção 10.^a conferiu ao *Federal Reserve Board* competência para regular as transacções dos Bancos da Reserva Federal com banqueiros estrangeiros. Criou-se ainda, na secção 8.^a desse diploma, a *Federal Deposit Insurance Corporation*, cujos accionistas seriam bancos, e que teria competência para comprar, gerir e liquidar os activos de bancos encerrados, nomeadamente por decisão do Estado, tendo ainda a competência para garantir os depósitos dos bancos dos bancos membros do *Federal Reserve System* ou dos bancos que não fossem membros desse sistema, mas fossem accionistas da *Federal Deposit Insurance Corporation* da classe A, por meio de um Fundo Federal de Garantia dos Depósitos (*Temporary Federal Insurance Deposit Fund*).¹⁴ Em suma, foram atribuídos vastos poderes de regulação a entidades administrativas¹⁵. O intervencionismo estatal continuou a alargar-se com a II Guerra Mundial e em particular nas décadas seguintes a 1945 com o apogeu do Estado Social. Com efeito, os poderes assumidos pelos Executivos durante as situações referidas, apesar de configurados como temporários, não desapareceram com o fim das crises. Muito pelo contrário, as instituições criadas

¹³ Seguimos de perto Ana Raquel Gonçalves Moniz, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pág. 57.

¹⁴ Curiosamente, só poderiam ser membros da *Federal Deposit Insurance Corporation* os bancos que obtivessem certificado de que os seus activos eram suficientes para cumprir as suas obrigações perante os depositários e outros credores, segundo a referida secção 8.^a.

¹⁵ Sobre a legislação de outros países durante a Grande Depressão, que seguiu o exemplo dos Estados Unidos v. Mark Aronson, *ob. cit.*, págs. 170 e ss., e 186 e ss., que apresenta o quadro da legislação Britânica e dos países da Commonwealth, e refere, impressivamente, uma norma do *Banking Act* Australiano de 1947, que permitia ao *Treasurer*, transferir compulsivamente acções de bancos detidas na Austrália para o *Commonwealth Bank*, configurando este poder com significativa discricionariedade.

após 1929 tiveram um profundo impacto no direito administrativo, acentuando-se a crença de que o Estado devia intervir económica e socialmente, sendo essa intervenção vista como um bem e não como um atropelo dos direitos dos cidadãos. Assim, o Estado Regulador e o Estado Administrativo desenvolveram-se rapidamente após 1945¹⁶. Com este desenvolvimento multiplicaram-se as situações que evidenciavam a clara superação da concepção tradicional da legalidade administrativa. Surgiu a chamada *administração de prestação ou constitutiva*, da qual se esperam medidas de programa social, e à qual se inadequa a ideia da Administração como mera executora da lei, daí que se desintegrasse o princípio da legalidade na concepção tradicional¹⁷, em particular no campo da reserva de lei. Desde logo, altera-se a concepção da *reserva de Parlamento*, dando-se um considerável alargamento das áreas abrangidas pela lei, assumindo em muitos casos o Executivo poderes legislativos normais, daí que este problema se desloque para o campo do direito constitucional, regulando as relações entre dois órgãos com competência legislativa. A reserva de lei entendida como *reserva de função legislativa* também se desintegra, deixando de se circunscrever ao campo da liberdade e propriedade dos cidadãos, dada a necessidade crescente de controlar a intervenção da Administração em cada vez mais áreas. Também se supera a reserva de lei entendida como *reserva de direito*, pois não só se admitem outras fontes de direito para além da lei, como princípios jurídicos, como se considera que a esfera do direito não se restringe ao campo dos direitos dos particulares, abrangendo outras matérias dignas de tutela face à actividade administrativa¹⁸. Passa a entender-se a reserva de lei como um campo em que se exige uma *especial densidade normativa* do legislador, sendo da exclusiva competência do legislador a determinação, pelo menos, do fim da actividade administrativa e das competências dos órgãos para a sua prossecução. A reserva de lei passa a ser entendida como base legal maior ou menor da actividade administrativa, o que não poderia deixar de se reflectir no campo do princípio da legalidade, passando a lei a ser não só *limite*, como *pressuposto e fundamento* da actividade administrativa¹⁹, ou seja, surge o princípio da *precedência de lei*. Assiste-se ainda a um alargamento do campo de aplicação do princípio da legalidade, face à necessidade de controlar a actividade da Administração que se libertava de velhas malhas; o princípio da legalidade passa a

¹⁶ Neste sentido, e em termos próximos v., p. ex., Giulio Napolitano, *ob. e loc. cit.* na nota 7, ponto 2.2.

¹⁷ Sobre este ponto v. Rogério Soares, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva” *cit.*, *loc. cit.* na nota 1, págs. 178 e ss., e Ana Raquel Gonçalves Moniz, *ob. cit.*, págs. 23 e ss.

¹⁸ Sobre a evolução do princípio da reserva de lei, ver Vieira de Andrade, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, *loc. cit.* na nota 4, pág. 38, que seguimos de perto.

¹⁹ V. de novo, Vieira de Andrade, *ob. cit.* na nota anterior, pág. 40.

aplicar-se não só à *administração agressiva* dos direitos dos particulares, mas também à *administração de prestação ou constitutiva*²⁰, referindo-se até a ideia da *reserva de lei global*, ou seja, que se estende a todas as matérias, embora em graus diversos²¹. Por outro lado alargam-se as fontes de direito que vinculam a Administração: esta encontra-se vinculada não só à lei como à Constituição e até a um conjunto de princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da justiça, que vinculariam a Administração mesmo no uso de poderes discricionários, daí que hoje se afirme o *princípio da juridicidade* e não o mero princípio da legalidade da Administração. E isto não decorre apenas dos dados doutrinários, o direito positivo fundamenta claramente este entendimento. Por exemplo em Portugal, a Constituição da República de 1976, no actual artigo 112.º, n.º 7 consagra o princípio da precedência de lei em matéria regulamentar, obrigando os regulamentos a indicar a lei que define a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão, consagrando no actual artigo 266.º, n.º 2 um conjunto de princípios gerais a que a Administração está subordinada²², afirmando o princípio da juridicidade, que é concretizado na lei ordinária nos artigos 2.º, n.º 5 e 3.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo, que elencam vários princípios da actividade administrativa.

No entanto a superação da concepção tradicional da legalidade projectou-se com especial acuidade no campo da discricionariedade administrativa. Anteriormente a discricionariedade administrativa era vista como uma zona livre do direito, de liberdade natural, ou de poder originário da administração, em que ela actuaria livre de controlo judicial. Todavia, com as alterações resultantes dos acontecimentos que descrevemos, impôs-se uma reponderação desta questão, tendo a discricionariedade passado a ser entendida como a concessão à Administração de poderes próprios para resolver casos concretos. Entende-se que, face à incompletude da lei na regulação de certas matérias e à utilização de conceitos indeterminados pela lei, como sucedeu com algumas normas da legislação norte-americana que analisámos, se justifica que a lei deixe à Administração a tarefa de, em concreto, delimitar o sentido e alcance de certas normas. Competirá à Administração nesses casos, não só a escolha do conteúdo da medida a adoptar, mas também a «determinação de factos e interesses relevantes, à apreciação e ponderação» desses interesses e a «concretização e harmonização dos

²⁰ Sobre este ponto em particular, v. Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 64 e ss.

²¹ Neste sentido, v., p. ex., Vieira de Andrade, *ob. cit.* na nota 18, pág. 40.

