

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

12 
2021



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 12 — Ano 2021

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

Do dever (ou não) de regulamentar

O caso da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho

Ricardo Novais Vilas Boas
Jurista

RESUMO: O objetivo do presente texto é analisar a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, que vem estabelecer o reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local, com vista a concluir pelo dever (ou não) da emissão de regulamentos municipais, pelas autarquias locais, ao abrigo da mencionada Lei, e nessa sequência avaliar os meios jurisdicionais aplicáveis

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo, Lojas Históricas, Regulamentos.

ABSTRACT: The purpose of this text is to analyze Law No. 42/2017, of 14 June, which establishes the recognition and protection of establishments and entities of local historical and cultural or social interest, with a view to concluding by duty (or not) of the issuance of municipal regulations, by the local authorities, under the aforementioned Law, and then evaluate the applicable jurisdictional means.

KEYWORDS: Administrative Law, Historical Stores, Regulations.

INTRODUÇÃO:

Partindo da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho¹, que vem estabelecer o reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local, pretende-se analisar do dever (ou não) da emissão de regulamentos municipais, pelas autarquias locais, ao abrigo da mencionada Lei, e nessa sequência avaliar os meios jurisdicionais aplicáveis.

A escolha do tema prende-se com o facto da questão ter surgido em contexto profissional², sendo que, na presente data, correm os seus termos ações administrativas, junto do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, onde é levantada esta problemática, com possíveis implicações na validade dos atos administrativos de reconhecimento e proteção já praticados.

De facto, a questão tem relevante importância na medida em que uma vez praticados atos administrativos de reconhecimento e proteção de estabelecimentos comerciais, por parte das autarquias locais, estes poderão ser declarados nulos, ou não, **consoante se conclua pela natureza obrigatória ou facultativa da emissão do regulamento municipal que discipline a matéria do reconhecimento.**

Estrutura do trabalho:

No **Capítulo I** faz-se uma breve exposição sobre regulamentos administrativos, a administração local, e os meios jurisdicionais previstos.

O **Capítulo II** fornece uma visão geral da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho.

O **Capítulo III** debruçar-se-á sobre a natureza da regulamentação prevista na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho.

No **Capítulo IV** analisaremos a possibilidade da utilização da figura da diretiva interna.

No **Capítulo V** estarão as notas conclusivas, designadamente se o ato administrativo de reconhecimento e proteção do estabelecimento comercial carece ou não da emissão prévia de um regulamento administrativo, por parte da autarquia local.

¹ Doravante poderá ser designada por Lei.

² Enquanto jurista na Divisão Municipal de Contencioso da Câmara Municipal do Porto.

CAPÍTULO I: OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

Todos sabemos que as autarquias locais – municípios e freguesias - dispõem de poder regulamentar próprio. Esta competência tem fonte constitucional - artigo 241.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)³ -, ao estipular que as autarquias locais dispõem poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.

O poder regulamentar próprio significa a competência das autarquias locais para aprovar os regulamentos que entendam necessários para disciplinar os mais variados aspetos da vida local, desde que essa regulação caiba no quadro das suas atribuições autárquicas⁴ e sempre em obediência: (i) aos princípios e normas da Constituição, (ii) as leis aplicáveis (princípio da legalidade) e (iii) aos regulamentos emanados do governo - n.º 1 do art.º 138.º do Código do Procedimento Administrativo⁵ (CPA) - e de autarquias de grau superior - n.º 2 do art.º 138.º, n.º 2 do CPA.

O Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL) atribui aos órgãos deliberativos das autarquias locais, a assembleia municipal – alínea g) do n.º 1 do art.º 25.º do RJAL e assembleia de freguesia – alínea f) do n.º 1 do art.º 9.º do RJAL- e das entidades intermunicipais – conselho metropolitano – alínea m) do n.º 1 do art.º 71.º do RJAL e conselho intermunicipal – alínea q) do n.º 1 do art.º 90.º do RJAL – a competência para a aprovação dos regulamentos externos.

A doutrina tem vindo a definir regulamento administrativo como quaisquer

³ A Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976, na redação que lhe foi dada pelas Leis Constitucionais n.º 1/82, de 30 de Setembro, 1/89, de 8 de Julho, 1/92, de 25 de Novembro, 1/97, de 20 de Setembro, 1/2001, de 12 de Dezembro, e 1/2004, de 24 de Julho, e 1/2005, de 12 de agosto.

⁴ Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL), aprovado em anexo à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, na sua atual redação, distribui os poderes de intervenção no procedimento regulamentar por diversos órgãos.

⁵ Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, na sua atual redação.

normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal “regulamentar” e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas, tais como as disposições normativas diretamente aplicáveis da União Europeia.