²² Sobre estas normas v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Artigos 108.º a 296.º, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anotação XXX ao artigo 112.º, págs. 75 e ss., e anotações ao artigo 266.º, págs. 791 e ss.

diversos interesses públicos no caso a decidir»²³, o que implica que se entenda a discricionariedade como uma «delegação feita pelo legislador ao agente para encontrar a solução para o caso concreto»²⁴. E isto tem consequências ao nível do controlo judicial da actuação discricionária da Administração, pois nesses casos o controlo judicial atenua-se, não por se entender a discricionariedade como um espaço livre de direito, mas por se conceber esta como um espaço de conformação deixado à Administração, ou seja, a uma «matéria reservada ao 2.º poder»²⁵, uma consideração que se acentua com o dado relevantíssimo ainda hoje, aventado por Rogério Soares²⁶, de que o Poder Executivo passou a ter legitimidade democrática, ou seja, a sua formação resulta da vontade popular, daí que se torne a valorizar o papel do Poder Executivo na transformação da sociedade. Todavia, o controlo judicial dos actos discricionários atenua-se, mas não é inexistente. O tribunal, se não pode substituir o acto discricionário, pode controlar se esse acto não está viciado de incompetência, de *desvio de poder*, ou seja, do exercício do poder discricionário para um fim diverso do pensado pela lei, dado que a lei, como vimos, regula pelo menos estes dois aspectos do acto discricionário, sendo ainda possível sindicá-los com base em *erro de facto*, ou seja, a inexistência ou falsidade dos pressupostos em que se baseou a actuação administrativa, ou com base em *erro manifesto de apreciação*, ou seja a avaliação ou qualificação errada da situação de facto pela Administração, sendo ainda possível sindicá-los com base nos *princípios jurídicos fundamentais* da actividade administrativa, como o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade. Em suma, se o controlo judicial dos actos discricionários se atenua com base na separação de poderes entre o administrador e o juiz, nem por isso os actos discricionários deixam de estar vinculados juridicamente, sendo susceptíveis de serem sindicados judicialmente.²⁷ Por todas estas razões, considera-se a discricionariedade não um arbítrio, mas uma competência, ou *uma função jurídica da Administração*, que está obrigada nesses casos a encontrar a melhor solução para o interesse público, que pode não ser necessariamente apenas uma, mas que não se

²³ Citamos expressões de Vieira de Andrade, *ob. cit.* na nota 18, pág. 44.

²⁴ A expressão é de Rogério Soares, *Direito Administrativo*, cit. pág. 65.

²⁵ Citamos Rogério Soares, “Administração Pública e Controlo Judicial”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127.º, n.º 3845, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro de 1994, págs. 226 e ss., sobretudo, pág. 228.

²⁶ V. Rogério Soares, “Administração Pública e Controlo Judicial”, *loc. cit.* na nota anterior, pág. 229.

²⁷ Sobre o controlo judicial da discricionariedade administrativa, v. de Vieira de Andrade, *ob. cit.* na nota 18, pág. 46, e Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 108 e ss., que seguimos de perto.

reconduz a um leque de medidas indiferentemente admissíveis. Trata-se de um espaço de *realização constitutiva do Direito pela Administração*²⁸.

Para finalizar o tratamento da evolução histórica do princípio da legalidade, referiremos um ponto, particularmente controverso no direito administrativo português: o fenómeno da *deslegalização* e a maior importância dos regulamentos enquanto fonte de direito administrativo. Sabe-se que o *regulamento* se traduz num conjunto de normas jurídicas emanadas por um sujeito de direito administrativo no exercício da função administrativa²⁹, sendo certo que o regulamento pode limitar-se a complementar ou executar as previsões da lei, sendo nesse caso um regulamento complementar ou executivo, ou pode constituir a *regulação inicial* de uma determinada matéria, sendo nesse caso um *regulamento independente*. É justamente este último tipo de regulamento, que disciplina inicialmente certa matéria, que levanta problemas no que respeita ao princípio da legalidade, nomeadamente quanto ao princípio da precedência da lei. Na verdade, a lei, durante o século XX, cada vez mais permitiu que matérias cuja regulação cabia à lei passassem a ser disciplinadas por regulamentos, ou seja, deslocaram-se matérias do nível legal para o nível regulamentar. Trata-se do fenómeno da *deslegalização*, que é motivado não só pela incapacidade do legislador em prever tudo, como também por uma ideia de flexibilizar a regulação de uma determinada matéria às exigências do interesse público, e possibilitando uma maior intervenção de diversas entidades no seu processo de elaboração, o que implica uma acentuada perda de relevo da lei no campo do direito administrativo³⁰, um fenómeno que é admissível entre nós, salvo quanto a matérias reservadas à lei³¹. No que respeita aos regulamentos independentes, coloca-se o problema de saber, em Portugal, se os regulamentos independentes do Governo violam o artigo 112.º, n.º 7 da Constituição, que impõe a indicação da lei que define a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão. A este respeito afirma-se que o Governo, em Portugal, pode elaborar regulamentos independentes sem necessidade da existência de uma lei prévia habilitante, com base no artigo 199.º, alínea g) da Constituição, que confere ao Governo a competência de praticar os actos e

²⁸ Neste sentido, v., por exemplo, Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 88 e ss.

²⁹ Usamos a noção de Afonso Queiró, “Teoria dos Regulamentos”, 1.ª parte, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVII (1.ª série), n.ºs 1, 2, 3 e 4, págs. 1 e ss.

³⁰ Sobre este ponto, e no mesmo sentido, v. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública cit.*, págs. 900 e ss., que seguimos de perto. V. ainda Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 206 e ss.

³¹ Neste sentido, v. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. II, anotação XXV ao artigo 112.º, pág. 69, que referem que não obsta a este fenómeno o artigo 112.º n.º 5 da Constituição, desde que seja a lei a permitir que um regulamento venha a disciplinar no futuro certa matéria.

providências necessárias à satisfação das necessidades colectivas³², o que implica dispensar qualquer base legal para a elaboração desses regulamentos e possibilitar a «dinamização da ordem jurídica» e de adaptar a regulação de diversas matérias à ponderação de interesses cada vez mais complexos, na implementação de um programa de prossecução do interesse público, daí que se dispense a base legal desses regulamentos.³³ Independentemente da controvérsia desta questão, fora de dúvida é que a crescente importância dos regulamentos enquanto disciplina inicial de certas matérias demonstra uma clara *crise da lei* e uma *erosão do princípio da legalidade* tradicional.³⁴

Fica assim exposta, em traços gerais, a evolução do princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa até aos nossos dias. Em grande parte a causa da crise da lei reside na mutação das exigências do interesse público, incumbindo à Administração uma maior responsabilidade na execução de programas de transformação social apenas esboçados pelo legislador³⁵. Esta evolução foi clara durante o apogeu do Estado Social, caracterizado pela intervenção económica e social, ao contrário do abstencionismo do Estado Liberal. Todavia, sobretudo durante a década de 80, houve um regresso a ideias liberais, sendo executados programas de privatização e dando-se uma retracção na regulação de certos sectores, afirmando-se até que se chegou a estados de desregulação ainda mais claros do que a situação existente antes da Grande Depressão³⁶. Esta situação duraria até à crise económica e

³² Neste sentido, v. Afonso Queiró, “Teoria dos Regulamentos”, *loc. cit.*, pág. 15.

³³ Note-se que, no entanto, autores como Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. II, anotação XXVIII ao artigo 112.º, págs. 72 e ss., e Freitas do Amaral, *Curso cit.*, Vol. II, págs. 207 e ss., criticam esta possibilidade com base na sujeição dos regulamentos independentes ao princípio da legalidade, no texto do artigo 112.º, n.º 7 da Constituição, que não distingue quaisquer tipos de regulamentos, acrescentando ainda que a admissão de regulamentos independentes directamente fundados na Constituição tornaria desnecessária a competência legislativa normal ao Governo que é feita no artigo 198.º da Constituição. A doutrina contrária tende a referir que a função de dinamização da ordem jurídica que é desempenhada pelos regulamentos independentes seria frustrada com a recusa dos regulamentos independentes do Governo directamente fundados na Constituição. V., neste sentido, Vieira de Andrade, *ob. cit.* na nota 18, pág. 66.

³⁴ Sobre esta erosão, bem como o fenómeno da deslegalização, v. Ana Raquel Gonçalves Moniz, *ob. cit.*, págs. 64 e ss., que, no entanto, reconduz a deslegalização ao fenómeno genérico de retirada da lei na regulação de certas matérias, possibilitando a intervenção do regulamento, uma posição com a qual não concordamos, por se apresentar como excessivamente ampla, preferindo antes aceitar a ideia de que a deslegalização se refere ao fenómeno de a lei permitir que uma matéria anteriormente regulada por lei venha a ser disciplinada por um regulamento.

³⁵ V., em termos próximos, Ana Raquel Gonçalves Moniz, *ob. cit.*, págs. 23 e ss.

³⁶ V. Ioannis Glinavos, *ob. cit.* na nota 7, págs. 4-5, e Giulio Napolitano, *ob. cit.* na nota 7, ponto 2.1.

financeira iniciada em 2007 nos Estados Unidos, cujas consequências no campo do princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa analisaremos a seguir.