Quanto à produção dos seus efeitos/eficácia ou seja, quanto ao âmbito dos seus destinatários ou obrigados, os regulamentos podem classificar-se em regulamentos internos e regulamentos externos: **(i) regulamentos internos** dirigem-se a órgãos integrados na mesma pessoa coletiva pública do órgão autor do regulamento ou seja, são regulamentos que se limitam a disciplinar a organização ou funcionamento de uma pessoa coletiva ou de um órgão, na medida em que não tenham carácter relacional, nem envolvam dimensões pessoais, bem como os regulamentos operacionais que determinam autovinculações internas (incluindo diretrizes de órgãos superiores) na interpretação e aplicação das leis, designadamente no exercício de poderes discricionário e **(ii) os regulamentos externos** visam produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros (quer particulares quer outras entidades públicas), possuindo eficácia externa, ou seja, são regulamentos aplicáveis a quaisquer relações intersubjetivas (também às relações interadministrativas).

O CPA apenas considera sujeitos ao procedimento do regulamento administrativo nele previsto os regulamentos externos, definindo-os como as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos – art.º 135.º do CPA.

O CPA estabelece um prazo de 90 dias para emissão/aprovação de regulamento nos casos em que a adoção de um regulamento seja necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação, sempre que a lei não fixe expressamente um prazo diferente para o efeito - n.º 1 do art.º 137.º do CPA.

O CPA está aqui a considerar apenas e especificamente os regulamentos

executivos ou de execução da lei, [ou seja, os regulamentos] que são necessários à execução, ou pelo menos, à boa execução, das leis: organizam procedimentos, pormenorizam, interpretam ou integram lacunas (por analogia, no quadro da lei respetiva) de leis específicas. *São regulamentos que estabelecem condições para a aplicação prática de uma lei, regulando aspetos de pormenor, e dão resposta a questões técnicas que a lei deixou em aberto. Limitam-se, portanto, a extrair consequências de uma lei que os precede.*

Quanto aos demais regulamentos, a lei deixa aos órgãos competentes para (desencadear) o procedimento do regulamento a escolha, de acordo com o seu critério de oportunidade e conveniência, do momento que entenda adequado para tal.

Há porém que atentar que as sentenças de condenação à emissão de normas podem, elas próprias, fixar um prazo para aprovação do regulamento, prorrogável judicialmente – n.º 4 do art.º 95.º do Código do Processos nos Tribunais Administrativos (CPTA), para além da previsão de aplicação de sanção pecuniária compulsória – n.º 2 do art.º 169.º - que é aplicável a todos os membros do órgão ao qual caiba a iniciativa regulamentar – n.º 3 do art.º 169.º CPTA, como forma de prevenir a violação desse prazo.

Efetivamente a definição de uma situação jurídica que imponha *a emissão de “regulamento devido”*, constante do n.º 1 do art.º 137.º *é suficientemente ampla para nela caberem várias situações distintas. Na verdade, o regulamento será devido quando a adoção do mesmo seja “necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação”*. Deve, por conseguinte, excluir-se a possibilidade de ocorrência de uma omissão no caso de não ser editado um regulamento independente pese o facto de essa edição ser determinada por uma obrigação fixada por lei. O preceito é claro em referir-se à necessidade de dar exequibilidade ao ato legislativo em sede de regulamentação, realidade que apenas se aplica aos regulamentos de execução, tal como ocorre, aliás com o n.º 1 do art.º

77º do CPTA.⁶

Efetivamente nem sempre é fácil identificar as situações de omissão do dever de regulamentar. *Grosso modo*, temos as seguintes situações: (1) A lei prevê uma data para a emissão de regulamento executivo de normas que dele careçam e a Administração não observa o prazo; (2) A lei prevê a sua regulamentação, mas não estipula prazo pelo que é aplicável o prazo previsto no art.º 137.º do CPA, verificando-se posteriormente o incumprimento deste prazo pelo órgão competente para o exercício do poder regulamentar, e por último (3) a lei não prevê a emissão de regulamentação, mas da interpretação da lei, da sua densidade e linguagem o intérprete conclui que a sua exequibilidade é inviável sem que sejam emitidos critérios normativos densificadores constantes de uma indispensável regulamentação que não foi emitida.

CAPÍTULO II: A LEI N.º 42/2017, DE 14 DE JUNHO.

O novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, particularmente na sua redação decorrente das alterações introduzidas em 2012 e 2014, não prevê, infelizmente, nenhum regime que vise assegurar a proteção do comércio local tradicional quando este reveste características marcantes e traços identificadores da vivência histórica e cultural das cidades.

Foi neste quadro e na necessidade de existirem políticas públicas dirigidas ao apoio a estas atividades económicas, dinamizadoras dos centros urbanos, criadores de emprego e fontes de atração de investimento que no dia 14 de junho de 2017 foi publicada, em Diário da República, a Lei n.º 42/2017, que estabelece

⁶ Carlos Blanco de Morais, *Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no código de procedimento administrativo*.

um novo regime cujo objeto é o reconhecimento e proteção de estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local.

Estamos perante um novo enquadramento jurídico que visa inovatoriamente permitir a viabilização do funcionamento de lojas históricas nos centros urbanos, dadas as preocupações de natureza histórica e cultural que urgem face ao seu possível desaparecimento, contribuindo assim para a sua continuidade.

O âmbito de proteção da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, tanto abrange estabelecimentos, como entidades (ex: associações), desde que revestidas de valor histórico e cultural ou social local, integrando uma das categorias previstas: «Estabelecimentos de interesse histórico e cultural ou social local», comumente designados por “lojas históricas”, e «Entidades de interesse histórico e cultural ou social local».

O **reconhecimento** de interesse histórico e cultural ou social local de estabelecimentos ou de entidades é **concedido pelo município**, após um período de consulta pública, sendo válido por períodos sucessivos de, pelo menos, 4 anos, automaticamente renováveis.

No uso do novo conceito e metodologia iniciada pelo art.º 148.º do CPA⁷, também a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, utiliza um conjunto de conceitos operacionais como *loja histórica* ou *comércio tradicional*, que têm como finalidade conferir densidade conceptual à disciplina prescritiva.

No âmbito das competências – art.º 3.º da Lei – temos uma divisão daquilo que é a competência dos municípios – n.º 1 do art.º 3.º - e daquilo que é a competência do Estado – n.º 2 do art.º 3.º. Para o que aqui nos interessa é a competência dos Municípios, entre outras, no âmbito da gestão urbanística e preservação do património, **proceder ao inventário e ao reconhecimento** dos

⁷ Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.

estabelecimentos e das entidades de interesse histórico e cultural – alínea a) do n.º 2 do art.º 3.º, **assim como aprovar os regulamentos municipais pertinentes** – alínea c) do n.º 2 do art.º 3.º.

A Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, fixa **critérios gerais** a que deve obedecer os efeitos do reconhecimento de um estabelecimento ou de uma entidade como de interesse histórico e cultural ou social local – n.º 1 do art.º 4.º. Cada um desses critérios deve ser apreciado e avaliado em função dos elementos enumerados respetivamente nas alíneas que os compõem – número 2,3, e 4 do art.º 4.º. Os critérios, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º, são a **atividade** – alínea a) – o **património material** – alínea b) - e o **património imaterial** – alínea c), devendo cada um destes critérios ser apreciado e avaliado em função dos elementos enumerados, respetivamente, nas alíneas que compõem, os números 2, 3 e 4 do mesmo artigo. Da leitura do art.º 4.º, rapidamente concluímos que os critérios previstos estão configurados como **conceitos indeterminados**⁸ e **de carácter vago**.

A Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, é um exemplo de técnica legislativa claramente marcada pelo que se designa como textura aberta⁹ do ordenamento jurídico-administrativo, técnica na qual assumem relevância a incremental utilização, e relevância, dos princípios jurídicos face às regras, por um lado, e o crescente lançar mão de conceitos abertos, de cariz polissémico e indeterminado, nos quais vai implicado um também crescente reconhecimento às entidades

⁸ Os conceitos indeterminados *apresentam uma compreensão muito ampla*. A concretização do seu conteúdo fica assim na escolha do seu intérprete e aplicador. Tal não significa uma liberdade de escolha dado que a lei quando utiliza estes conceitos fornece critérios de interpretação dos quais o aplicador não se pode desviar. Nestes termos, e como bem afirma, **MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA** “Direito Administrativo”, Vol. I, Lisboa, 1980, pág. 246., o intérprete não dispõe de *qualquer margem de livre escolha, tendo antes que procurar conhecer a mens legis e atuar na sua conformidade: o sentido a adotar na interpretação é um único, pelo que a atividade interpretativa é algo de profundamente diferente – senão contrário – da discricionariedade*.

⁹ **PAULO OTERO**, Manual de Direito Administrativo, vol. I, Lisboa, 2013, p. 128,

administrativas e, por isso, às estruturas orgânicas que as compõem de uma maior latitude de ação e discricionariedade.