2. A crise económica e financeira de 2007. A resposta dos Estados, o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. O «direito administrativo da emergência» e o controlo judicial da actividade administrativa em situações de crise.

As consequências da evolução que descrevemos no ponto anterior continuaram a fazer-se sentir, ainda que com menor intensidade, durante as décadas de 80 e 90 do século XX, dominadas pela doutrina de não intervenção do Estado na economia, sendo este entendido como regulador e garante do funcionamento normal do mercado. A crise económica e financeira iniciada em 2007 obriga-nos, porém, a reflectir de novo sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa, acentuando ou questionando algumas conclusões que referimos atrás.

Consideremos a evolução desta crise e a reacção dos Estados, em particular a base legal das medidas adoptadas³⁷. Sabe-se que esta crise se iniciou em 2007 nos Estados Unidos com a crise do *sub-prime* do mercado imobiliário e com a falência de algumas entidades que concediam crédito à habitação. Motivada por crescentes taxas de incumprimento do crédito à habitação e por uma acentuada descida dos preços dos imóveis, esta crise contaminou todo o sector financeiro, levando o Governo americano a intervir, por meio de empréstimos da *Reserva Federal* a outros bancos e por via da descida da taxa de juro. A nível legal, surgiu o *Economic Stimulus Act* de 2008, que admitiu a concessão de créditos fiscais num total de 150 mil milhões de dólares. Apesar destas medidas, mais entidades financeiras entraram em colapso, em particular o banco *Bear Stearns*, que a partir de Março de 2008 se encontrou em risco de falência. Considerando que a queda desta entidade acarretaria graves riscos para o sistema financeiro, o Governo americano resolveu permitir que o *JP Morgan* adquirisse o *Bear Stearns*, procurando resolver a crise com base no mercado e nos instrumentos legais existentes, lançando mão da «*Regulation by Deal*», na expressão da doutrina norte-americana, ou seja, facilitando a resolução dos problemas por via de contratos entre privados, supervisionados pelo Estado, nomeadamente garantindo um empréstimo de 30 biliões de dólares do *JPMorgan* ao *Bear* a 15 de Março de 2008. A base legal desta actuação foi a secção 13.^a do *Federal Reserve Act*, uma norma da época da Grande Depressão, estipulava que, «em face de circunstâncias invulgares e

³⁷ Na descrição desta crise seguimos de muito perto Steven M. Davidoff e David Zaring, *Big Deal: The Government's response to the financial crisis*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1306342>, p. 8 e ss.

exigentes», o *Board of Governors* do *Federal Reserve System*, podia autorizar qualquer Banco da Reserva Federal a conceder empréstimos, por via da chamada *Discount Window*, a pessoas singulares e empresas, desde que o Banco da Reserva Federal obtivesse prova da incapacidade de obtenção de crédito por parte desses entes noutras instituições bancárias. Esta norma, que basearia outros auxílios a bancos, assenta num *conceito-tipo*, as «circunstâncias invulgares e urgentes», concedendo assim, discricionariedade à Reserva Federal quanto à apreciação dos pressupostos da concessão do referido crédito. Assim, para fazer face a graves dificuldades do sistema financeiro, o Estado norte-americano lançou mão de normas que lhe conferiam poderes discricionários, cujo controlo judicial era praticamente inexistente, e interpretou-as em termos latos, admitindo a concessão de empréstimos a qualquer instituição financeira e com uma baixa taxa de juro³⁸. Tendo sido cancelada a garantia estatal, por pressão do Governo, que pretendia outra solução, acordou-se a aquisição do *Bear Stearns* pelo *JP Morgan*, por um preço baixo (2 dólares por acção). Particularmente relevante foi a discussão travada entre o *Bear Stearns* e o *JP Morgan* a propósito da intensidade do vínculo jurídico que ligaria o *Bear* ao *JP Morgan*, tendo-se passado de um direito de opção do *JP Morgan* a adquirir 19.9% das acções do *Bear*, para uma aquisição de 49.93% das suas acções pelo *JP Morgan*, que temia que surgisse outro adquirente do *Bear*, o que lhe seria prejudicial, porque o acordo estipulava que o *JP Morgan* garantiria as obrigações do *Bear*. Esta alteração, em grande parte contrária a disposições de direito comercial do Estado do *Delaware*, que visavam proteger os pequenos accionistas do enriquecimento dos maiores accionistas à sua custa, devido a uso abusivo de poderes de controlo pelos maiores accionistas³⁹, não seria, porém, atacada pelos tribunais desse Estado, chegando a ser afirmado pelo tribunal que, em face das circunstâncias «*sui generis*» do caso, era «fundamental que o tribunal não contribua para uma situação prejudicial para os contribuintes e cidadãos dos Estados Unidos, criando o risco de maiores incertezas»⁴⁰. Ou seja, o tribunal recusou-se a invalidar um negócio jurídico acordado com o apoio do Estado, o que é particularmente relevante. O expediente da «*Regulation by Deal*», que o Estado

³⁸ Neste sentido, v. Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, págs. 14 e ss.

³⁹ Sobre este ponto v., para além da obra citada na nota anterior, Matthew R. Shahabian, “The Government as shareholder and political risk: Procedural Protections in the Bailout”, in *New York University Law Review*, Vol. 86, 2011, págs. 351 e ss., sobretudo 369 e ss., que seguimos de perto.

⁴⁰ Ver as afirmações do *Vice Chancellor* Roger Parsons, na decisão de uma acção movida pelos accionistas, in Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 19. Referem estes autores que os advogados do *JP Morgan* haviam aconselhado esta instituição a celebrar o acordo nos referidos termos, dado que, tendo sido apoiado pelo Estado, para acorrer a uma situação de crise, não seria atacado pelos tribunais.

americano usou neste caso continuou a ser utilizado, em termos praticamente idênticos, em casos semelhantes. Todavia, a 31 de Março de 2008 o Secretário do Tesouro Paulson recomendava alterações legislativas no sentido do aumento da regulação estatal das actividades financeiras, bem como o aumento dos poderes da Reserva Federal e do Tesouro norte-americano. Embora esta proposta não tenha vingado na altura, o *Housing and Economic Recovery Act* de 2008, criado para responder à crise do mercado imobiliário, aumentou os poderes das entidades reguladoras desse sector e do próprio Governo Federal, criando a *Federal Housing Administration*, que tinha significativos poderes de intervenção nas entidades financeiras. Ou seja, o Estado Americano parecia estar a admitir a necessidade de uma resposta estatal a nível legislativo, embora a considerasse um meio de prevenção. Os poderes conferidos pelo referido diploma seriam utilizados aquando da nacionalização dos bancos *Fannie Mae* e *Freddie Mac* em Setembro de 2008, no caso a secção 1117.^a do referido diploma, que permitia ao Secretário do Tesouro comprar obrigações e outros títulos *nos termos determinados pelo Secretário e no montante por ele determinado*, ou seja, uma norma que conferia directamente ao Secretário do Tesouro poderes discricionários, neste caso quanto à intensidade da medida adoptar e quanto ao seu próprio conteúdo, adquirindo o *Tesouro norte-americano* 79.9% das acções de cada uma dessas entidades. O resultado destas intervenções foi tornar-se o Estado norte-americano detentor ou garante de 42% do mercado hipotecário norte-americano⁴¹. Logo de seguida a Reserva Federal, novamente com base na Secção 13.^a do *Federal Reserve Act* aligeirou os requisitos para a concessão de empréstimos ao abrigo da *Discount Window*, aceitando um leque mais vasto de garantias. Particularmente relevantes foram os acontecimentos ocorridos em meados de Setembro de 2008, nas entidades financeiras *Merill Lynch* e *Lehman Brothers*, que culminaram na venda do primeiro ao *Bank of America* por 50 biliões de dólares, e na declaração de insolvência do segundo, cujos únicos potenciais adquirentes eram o *Barclays* e o *Bank of America*, sendo que este, tendo adquirido o *Merill*, recusou-se a intervir, ao passo que aquele recusou-se a adquirir o *Lehman* sem auxílio do Estado. No caso do *Lehman*, o Governo americano, que anteriormente havia utilizado contratos ou normas que lhe conferiam poderes discricionários, recusou qualquer intervenção neste banco com fundamento na ideia de que o Estado norte-americano não podia actuar como garante de todas as instituições financeiras, uma ideia muito controversa⁴². Todavia, em finais de Setembro de 2008, mais uma vez a secção 13.^a do

⁴¹ Assim afirmam Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 25.