Tal como não podia deixar de ser tal terá efeitos no âmbito das reações no plano contencioso dado que o legislador, em homenagem à separação de poderes constitucionalmente consagrada¹⁰, remete à função jurisdicional a competência para sindicar aquelas vertentes ou aqueles aspetos da conduta dos órgãos administrativos que pressuponham ou, de algum modo, (co) envolvam a apreciação dos juízos próprios da função administrativa, ou seja os juízos, ponderações ou opções que manifestem ou, de algum modo, impliquem considerações de mérito, de conveniência ou de oportunidade.

Uma vez atribuído o reconhecimento, o estabelecimento é objeto de medidas de proteção, tais como: concessão de benefícios ou isenções fiscais aos proprietários, concessão de direito de preferência aos municípios e aos arrendatários, acesso a programas de apoio municipais e nacionais, entre outras.

CAPÍTULO III: A NATUREZA DA REGULAMENTAÇÃO PREVISTA NA LEI N.º 42/2017, DE 14 DE JUNHO.

O regulamento é uma decisão de um órgão da administração pública que, ao abrigo de uma norma de direito público, produz efeitos jurídicos em situações gerais e abstratas. Deste modo podemos dizer que são normas que emanam de autoridades competentes no exercício da função administrativa.

Como tal, podemos dizer que se trata de um ato unilateral, positivo e imaterial. É um ato de administração na medida em que o regulamento é emitido por um órgão administrativo. É um ato jurídico, na medida em que visa produzir efeitos jurídicos. É um ato de gestão pública, uma vez que emana de normas de

¹⁰ n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa: *os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.*

direito público. Consideram-se assim regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos. São, fundamentalmente, normas jurídicas, que se dirigem a uma pluralidade indeterminada de sujeitos e referem-se a todas as situações que podem enquadrar-se nas suas hipóteses¹¹.

A lei habilitante é fundamento do regulamento. A emissão de regulamentos depende sempre de lei habilitante. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou, no caso de regulamentos independentes, as leis que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão. As autarquias locais – municípios e freguesias - dispõem de poder regulamentar próprio. É quanto resulta do artigo 241.º da Constituição da República, ao dizer que as autarquias locais dispõem poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar.

Na sequência da repartição de competências entre os municípios e o Estado, os artigos 3.º e 5.º da Lei, dando corpo, no plano intersistemático, à competência genericamente prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, **deferre aos municípios a faculdade de emissão de normaçaõ regulamentar, por via da concatenaçaõ atuante da câmara municipal - órgão propulsivo - e assembleia municipal - órgão deliberativo**. Determina-se assim que **competete à câmara municipal** a classificação de um estabelecimento comercial ou de uma entidade sem fins lucrativos.

Estamos perante um mecanismo idêntico ao previsto no RJAL a competência para a emissão de regulamentos externos assenta na articulação - interorgânica - entre a câmara e a assembleia municipal, por via da qual assiste àquela a iniciativa de desencadear, mediante proposta, o procedimento e a esta a atuação constitutiva propriamente dita, por via da deliberação dita -

¹¹ Artigo 135.º do CPA.

impropriamente – de aprovação do regulamento, conforme previsto respetivamente, nos artigos 33.º, n.º 1, alínea k) e 25.º, n.º 1, alínea g) do RJAL.

A doutrina define regulamento administrativo como quaisquer normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infralegal (“regulamentar”) e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas (designadamente, das disposições normativas diretamente aplicáveis da União Europeia)¹².

Quanto à projeção dos seus efeitos (eficácia) ou seja, quanto ao âmbito dos seus destinatários ou obrigados, os regulamentos podem classificar-se em **regulamentos internos e regulamentos externos**. Os **regulamentos internos** *dirigem-se a órgãos integrados na mesma pessoa coletiva pública do órgão-autor do regulamento ou seja, são regulamentos que se limitam a disciplinar a organização ou funcionamento de uma pessoa coletiva ou de um órgão, na medida em que não tenham carácter relacional, nem envolvam dimensões pessoais, bem como os regulamentos operacionais que determinam autovinculações internas (incluindo diretrizes de órgãos superiores) na interpretação e aplicação das leis, designadamente no exercício de poderes discricionários*. Os **regulamentos externos**, visam produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros (quer particulares quer outras entidades públicas), possuindo eficácia externa, ou seja, são regulamentos aplicáveis a quaisquer relações intersubjetivas (também às relações interadministrativas). Nota para o facto do Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, apenas considerar sujeitos ao procedimento do regulamento administrativo nele previsto os **regulamentos externos**, definindo-os como as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos - art.º 135.º CPA. Assim a existir uma regulamentação prevista na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, esta terá, sem sombra de dúvida,

¹² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Lições de Direito Administrativo, 5ª edição, 2017, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra.

natureza externa, dado que é suscetível de produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, devendo assim cumprir o procedimento administrativo¹³ de aprovação previsto no CPA – artigos 97.º a 101.º.

Os **regulamentos complementares ou de execução** consubstanciam uma tarefa de pormenorização, de detalhe e de complemento do comando legislativo, dando o desenvolvimento, operado por via administrativa, da previsão legislativa, tornando possível a aplicação do comando primário às situações concretas. Os regulamentos complementares ou de execução podem, por sua vez, ser *espontâneos ou devidos*¹⁴. No primeiro caso, a lei nada diz quanto à necessidade da sua concretização. Em qualquer caso, se a Administração o entender adequado e para tanto dispuser de competência, poderá editar um regulamento de execução. No segundo, é a própria lei que impõe à Administração a tarefa de desenvolver a previsão do comando legislativo.

Importa saber então, num primeiro momento, se existe a obrigação de regulamentar ou dito de outro modo, se existe uma obrigação de regulamentar ou uma faculdade de o fazer. Importa saber em concreto, se existe a obrigação, ou seja, o dever de emitir o regulamento, ou se, quanto a este ponto (existência da obrigação) se verifica, não uma vinculação, mas uma situação de discricionariedade. *O dever de emitir o regulamento pode decorrer expressamente da lei ou pode decorrer “do facto de esta não poder pura e simplesmente ser executada sem um regulamento que densifique o seu conteúdo, que o concretize, desenvolva ou pormenoriza”¹⁵.*

¹³ Uma fase preparatória, uma fase constitutiva e uma fase integrativa de eficácia.

¹⁴ FREITAS DO AMARAL, Curso, II, pág. 159, fala em “regulamentos complementares ou de execução”, para designar uma categoria de regulamentos onde tem sentido a distinção entre “espontâneos ou devidos”, ou seja, poderíamos dizer, entre discricionários ou devidos.

¹⁵ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, CPTA anotado, I, Coimbra, 2017, anotação ao art.º 77º do CPTA.

Outro aspeto também a ter em conta é como qualificamos a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho: **é uma lei auto exequível ou uma lei não auto exequível**^{16 17}.

No que a Lei, aqui em análise diz respeito, *prima facie*, o legislador não parece ter querido impor como **obrigatória ou imperativa** a aprovação de regulamentos, a que se reporta o artigo 5.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho. Aponta nesse sentido, desde logo, o elemento literal, corporizado na utilização, no corpo do artigo, da forma verbal “**podem**”. Uma tal formulação semântica indicia um intuito regulatório de **índole meramente permissiva**, habilitadora, não se perfilando, pois, o enquadramento em análise como consubstanciando ou carreando uma norma percetiva que, consabidamente, pode ter um conteúdo impositivo ou proibitivo.

Sem embargo, parece-nos, em qualquer caso, dever alertar-se para o seguinte: se parece, objetivamente, plausível a conclusão de um intuito regulatório de natureza meramente permissiva, também se afigura totalmente descabido entender-se que a não imperatividade fundada pela letra da lei pode, em certos termos, dar origem ou, em qualquer caso, implicar ou envolver **uma obrigatoriedade de tipo reflexo, mediato ou indireto**.

O artigo 5.º da Lei prescreve, por um lado, na alínea a), que o regulamento municipal conterà, nomeadamente, a densificação dos critérios gerais para o reconhecimento e, na alínea b), que o conteúdo daquele regulamento poderá ainda definir os critérios especiais que o município entenda necessários para atender a concretas circunstâncias ou particularidades que, no seu âmago, se

¹⁶ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar, pág. 199.

¹⁷ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, ob. cit. pág. 201, que “existe omissão regulamentar ilegal, ou seja, dever de aprovar um regulamento (independentemente do seu conteúdo poder ser discricionário) quando exista uma lei total ou parcialmente não auto exequível, ou seja, quando a lei careça de um regulamento para poder ser executada ou complementada, sob pena de – a ser de outro modo – caber à Administração um “fático poder de veto sobre decisões legislativas”. Quando a própria lei – expressamente – impõe à Administração a “tarefa de desenvolver a previsão do comando legislativo” (Freitas do Amaral, ob. cit. pág. 160) estamos perante um regulamento complementar ou de execução “devido”.