⁴² Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 29, referem que, em face das críticas a esta atitude, o Secretário do Tesouro Paulson afirmou que o Governo Federal não tinha poderes suficientes

Federal Reserve Act seria utilizada, desta vez para fundamentar a nacionalização da AIG, uma instituição financeira com um importantíssimo papel no sector dos seguros nos Estados Unidos, em risco de colapso, concedendo a Reserva Federal um empréstimo a esta entidade no valor de 85 biliões de dólares, com uma taxa de juro elevada, adquirindo o Tesouro Americano acções privilegiadas da AIG que lhe conferiam 79.9% dos votos, uma intervenção controversa em face de disposições de direito comercial, como sucedera no caso *Bear Stearns*, e que seria sucessivamente revista até que a ajuda estatal à AIG atingiu os 173 biliões de dólares, sempre com base na referida secção 13.^a do *Federal Reserve Act*. O colapso do *Lehman Brothers* e a nacionalização da AIG provocaram o pânico nos mercados financeiros americanos, com perdas significativas nos fundos de investimento privados, gerando-se uma fuga generalizada dos investidores para os certificados de dívida pública dos Estados Unidos, ficando as instituições financeiras e as empresas que dependiam de crédito em risco de colapso. A reacção do Governo americano a estas circunstâncias foi, mais uma vez, aumentar os poderes das entidades reguladoras para preservar os fundos de investimento. A 19 de Setembro o Departamento do Tesouro afirmou que garantiria os fundos de investimento até ao montante de 50 biliões de dólares. A base legal de esta intervenção foi uma norma do tempo da Grande Depressão, o *Gold Reserve Act* de 1934, que previa que o Departamento do Tesouro podia criar um fundo de estabilização com a aprovação do Presidente, com a competência para negociar em ouro, e «quaisquer outros instrumentos de crédito», um conceito indeterminado que permitiu à Reserva Federal garantir os fundos, ainda que negociando em dólares, tendo obtido aprovação presidencial. Embora, por intervenção do Congresso, o recurso a este fundo fosse limitado⁴³, é certo que este diploma evidencia, de novo, o aumento do poder das entidades reguladoras e a interpretação lata de normas da época da Grande Depressão como traços da reacção do Estado americano ao desenvolvimento da crise. A 25 de Setembro de 2008, o Estado norte-americano teve de socorrer outra instituição financeira, neste caso o *Washington Mutual*. Neste caso interveio a *Federal Insurance Deposit Corporation*, que na referida data se apropriou dos activos bancários dessa entidade, tendo-os vendido ao *JP Morgan* por 1.900

para salvar o *Lehman Brothers*, uma ideia que estes autores criticam face à lata interpretação que permitiu usar a secção 13.^a do *Federal Reserve Act* como base legal de outras intervenções. Sem tomarmos posição sobre esta questão, diremos que as afirmações do Secretário Paulson apontam para um problema jurídico claro: a ausência de uma base legal suficientemente forte para fundamentar a intervenção do Estado, bem como a própria necessidade sentida de dar mais flexibilidade à intervenção da Administração, para que se obtenha uma prossecução mais eficaz do interesse público em situações de crise.

⁴³ Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 40 e s., informam que este fundo não chegou a vigorar duas semanas.

milhões de dólares, sem ter enviado qualquer informação aos administradores do *Washington Mutual*⁴⁴, tendo declarado a insolvência a holding do *Washington Mutual* que se manteve independente. A 27 de Setembro a *Federal Insurance Deposit Corporation* interveio de novo, desta feita para socorrer o *Wachovia*, em risco de falência, tendo optado por vender os activos desta entidade financeira ao *Citigroup*, que assinaria um contrato com o *Wachovia* a 29 de Setembro, que estipulava que o *Citigroup* compraria futuramente os activos do *Wachovia* por dois mil e duzentos milhões de dólares, tendo este contrato falhado dado que o *Wells Fargo*, que já anteriormente apresentara uma proposta de aquisição do *Wachovia*, apresentou nova proposta, desta feita aceite pela *Federal Insurance Deposit Corporation*, que todavia exigiu celeridade nas negociações, que seriam concluídas a 2 de Outubro, com um acordo de fusão do *Wachovia* com o *Wells Fargo*, pelo valor de quinze mil e cem milhões de dólares, recebendo ainda o *Wells Fargo* acções privilegiadas que equivaliam a uma percentagem de 39.9% dos votos em assembleia-geral de accionistas do *Wachovia*. Constatando a violação do acordo que assinara com o *Wachovia*, o *Citigroup* demandou o *Wachovia* e o *Wells Fargo*, tendo a *Federal Insurance Deposit Corporation* intervindo para travar o litígio entre as partes e levá-las a uma transacção, todavia sem sucesso, sendo que o *Citigroup* acabaria por desistir da sua proposta, permitindo a fusão do *Wachovia* com o *Wells Fargo*. Ou seja, neste caso o Estado, que procurara supervisionar a venda do *Wachovia*, escolhendo o seu comprador, acabou por se ver obrigado a aceitar uma solução que resultou da negociação entre duas entidades privadas, que era legalmente admissível em face do primeiro acordo⁴⁵. Uma última intervenção ocorreria no *Morgan Stanley*, cuja notação de risco caía bruscamente, sendo que, a 14 de Outubro de 2008, estava previsto um investimento do *Mitsubishi Bank* no *Morgan* no valor de nove mil milhões de dólares, havendo crescentes receios de que tal acordo não se concretizaria, sendo que o Tesouro americano procurou garantir que este negócio se realizaria, assegurando que apoiaria o *Morgan Stanley* se o investimento do *Mitsubishi* não se realizasse, ao mesmo tempo que assegurava a este último que o auxílio estatal ao *Morgan* não poria em causa o investimento a realizar, sendo que estas garantias permitiram que o referido investimento se realizasse.

Tal foi o quadro da resposta do Estado norte-americano à crise até ao surgimento dos diplomas «anti-crise» mais relevantes. A análise destas intervenções torna clara a sua relevância nesta questão. Se é certo que a intervenção do Estado

⁴⁴ Segundo informam Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 41.

⁴⁵ Neste sentido, v. Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 43.

Norte-Americano se pautou por uma actuação por via negocial, utilizando o expediente da «*Regulation by Deal*», caso a caso, supervisionando o Estado acordos entre particulares ou celebrando ele próprio acordos com os particulares, acordos que implicaram uma significativa ingerência estatal nas instituições financeiras e, por vezes, a sua nacionalização, não é menos certo que as intervenções que descrevemos se fundamentaram em normas elaboradas em face de crises anteriores, como a secção 13.^a do *Federal Reserve Act*, que foi utilizada frequentemente, normas essas que concediam poderes discricionários à Administração, directamente ou através de conceitos indeterminados, chegando a Administração a fundamentar a sua intervenção em interpretações, em termos muito latos, dos conceitos dessas normas. Assim, estas intervenções questionam o princípio da legalidade, tendo em conta que a sua base legal é debilíssima. Um outro traço relevante é o claro aumento dos poderes das entidades reguladoras nesta primeira fase, ou seja, o Estado norte-americano apercebeu-se que os instrumentos legais existentes não lhe permitiam prosseguir o interesse público em face de excepcionais circunstâncias, sentindo-se na necessidade de alargar os seus poderes de intervenção no mercado. Não menos relevante foi a celeridade e o secretismo de alguns dos procedimentos que descrevemos. É de referir ainda a importância da relação entre a Administração Pública e o controlo judicial. Como vimos, no caso *Bear Stearns* o tribunal recusou-se a sindicar um acordo apoiado pelo Estado, alegando que a sua anulação acarretaria graves prejuízos para os contribuintes e para o país, podendo agravar uma situação de crise. Este exemplo evidencia que o controlo judicial da intervenção do Estado em tempos de crise atenua-se claramente, indiciando a erosão do princípio da legalidade.

Consideremos a legislação norte-americana que visou criar um programa anti-crise. O fulcro da legislação anti-crise norte-americana seria uma lei resultante de uma proposta do Secretário do Tesouro Paulson apresentada ao Congresso a 20 de Setembro de 2008, cujo objectivo essencial era a obtenção de 700 mil milhões de dólares, que seriam utilizados na aquisição dos célebres «activos tóxicos» das instituições financeiras, que se tratavam de activos que se tinham desvalorizado e que não encontravam comprador, piorando a situação das instituições financeiras. Particularmente relevantes na questão que nos ocupa são os contornos jurídicos de algumas normas propostas. Nos termos da proposta, o Departamento do Tesouro teria poderes para comprar os referidos activos de quaisquer entidades financeiras com sede nos Estados Unidos, «*nos termos e condições estabelecidos pelo Secretário*»⁴⁶, ou seja, de novo nos deparamos com uma norma que confere directamente a um ente

⁴⁶ Segundo informam Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 46.

administrativo poderes discricionários, neste caso quanto aos termos de aplicação de uma medida. A referida proposta conferia ainda ao Tesouro competência para gerir os activos adquiridos. Não menos relevante é a debilidade dos mecanismos de controlo da actuação administrativa previstos na proposta. Na verdade as medidas a adoptar pelo Secretário apenas se encontravam limitadas temporalmente e limitadas quanto ao fim, dado que deveriam ser utilizadas para «obter estabilidade e evitar perturbações nos mercados financeiros e no sistema bancário, protegendo os contribuintes», um limite muito flexível, em face da indeterminação de alguns dos termos desta norma. O controlo judicial das medidas a adoptar era claramente proscrito, dado que a proposta referia que «as decisões adoptadas pelo Secretário no uso da autoridade conferida por esta lei... não podem ser controladas por qualquer tribunal ou agência administrativa.», subtraindo-se assim a actividade administrativa praticada ao abrigo das disposições da proposta a todo e qualquer controlo judicial e colocando-se em causa a ideia de controlo judicial dos actos discricionários que esboçamos atrás. Restava apenas o controlo destas normas com base nos limites constitucionais, que eram questionados pela proposta. Neste campo é de referir a cláusula «*Due Process*», que implica a existência de um procedimento legalmente regulado e que garanta os direitos dos particulares perante actos ablativos dos direitos dos particulares, uma ideia que poderia ser posta em causa pela proposta de Paulson, dado que o Tesouro poderia adquirir os activos a preços particularmente baixos, privando os proprietários do seu direito sem observar o *due process of law*, sendo o controlo judicial desta actividade muito atenuado. A proposta de Paulson também coloca questões no campo da «*Nondelegation doctrine*» norte-americana, que implica a inconstitucionalidade das normas que delegassem poderes discricionários no Executivo sem prever um princípio claro de limitação desses poderes, o que poderia configurar uma assunção de poderes legislativos essenciais pelo Executivo, dados os termos latos em que algumas normas estavam redigidas⁴⁷. A proposta de Paulson seria alterada no Congresso por via da chamada proposta Dodd, que, embora criasse alguns mecanismos de controlo da Autoridade do Secretário, mantinha o cerne da proposta inicial e até aumentava os poderes do Secretário em matéria de compra de acções, permitindo injeções de capital nas instituições financeiras. Destas alterações resultou o *Emergency Economic Stabilization Act* de 2008. Dentre as várias disposições desta lei, destaca-se a secção 101.^a, parágrafo primeiro, que autorizava o Secretário do Tesouro a estabelecer o *Trouble Asset Relief Program* para «comprar e financiar iniciativas de compra de activos tóxicos a qualquer instituição financeira, nos termos e condições

⁴⁷ Sobre estas questões de constitucionalidade, v. Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, págs. 48 e ss, e Ana Raquel Gonçalves Moniz, *ob. cit.*, págs. 118 e ss, e notas 379 e ss.

*determinados pelo Secretário, de acordo com as disposições deste acto e com as políticas e procedimentos desenvolvidos e publicados pelo Secretário», uma norma clara na atribuição de poderes discricionários ao Secretário, como resultava da proposta, e que contém conceitos indeterminados, como «activos tóxicos», o que implica que se atribuiu discricionariedade quanto aos pressupostos e quanto ao conteúdo da medida, embora se referisse que a definição do conceito «activos tóxicos» seria estabelecida em legislação do Congresso, segundo a secção 103.^a, que também permitia ao Secretário, após consulta ao Presidente do *Board of Governors* do *Federal Reserve System*, determinar os activos que seria necessário comprar para «promover a estabilidade dos mercados financeiros», uma norma que, de novo atribuíra discricionariedade ao Secretário, por via de um conceito indeterminado, «a estabilidade dos mercados financeiros», que lhe permitia, em rigor, ajuizar a cada momento da conveniência da compra de activos. Não menos decisiva na atribuição de poderes discricionários é secção 101.^a (c), que permitia ao Secretário tomar todas e quaisquer medidas que considerasse necessárias para exercer as competências conferidas por este diploma, apresentando a seguir um leque exemplificativo de medidas, do qual destacaremos a possibilidade de elaborar regulamentos necessários à execução deste diploma. A secção 102.^a permitia ainda ao Secretário, «nos termos e condições por ele determinados», criar garantias dos chamados «activos tóxicos». O objectivo destes preceitos é claro. Como o Congresso afirmou, visava-se sobretudo restaurar a liquidez e estabilidade do sistema financeiro e proteger os depósitos dos particulares⁴⁸, sendo a sua consequência imediata a atribuição ao Secretário do Tesouro de mais discricionariedade do que a própria proposta, para que este pudesse enfrentar a crise⁴⁹. É significativo o facto de os mecanismos de controlo da actividade do Secretário previstos no referido diploma serem particularmente atenuados, dado que apenas se estabeleceu a criação de um Inspector-Geral, uma avaliação da execução do plano por parte do *Government Accountability Office*, e um comité de supervisão, bem como a obrigação de informação ao Congresso⁵⁰, sendo que se previu que «as decisões do Secretário seriam consideradas ilícitas se fossem consideradas arbitrárias, caprichosas, ou um abuso de poderes discricionários, ou se violassem a lei», afirmando-se depois que «as medidas tomadas pelo Secretário ao abrigo da*

⁴⁸ V. Matthew R. Shahabian, *ob. cit.* e *loc. cit.* na nota 39, pág. 355 e s., que cita ainda outros objectivos.

⁴⁹ A doutrina estrangeira salienta claramente este traço do referido diploma. V., entre tantos, Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 53, e Eric A. Posner e Adrian Vermeule, *ob. cit.*, na nota 7., pág. 2.

⁵⁰ Sobre este ponto v. Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 53, que seguimos de perto.

secção 101.^a que citámos, seriam insusceptíveis de controlo judicial, salvo com base em inconstitucionalidade», ou seja, por um lado começou por afirmar-se que existiria um controlo dos actos discricionários do Secretário, com base em princípios jurídicos e em violação da lei, mas por outro lado isentaram-se desse controlo as medidas tomadas ao abrigo do preceito essencial do referido diploma⁵¹. A aplicação desta lei pela Administração Americana foi particularmente curiosa. Embora o proposto da lei fosse facilitar a compra de activos tóxicos, a Administração usou os poderes discricionários conferidos pela lei para comprar acções directamente aos seus emissores, ou para injectar capital em instituições financeiras, abandonando a ideia da compra dos activos tóxicos, com base na interpretação em termos latos dos conceitos indeterminados que vimos que algumas normas continham⁵². Embora o uso dos poderes discricionários conferidos pelo *Emergency Economic Stabilization Act* se tenha deslocado para áreas inteiramente diversas das que o legislador havia considerado na feitura da lei, o traço essencial deste diploma manteve-se intacto. A legislação anti-crise norte-americana assentou na concessão de largos poderes discricionários à Administração, com uma notável flexibilidade de intervenção nas instituições financeiras e um controlo particularmente atenuado. O caminho trilhado pelo *Emergency Economic Stabilization Act* seria prosseguido pelo *American Recovery and Investment Act* de 2009, já no mandato do Presidente Obama, que, embora aparente conter mais mecanismos de controlo, também contém normas que conferem poderes discricionários à Administração, neste caso para a obtenção e aplicação de 789 mil milhões de dólares. Tais são os traços da resposta administrativa e legislativa norte-americana à crise.