constituirão enquanto abertura normativa à valoração e/ou tomada em consideração que é o correspondente simétrico da variabilidade, da mutabilidade e do polimorfismo que caracterizam o devir e, desde logo, do casuísmo fáctico-material que é seu intrínseco apanágio. Como se verificou, quando se falou do n.º 1 do artigo 4.º da Lei, os “critérios gerais” são, na prática, o fundamento do reconhecimento. É evidente que o legislador, se, por um lado, concebe a aprovação do regulamento como uma prerrogativa e não como um dever, também prescreveu que quer a densificação dos critérios gerais – densificação que implicará sempre, em qualquer caso, especificar, concretizar, decompor ou detalhar os contornos dos critérios gerais da **“atividade”, do “património material” ou do “património imaterial”** que estão na base do reconhecimento – quer a própria instituição ou estabelecimento de “critérios especiais”, isto é, a enunciação de outros substratos que justificam ou, noutros termos, **que venha a considerar-se carentes de reconhecimento poderá entender-se que terá de ser feita – por via regulamentar, como forma de autovinculação.** Se a quanto procede aditarmos que a própria definição dos critérios de ponderação, a que se reporta a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, se deverá conter também no regulamento torna-se, outrossim, evidente a finalidade última da norma do artigo 5.º, a nosso ver; a finalidade ou, se se quiser, o objetivo prosseguido pelo legislador ao prescrever que os municípios “podem” aprovar o regulamento a que a norma se reporta, implica, na prática, **que os municípios o deverão fazer, sempre que pretendam instituir quaisquer dos parâmetros ou critérios a que o artigo 5.º se reporta, consubstanciando-se o regulamento, portanto, nessa medida, como um instrumento ou mecanismo limitador da discricionariedade que vimos ser inerente aos “elementos” de ponderação vertidos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 4.º.**

O regulamento a que se reporta o art.º 5.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho de 2017 é, patentemente, assim, um regulamento apenas mediatamente operativo, que poder-se-á defender que terá uma natureza de *execução devida*

quando os municípios pretendam densificar os critérios gerais e ou definir critérios especiais e de ponderação.

Paralelamente fazemos agora um parêntese para abordarmos o artigo 77.º do CPTA. A essência desta norma está na ideia de censurar a Administração por não ter emitido normas a que estava obrigada. Mas que situações são estas? Podemos adiantar claramente duas: são elas, em primeiro lugar, a existência de uma imposição expressa de regulamentação contida na própria lei e, em segundo lugar, a impossibilidade de execução de uma lei sem a emanção de um Regulamento. A primeira situação é a própria lei que impõe a Administração a emissão de um regulamento e que execute alguns aspetos do seu regime. Ou seja, neste caso a lei a lei prescreve que só entrará em vigor quando essa regulamentação for emanada ou a lei contém por si só normas que são exequíveis que entram imediatamente em vigor, remetendo, todavia, alguns dos seus aspetos para regulamentação a emanar.

Na segunda situação, a lei entra imediatamente em vigor, mas a lei não prevê nada quanto a matérias que requerem regulamentação¹⁸. Aqui temos o problema das chamadas habilitações legais implícitas (emissão de regulamentos sem autorização legal, mas estes mostram-se necessários, imprescindíveis e convenientes para a aplicação prática da lei).

A omissão pode ainda advir da declaração de ilegalidade de uma norma criar um vazio regulamentar e não exista norma anterior para repristinar.

Assim, caberá sempre em primeiro lugar, averiguar se o regulamento é devido ou não. O que no caso da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, não é suficientemente claro.

¹⁸ Existem também as situações em que a lei contém os dispositivos necessários à sua execução, mas a regulamentação de alguns aspetos traria vantagens, seria mais conveniente. Sobre destas situações, vide: LEMOS PINTO, Mário Jorge, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão*, Almedina, 2009, p.247

Hipoteticamente, caso um particular recorre-se a via judicial com um pedido de declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares, tal dependeria do preenchimento dos seguintes pressupostos¹⁹: que a omissão legal seja relativa à falta de emissão de normas cuja adoção possa considerar-se, sem margem de dúvidas, como uma exigência da lei. Ora na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, não resulta como já vimos que a emissão de regulamento seja claramente imposta. Parece este requisito apontar para a necessidade de estarmos perante regulamentos de execução devidos, excluindo-se assim regulamentos independentes, cf. n.º 7 do art.º 112.º da CRP. Não obstante, tal não é a posição de **SALGADO MATOS**, que admite o dever de emissão de regulamento se possa reconduzir à elaboração de um regulamento independente²⁰. O segundo requisito é que a lei careça de regulamentação para ser exequível. Vimos já que a Lei é exequível pois ela fixa critérios de atribuição do reconhecimento, fazendo inclusivamente uma concretização dos mesmos, prevendo inclusivamente competências, prazos e efeitos daquele.

O último requisito diz-nos que a obrigação de regulamentar tem de se tornar exigível, por ter decorrido o prazo para efetuar a regulamentação. No nosso caso a Lei não fixa qualquer prazo, o que leva a aplicação do prazo geral de 90 dias do n.º 1 do art.º 137.º do CPA.

Por fim, quanto a norma do art.º 77.º do CPTA, cremos que tal como **MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA /RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA**, é necessário verificar se a Lei não deixou a Administração a escolha da oportunidade para dar execução ao diploma legislativo. O que nos parece suceder na nossa Lei, ou seja o artigo 5.º ao prever a emissão de regulamentos municipais e utilizando o elemento gramatical *podem*, deixa aos municípios a faculdade de decidir, não apenas sobre o *quando*, mas também sobre o *na*, de modo a escolher de que forma querem ou não densificar os critérios do reconhecimento (porque a

¹⁹ Acórdão do STA, de 30 de janeiro de 2007, Processo n.º 310/06.

²⁰ **SALGADO MATOS**, Princípio da legalidade e omissão regulamentar, pág. 200.

lei já é exequível) e querendo-o se devem ou não fazê-lo por forma regulamentar, não competindo ao Juiz administrativo, nesse caso syndicar o critério a adotar pelo município.

CAPÍTULO IV: A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA FIGURA DA DIRETIVA INTERNA?

Partindo do pressuposto que a regulamentação prevista na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, é como vimos, uma prerrogativa e não um dever, poder-se-á levantar a questão de o reconhecimento ser atribuído, com base uma diretiva²¹ interna da autarquia local que vise densificar os **critérios do art.º 4.º**. Vejamos.

Sem prejuízo dos critérios e ponderações legais foi concedida aos municípios competência regulamentar para **querendo**, entre outros, aprovar normas que densifiquem os critérios do art.º 4.º e ou definir critérios de ponderação distintos. Tendo o legislador, como já vimos utilizado conceitos indeterminados, está assim aberto o caminho para **o espaço de criação-concretização jurídica da administração** podendo esta, assente que está legalmente a sua discricionariedade administrativa, autovincular-se, prescrevendo alguns parâmetros de atuação, sendo aliás tal atuação aconselhável do ponto de vista do respeito pelos princípios da igualdade e da segurança jurídica²². Tal só seria inadmissível quando a própria diretiva interna vedasse qualquer juízo de ponderação fazendo precluir a discricionariedade administrativa.

O n.º 5 do art.º 112.º da CRP não exclui a possibilidade da Administração efetuar uma interpretação da Lei n.º 42/2016, de 14 de junho, mas antes proíbe uma interpretação e/ou integração autêntica de atos não legislativos²³. Consegue-

²¹ Criação jurisprudencial veja-se Mockle, Daniel – Recherche ..., pág. 385-386.

²² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, Nota de rodapé p.38, Estudos sobre Regulamentos Administrativos.

²³ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, Nota de rodapé p.37, Estudos sobre Regulamentos Administrativos: *Nestes precisos termos, Constituição da República Portuguesa Anotada, 1993, p.511*

se assim compatibilizar as vantagens da admissão da autovinculação através de regras gerais e abstratas com a imposição de uma análise de todo o caso concreto, o que não deixa qualquer lugar à arbitrariedade, que está vedada, e esclarece a forma de atuação, vinculando-se a administração a um conjunto de regras que seguirá nestes casos.

Assim a diretiva não dispensa a análise de todos os aspetos do caso, mesmo os que não digam respeito aos pressupostos na norma. **A deliberação/diretiva não é um regulamento.** Ao contrário do regulamento a diretiva admite a possibilidade de não ser aplicada a um caso concreto (a possibilidade de ser derogada) se as particularidades do mesmo o exigirem. A noção de diretiva não está prevista na lei, sendo que o seu regime e especificidades estão entre o poder discricionário e a autovinculação. A intenção da Administração ao autovincular-se no âmbito de poderes discricionários é, muito simplesmente, a de criar uma norma geral e abstrata – um regulamento. Essa prática pode ser ilegal, **por violar a obrigatoriedade de ponderação dos circunstancialismos do caso concreto.**

Na linha do pensamento dos Professores **MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS** a discricionariedade “(...) consiste numa liberdade conferida por lei à administração para que esta escolha entre várias alternativas de atuação juridicamente admissíveis” (p.180). A definição de discricionariedade não é unânime na doutrina, nem as suas modalidades.