Antes de reflectirmos sobre o impacto destes acontecimentos sobre a questão que nos ocupa, apresentaremos alguns breves pormenores das consequências da crise em Portugal, que são significativos nesta matéria. A crise financeira, entre nós, também afectou as instituições financeiras, ainda que em menor grau. Duas instituições financeiras foram significativamente afectadas por esta crise: o *Banco Privado de Negócios* e o *Banco Privado Português*, com consequências inteiramente diversas. No caso da primeira entidade o processo terminou numa nacionalização, no segundo na falência da instituição financeira em questão. No que respeita ao *Banco*

⁵¹ V. a secção 119.^a do *Emergency Economic Stabilization Act*, e Matthew R. Shahabian, ob cit. e *loc. cit.* na nota 39, pág. 368.

⁵² O Secretário do Tesouro Paulson afirmou que o diploma em questão conferia poderes flexíveis ao Tesouro, de modo a potenciar a sua utilização eficiente, daí a admissibilidade das injeções de capital.

*Privado Português*⁵³, é de referir que este banco, em Novembro de 2008, comunicou à entidade reguladora do sector bancário, o Banco de Portugal, que se encontrava numa situação de ruptura de liquidez, tendo o Estado, após parecer favorável do Banco de Portugal, e por receios de contágio ao restante sistema financeiro, concedido uma garantia⁵⁴ de um empréstimo no valor de 450 milhões de euros, que resultou de um empréstimo de outros bancos, garantia essa que foi sucessivamente prorrogada, sendo que, em Dezembro de 2008, o Conselho de Administração do Banco de Portugal decidiu nomear uma administração provisória para o Banco Privado, bem como dispensar o Banco Privado, durante 3 meses, do cumprimento de obrigações anteriormente contraídas. Não tendo sido apresentado pelo Banco Privado um adequado plano de recuperação dentro de um ano, a 15 de Abril de 2010, o Banco de Portugal revogou a autorização do exercício de actividade bancária do Banco Privado, decretando a sua dissolução e liquidação. A base legal da actuação do Banco de Portugal neste caso foi, em grande parte, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, posteriormente alterado, que se reveste de interesse nesta matéria. Note-se que em 2008, quando já se faziam sentir os efeitos da crise financeira, este diploma foi alterado no sentido de aumentar os poderes de supervisão do Banco de Portugal⁵⁵, sendo conferida ao Banco de Portugal, pelo artigo 76.º do referido regime, competência para estabelecer quaisquer regras de conduta das instituições bancárias que considere necessárias para fazer cumprir o referido diploma, sendo ainda de referir o artigo 77.º-A, que autoriza o Banco de Portugal a tomar todas as medidas que considere necessárias para fazer cumprir as normas que lhe cumpra salvaguardar. No caso do Banco Privado, foi utilizado em particular o artigo 141.º do referido regime, que prevê: «Quando uma instituição de crédito se encontre em situação de

⁵³ Sobre a intervenção estatal no Banco Privado Português ver os Relatórios de Auditoria do Tribunal de Contas n.º 53/2009, 2.ª Secção, de Dezembro de 2009, págs. 19 e ss., e n.º 20/2010, 2.ª Secção, de Setembro de 2010, págs. 15 e ss., e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 9 de Setembro de 2010, processo n.º 06834/10, que seguimos de perto.

⁵⁴ A título complementar, note-se que a base legal da referida garantia não foi a Lei n.º 60-A/2008, de 20 de Outubro, posteriormente regulamentada, que estabeleceu a possibilidade de concessão extraordinária de garantias pessoais do Estado, no âmbito do sistema financeiro, que foi pensada, justamente para acorrer a situações de emergência, como resulta do seu artigo 1.º, que refere expressamente o objectivo de reforço da estabilidade financeira e de disponibilização de liquidez nos mercados financeiros, mas sim o regime das garantias pessoais do Estado constante da Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, com o fundamento de que o primeiro diploma citado não havia sido pensado para acorrer a instituições que se encontravam em risco especial de degradação, segundo o Banco de Portugal, o que não deixa de levantar dúvidas, face às disposições que citámos. V. o primeiro relatório do Tribunal de Contas citado na nota 53.

⁵⁵ Assim afirma o preâmbulo do Decreto-lei n.º 1/2008, de 3 de Janeiro, que republicou em anexo o referido regime.

desequilíbrio financeiro, traduzido designadamente redução dos fundos próprios a um nível inferior ao mínimo legal ou na inobservância dos rácios de solvabilidade ou de liquidez, o Banco de Portugal poderá determinar, no prazo que fixará, a aplicação de alguma ou de todas as seguintes providências de recuperação e saneamento...», elencando de seguida um leque de providências, das quais se destacam a apresentação de um plano de recuperação e saneamento, referido na alínea a), concretizada no artigo 142.º, cujo número 2 permite ao Banco de Portugal fixar os requisitos de aceitação do plano que considere necessários, permitindo o número 3 ao Banco de Portugal apresentar um plano de intervenção caso os accionistas não aprovem o plano de recuperação, sendo que o artigo 143.º permite a designação de um ou mais administradores provisórios para o banco, uma medida que foi utilizada no caso do Banco Privado. Todas estas normas têm o traço comum de aumentar os poderes das entidades reguladoras, conferindo-lhes discricionariedade quanto aos pressupostos, como é o caso do artigo 141.º, que utiliza um conceito indeterminado, o «desequilíbrio financeiro», e discricionariedade optativa, ou seja, permitem a escolha de uma ou mais medidas de um certo conjunto, sendo que o Banco de Portugal, no caso em análise lançou mão delas, nomeadamente da nomeação de administradores e da obrigação de apresentação de um plano de recuperação.

Quanto ao *Banco Privado de Negócios*⁵⁶, é de referir que esta entidade, que se encontrava em dificuldades financeiras em 2008, recebeu apoio financeiro da Caixa Geral de Depósitos e do Banco de Portugal, por via de empréstimos que rondavam os 500 milhões de euros. Tendo sido apresentado um plano de recuperação, que implicava um aval do Estado para garantir um empréstimo no valor de 500 milhões de euros, bem como uma injeção de capital por parte do Estado no valor de 600 milhões de euros em acções preferenciais, a que se juntaria uma injeção de capital privado no valor de 380 milhões de euros. Tendo pedido parecer do Banco de Portugal, o Ministério das Finanças, considerando que o montante pedido era elevado e que as acções a adquirir não conferiam direito de voto, invocando ainda que a taxa de remuneração das acções era reduzida face às exigências do Direito da União Europeia, que era também violado pela percentagem de fundos próprios de base que as acções representavam, que excedia o limite estipulado de 35%, optou por nacionalizar o banco, de modo a salvaguardar o sistema financeiro das consequências de uma

⁵⁶ Sobre a nacionalização do Banco Privado de Negócios, poderão colher-se informações relevantes no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a situação que levou à sua nacionalização e sobre a supervisão bancária inerente, de 6 de Julho de 2009, publicado no *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série, Subsérie B, Número 162, de 15 de Julho de 2009, págs. 2 a 363, ponto 4.

eventual falência do banco. Assim, diversamente do sucedido nos Estados Unidos, o Estado Português optou, não por supervisionar negócios jurídicos entre particulares, mas por uma solução autoritária, a nacionalização coerciva do Banco, sendo controversa a sua conformidade com as exigências de subsidiariedade e proporcionalidade salvaguardadas pela Constituição. Cremos que o caso do Banco Privado de Negócios assenta numa lógica algo distinta da «Regulation by Deal» norte-americana, pois neste caso não se usou a via negocial, mas o resultado foi idêntico: o Estado interveio numa instituição financeira num caso concreto; simplesmente a solução adoptada neste caso foi mais afastada do quadro do mercado. A nacionalização seria aprovada pela Lei n.º 62-A/2008, de 11 de Novembro, que aprovou o Regime jurídico da apropriação pública. Logo no artigo 2.º da referida lei, no seu n.º 1, referem-se os motivos que determinaram a nacionalização, neste caso os «interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro» bem como a natureza de *ultima ratio* da nacionalização. No quadro do regime aprovado por esta lei, destacam-se o artigo 1.º, que refere que a apropriação pública só se admite «quando, por motivos excepcionais e especialmente fundamentados, tal se revele necessário para salvaguardar o interesse público». Apesar de se formularem requisitos de necessidade, de proporcionalidade e de fundamentação, é evidente a indeterminação deste preceito, que implica que será o Estado a avaliar, em cada situação, se estão preenchidos os requisitos de excepcionalidade que podem fundamentar a nacionalização, que, nos termos do artigo 13.º, é da competência do membro do Governo responsável pela área das finanças, que pode praticar todos os actos necessários à concretização da nacionalização, cabendo aqui um vasto leque de medidas.

Salienta-se ainda um acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional Português⁵⁷ em sede de fiscalização abstracta de constitucionalidade, a propósito da lei do Orçamento de Estado para 2011, elaborada num momento em que o Estado Portugal se encontrava sobre forte pressão dos mercados financeiros, que questionavam a situação financeira do Estado Português. Em face disto, para cumprir as exigências orçamentais da União Europeia, o legislador aprovou uma série de medidas restritivas da despesa no referido Orçamento, entre as quais constava, no artigo 19.º da referida lei, a redução das remunerações de titulares de cargos públicos, bem como funcionários, agentes e trabalhadores do Estado e demais entes públicos, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2011, sendo previstas normas especiais para os

⁵⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011, de 21 de Setembro de 2011, processo n.º 72/11.

magistrados judiciais e do Ministério público, nos artigos 20.º e 21.º, respectivamente. Entre outros fundamentos foi invocada a violação do princípio da protecção da confiança, corolário do princípio do Estado de Direito, consagrado em particular no artigo 2.º da Constituição, na medida em que a redução salarial implicaria uma frustração das legítimas expectativas dos funcionários. Confrontado com esta questão, o Tribunal Constitucional referiu inicialmente que havia que proceder a uma análise rigorosa das situações, de modo a averiguar se elas são dignas de tutela face ao princípio em causa, sendo que posteriormente à verificação destes requisitos terá que proceder-se a uma ponderação entre o interesse público que fundamenta a medida e o interesse privado que a medida afecta. No quadro desta questão, afirma o Tribunal Constitucional: «Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento», acrescentando que haviam sido adoptadas medidas semelhantes noutros países da Europa, por vezes com maior impacto. É impressionante o seguinte passo do acórdão: «Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme. (...) As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.» Ou seja, independentemente da questão jurídica de fundo, é certo que os excertos citados demonstram que o tribunal atenuou o seu controlo da norma de direito administrativo em questão, com base na exigência do interesse público que se impunha acautelar face à conjuntura da época, considerando a medida em questão aceitável em virtude da própria legitimidade democrática do legislador que a aprovou.

Apresentado este extenso leque de intervenções estatais e de controlo judicial das mesmas, há que averiguar das consequências destas situações no problema que nos ocupa. Em face do que fomos referindo, podemos dizer que todas estas situações

são exemplos do chamado «direito administrativo da emergência»⁵⁸, ou seja, de um conjunto de normas e outros modos de actividade administrativa criados para responder com celeridade e eficácia a circunstâncias de urgente e exigente interesse público, cujos efeitos não se esgotam numa única actuação, mas que se prolongam no tempo. Este direito administrativo caracteriza-se justamente pela menor vinculação aos princípios gerais da actividade administrativa, e muito em particular ao princípio da legalidade, princípios que em Portugal, estão consagrados constitucionalmente. Como vimos a respeito da situação nos Estados Unidos, a acção do Estado na resposta à crise caracterizou-se desde o início pela falta de uma base legal adequada, tendo o Estado recorrido a interpretações de normas com conceitos indeterminados em termos muito latos. Se vimos que, na configuração mais recente, o princípio da legalidade implica que a lei deve ser vista como pressuposto e fundamento da actividade administrativa, não sendo admissível uma actuação administrativa sem a existência de uma lei prévia habilitante, o certo é que praticamente toda a actividade do Estado na reacção à crise careceu da existência de lei prévia, justamente porque estavam em causa circunstâncias excepcionais que o legislador, por natureza, não consegue prever, daí que a Administração anteponha o interesse público à legalidade estrita. Este ponto obriga-nos a reponderar um dos actuais postulados do princípio da legalidade, o que nos leva a considerar que, mais uma vez, estamos perante uma situação de *crise da lei*, ou seja, em que a importância da lei parlamentar decresce, devendo mais uma vez, ser sublinhada, já não a legalidade, mas a juridicidade da actuação administrativa, devendo ser garantida, mesmo em tempos de crise, a vinculação da Administração às exigências essenciais dos princípios fundamentais da actividade administrativa, como o princípio da justiça e da proporcionalidade, uma ideia que não elimina as dificuldades do controlo judicial da actividade administrativa em situações de crise, mas contribui para as atenuar. Esta situação de crise da lei é particularmente clara se atendermos ao facto de as leis existentes constituírem um embaraço para a actuação administrativa, daí que a Administração opte por formas de actividade diversas das tradicionais, por motivos ideológicos ou por entender que tal é mais adequado à prossecução do interesse público. O expediente da «*Regulation by Deal*» que referimos, mais não é do que a procura de soluções caso a caso para os problemas levantados pela crise, nem sempre no quadro do mercado, sendo a

⁵⁸ V. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada* cit., Vol. II, Anotação X ao artigo 266.º, pág. 800-801, que distinguem esta «emergência» do estado de necessidade tradicional, dado que, ainda que ambas as situações se traduzam numa menor vinculação ao princípio da legalidade, a «administração de emergência» executa medidas que não estão limitadas espacial e temporalmente por uma situação excepcional. No mesmo sentido, Giulio Napolitano, *ob. e loc. cit.* na nota 7, ponto 4, refere-se à existência de «Constituição da emergência económica».

Administração supervisora e garante de acordos entre particulares, com recurso a procedimentos céleres e com termos que, como vimos chegam a pôr em causa o direito existente⁵⁹. As situações de crise levantam novos problemas, para os quais o suporte legal existente é inadequado ou insuficiente, daí que a Administração, como sucedeu com o Secretário do Tesouro Paulson, declare que a Administração necessita de mais poder. É por esta razão que a legislação elaborada em tempos de crise aumente consideravelmente os poderes da Administração, como sucedeu com o *Emergency Economic Stabilization Act*, que se materializou numa larga outorga de poderes discricionários à Administração, que resultam em particular de conceitos indeterminados, sobretudo quanto aos pressupostos das medidas a adoptar, que permitem à Administração conferir se a cada momento, se levantam exigências de interesse público, ou por via do elenco de medidas que podem implicar, muitas vezes, intervenções na esfera jurídica dos particulares. O legislador, muitas vezes, passa um verdadeiro «cheque em branco» à Administração para que esta actue. A incapacidade do legislador em tudo prever leva a que a discricionariedade administrativa seja intensificada nestes períodos. O legislador sente-se mal preparado para responder às exigências de cada caso concreto, deixando a sua resolução à Administração, cedendo assim aos apelos de mais poder do Executivo, que se materializam no aumento de poder também de entidades reguladoras, na convicção de que o mercado carece de certa vigilância para funcionar adequadamente. Neste campo, o espaço em branco deixado pela lei passa a ser ocupado pelo regulamento administrativo, muitas vezes ao abrigo das chamadas cláusulas «Henrique VIII», que permitem uma alteração da disciplina legal por regulamentos⁶⁰. Assim, de novo, a Administração ganha um papel de primeiro plano no campo do equilíbrio de poderes, incumbindo-lhe encontrar novas respostas para novos problemas, e realizar o direito que o legislador não prevê em termos acabados. No espírito da «new public management», exige-se, em face de situações económicas difíceis, uma maior «responsabilidade de iniciativa e uma maior «responsabilidade de desenvolvimento» de um conjunto de medidas que se afiguram necessárias para acorrer a exigências excepcionais de interesse público, que a lei não

⁵⁹ Neste sentido, v. Steven M. Davidoff e David Zaring, *ob. cit.*, pág. 66.

⁶⁰ Estes traços da legislação anti-crise são salientados pela esmagadora maioria da doutrina. V. Mark Aronson, *ob. cit.* na nota 10, págs. 165 e ss., Eric A. Posner e Adrian Vermeule, *ob. cit.*, na nota 8., págs. 18 e ss., e Matthew R. Shahabian, *ob. cit.* e *loc. cit.* na nota 39, págs. 355 e ss. V. ainda Ana Raquel Gonçalves Moniz, *ob. cit.*, págs. 22. e ss., e 74, sobre o enquadramento jurídico de algumas situações. Note-se que entre nós, o artigo 112.º, n.º 5 da Constituição proíbe tais cláusulas. Um exemplo muito próximo deste fenómeno encontra-se no *American Recovery and Investment Act* de 2009, que, segundo alguns, permite que algumas disposições que estabelecem que os materiais utilizados em obras públicas devem ser adquiridos preferencialmente a norte-americanos, possam ser alteradas por meio de regulamentos. V. V. Mark Aronson, *ob. cit.* na nota 10, pág. 202.

consegue prever nem tão pouco regular em termos de vinculação absoluta da Administração⁶¹. Assim, a ideia de que a discricionariedade administrativa é uma função jurídica parece manter-se. No entanto, o controlo de normas de direito administrativo e da actividade administrativa de emergência é particularmente atenuado em situações de crise económica. Como vimos suceder com os tribunais norte-americanos e com o nosso Tribunal Constitucional, o tribunal, perante uma norma ou decisão elaboradas em situações de emergência, é muito prudente no seu controlo, atendendo ao interesse público que as medidas prosseguem e às próprias consequências da sua decisão. O juiz não se sente preparado para refazer o juízo da Administração, sob pena de invadir matéria reservada ao Executivo, apoiando-se ainda na legitimidade democrática de que a Administração hoje dispõe, vendo-se por vezes impossibilitado, em termos práticos, de atacar um facto já consumado, receando causar graves consequências económicas e políticas que não está legitimado a causar.⁶² É neste ponto que os poderes discricionários tipicamente atribuídos pela legislação anti-crise correm o risco de se transformar em arbítrio. Se por vezes é a própria lei que limita o controlo judicial dos actos discricionários, como exemplificámos, por outro lado a cautela que caracteriza o juiz nesses casos pode levar a Administração a actuar com total desrespeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito, com o argumento de que a emergência tudo desculpa. Neste campo, embora a lei por vezes consagre a proibição do arbítrio e de violação da lei, fá-lo em termos de tal forma gerais que o juiz não se sente suficientemente seguro. A este propósito, cremos que há várias observações a fazer. Em primeiro lugar, sem dúvida que estas situações implicam o respeito pela própria responsabilidade de decisão da Administração, que hoje goza de legitimidade democrática, mas não é menos certo que há de terminadas exigências que é possível efectivar, mesmo em situações de emergência. Se a medida em causa for manifestamente desproporcional ou injusta, não poderá deixar de ser sindicada. Assume grande relevância o princípio da proporcionalidade, devendo averiguar-se se as medidas adoptadas se apresentam como minimamente aceitáveis e razoáveis em face das circunstâncias em causa, averiguando-se se um «administrador medianamente prudente e sensato» as teria adoptado naquelas circunstâncias. É ainda decisiva a fundamentação dos actos

⁶¹ Citamos Ana Raquel Gonçalves Moniz, *ob. cit.*, pág. 23.

⁶² Sobre estas dificuldades no controlo judicial v. Eric A. Posner e Adrian Vermeule, *ob. cit.*, na nota 7., págs. 28 e ss, e ainda Matthew R. Shahabian, *ob. cit.* e *loc. cit.* na nota 39, págs. 368 e ss. V. ainda as considerações ainda hoje actuais de Rogério Soares, in “Administração Pública e Controlo Judicial”, *loc. cit.* na nota 25, págs. 228 e ss.

praticados em situações de emergência económica que sejam de legalidade duvidosa, dado que serão os motivos apresentados pela Administração que permitirão ao juiz averiguar a existência de eventuais erros na apreciação dos pressupostos e da própria legalidade das medidas. Por outro lado, finda a situação de emergência que a ocasionou, o controlo judicial poderá ser feito *a posteriori* com maior segurança. O certo é que se impõe uma grande contenção ao juiz no controlo da actividade administrativa em tempos de crise, tendo em conta que o seu controlo, se não for cauteloso, poderá transformar-se num controlo de mérito. Estas considerações gerais realçam a ideia de que o controlo judicial dos actos discricionários da administração em situações de emergência é muito mais atenuado do que o habitual, mas, ainda assim, não pode ser inexistente.

3. Conclusão. Os reflexos da crise no princípio da legalidade e na discricionariedade administrativa.

Face ao exposto, cremos que a crise pôs claramente em causa o princípio da legalidade e o valor da lei. Trata-se de uma situação que demonstra que é impensável que a lei constitua a base total do campo de actuação administrativa. Há situações excepcionais que levantam problemas que a Administração tem de resolver, de forma por vezes contraditória com os esquemas legais existentes, mas que devem ser atendidas, sob pena de o dever de prossecução do interesse público não ser cumprido. A lei não consegue abarcar a totalidade da realidade, perdendo assim o seu estatuto quase sagrado, como demonstra a clara habilitação que ela faz, *a posteriori* e a pedido da Administração, de poderes discricionários à Administração, para que esta encontre a melhor solução para cada caso. Por outro lado, as velhas formas de actividade administrativa entram em desuso, necessitando a Administração de esquemas mais céleres e eficazes. Não menos decisivo é o facto de a situação de emergência levar sistematicamente a um aumento dos poderes de intervenção da Administração, o que evidencia que a crise económica leva a uma reconsideração do papel da Administração na aplicação do direito. Neste campo, a crise aponta para um novo direito administrativo, pautado por novos esquemas, mas no qual se devem manter algumas exigências, mesmo no campo do controlo judicial dos actos discricionários praticados nestas situações, que apesar de dever respeitar a esfera de acção da Administração, deve também controlar as actuações mais graves de violação dos princípios fundamentais. Fora de dúvida, é que não podemos afirmar o princípio da legalidade com a força habitual nestas situações, sendo certo que ainda vigoram algumas limitações de ordem legal à actividade administrativa, como a exigência de especial

fundamentação dos actos administrativos e a limitação temporal dos actos administrativos praticados em situações de crise. Haverá sempre que ponderar legalidade estrita e interesse público, cedendo em muitos casos a primeira ao segundo. É inegável que, em situações de crise, a legalidade estrita é limitada por considerações de praticabilidade, o que não deixa de colocar a questão de averiguar até que ponto é que a legalidade pode ser limitada pela emergência. A resposta parece ser, até que cheguemos à conclusão que a limitação da legalidade põe em causa exigências fundamentais do ordenamento jurídico, subvertendo o seu cerne. Em suma, como afirma Giulio Napolitano, a crise coloca novos desafios ao direito administrativo, quer quanto ao papel do Estado, quer quanto à base legal da actividade administrativa, quer quanto ao seu controlo⁶³.

⁶³ V. Giulio Napolitano, ob. e loc. cit. na nota 7, ponto 5.

Bibliografia

- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, in *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, págs. 33 e ss.
- ARONSON, Mark, “The Great Depression, this Depression, and Administrative Law”, in *Federal Law Review*, Volume 37, Número 165, University of New South Wales, 2009, (disponível online em <http://ssrn.com/abstract=1512451>).
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.^a edição, (8.^a reimpressão da edição de 1973), Almedina, Coimbra, 2007.
- DAVIDOFF, Steven M., e ZARING, David *Big Deal: The Government’s response to the financial crisis*, (disponível online em <http://ssrn.com/abstract=1306342>).
- GLINAVOS, Ioannis, *Regulation and the role of law in economic crisis*, 2009, (disponível online em <http://ssrn.com/abstract=1425782>)
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, artigos 108.º a 296.º, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- NAPOLITANO, Giulio, “The Role of the State in (and after) the Financial Crisis: New Challenges for Administrative Law”, in Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (Directores), *Comparative administrative law*, Edward Elgar Published Limited, Northampton, Massachusetts, USA, 2010, p. 569 e ss.
- POSNER, Eric A., e VERMEULE, Adrian, e *Crisis Governance in the Administrative State: the 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, USA, Novembro de 2008, (disponível online em <http://ssrn.com/abstract=1301164>).
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.
- QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, 1.^a parte, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVII (1.^a série), n.ºs 1, 2, 3 e 4, págs. 1 e ss.

- SHAHABIAN, Matthew R. “The Government as shareholder and political risk: Procedural Protections in the Bailout”, in *New York University Law Review*, Vol. 86, 2011, págs. 351 e ss.
- SOARES, Rogério E., *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955.
 - “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, Coimbra, 1981, págs. 168 e ss
 - *Direito Público e Sociedade Técnica*, (reimpressão da edição de 1969), Tenacitas, Coimbra, 2008
 - *Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, s. d.
 - “Administração Pública e Controlo Judicial”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127.º, n.º 3845, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro de 1994, págs. 226 e ss.