A discricionariedade permite uma adaptação justa, conveniente e flexível em relação aos casos concretos e às decisões dos órgãos do Governo e da Administração. Ou seja, a lei faz uma previsão, mas deixa à discricionariedade do órgão administrativo como é que este a vai concretizar e determinar os efeitos jurídicos. Alguns autores alemães, tal como Hans J. Wolff, definem a “discricionariedade” como uma discricionariedade de atuação volitiva ou

Jorge Miranda/Rui Medeiros, (...) admitem igualmente que a Administração, através de instruções genéricas ou atos análogos, proceda à interpretação e integração com eficácia interna de atos legislativos.

discricionariedade de conduta, pois também se pode tratar de uma omissão. **A discricionariedade não é uma liberdade, mas sim um poder-dever jurídico conferido ao órgão competente pela lei.**

Para **FREITAS DO AMARAL** a discricionariedade da administração não constitui uma exceção, mas sim uma afirmação do princípio da legalidade porque no exercício do poder discricionário, a administração pública pode praticar o ato que a lei tenha autorizado o órgão administrativo a praticar que melhor se adequa à prossecução do fim da lei. O poder discricionário constitui um modo especial de configuração da legalidade administrativa. Nos poderes discricionários há sempre dois elementos vinculativos por lei: a competência e o fim. A margem de livre decisão não é um espaço total de liberdade de atuação da Administração. Essa margem de liberdade só existe na medida em que seja concedida pelo bloco de legalidade e que não ultrapasse os limites impostos pelo mesmo. Os limites da margem de livre decisão também resultam de uma imposição constitucional de uma tutela jurisdicional dos particulares perante a administração. Há uma tensão entre a ausência de controlo jurisdicional e a necessidade de tutela das posições jurídicas subjetivas dos particulares. Estes limites são de dois tipos: as vinculações legais, que são determinadas pelas normas que conferem a margem de livre decisão e os limites imanentes da margem de livre decisão, que emanam das normas que incidem sobre todo o exercício da margem de livre decisão.

Quando os órgãos da administração não respeitam os limites da discricionariedade pode dar origem aos vícios de discricionariedade, que são controlados pelos tribunais administrativos²⁴. Os vícios da discricionariedade dão-se quando o exercício da administração está em desacordo com o sentido da lei que atribui o poder discricionário. Pode haver excesso de discricionariedade

²⁴ A redução a zero da margem de livre decisão está patente no n.º 2 do art.º 71.º do CPTA: *“Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido.”*

(quando se ultrapassa os limites legais da discricionariedade) ou desvio de poder (quando o uso da discricionariedade não corresponde aos fins da autorização).

A discricionariedade da Administração pública relaciona-se ainda com o princípio da prossecução do interesse público.²⁵

Voltando à nossa Lei, poderiam as Câmaras Municipais perante este quadro normativo aprovar uma **diretiva de auto vinculação dos poderes discricionários**, que visaria integrar e interpretar a lei, não correndo o risco de violar as normas contidas nos artigos 135.º e n.º 1 do art.º 143.º, ambos do CPA. A diretiva é uma regra geral que contrariamente ao regulamento, não dispensaria a autarquia de analisar todos os circunstancialismos do caso concreto e interesses a ele subjacentes. Ou seja, podemos concluir que a densificação de critérios gerais, critérios especiais que tenham em conta as especificidades locais e as medidas de proteção a adotar pelo município e a **definição de critérios de ponderação dos vários elementos em presença pode ser elaborada sobre outras formas, que não o regulamento**. É o próprio art.º 5.º da Lei que o permite: Os *municípios podem, através de regulamento municipal a aprovar pela assembleia municipal (...)*. Note-se ainda que a lei habilitante para a elaboração da deliberação não deixou de ser a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, em cumprimento do n.º 4 do art.º 136.º do CPA. Acresce ainda a competência para o reconhecimento assim como para a sua revogação seria da Câmara Municipal – art.º 6.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho - órgão que aprovaria igualmente a deliberação.

Não obstante, ainda que se lhe reconheça eventual natureza regulamentar esta terá sempre, **uma eficácia interna enquanto diretiva de autovinculação que visou interpretar e integrar a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho**, para além de estar sujeita a um regime de carácter não automático da diretiva – obrigação de exame caso a caso – e a possibilidade de derrogação. *Para que se possa respeitar a norma atribuidora do poder discricionário, é necessário que a Administração possa*

²⁵ PAULO OTERO, Manual de direito administrativo, vol. I, editora Almedina, 2014, pág. 368

ponderar os vários interesses em jogo e, após fazê-lo, definir os critérios de decisão. Portanto, a diretiva não poderá fugir a isso. Deverá ser mantida a possibilidade de o órgão decisório modificar os critérios de decisão, se os interesses subjacentes a uma situação a isso aconselharem. Sendo que a existir a possibilidade de modificação dos critérios teria de ser respeitado o Princípio da Imparcialidade²⁶.

CAPÍTULO IV: NOTAS CONCLUSIVAS

Posto isto, pretendeu o legislador, no âmbito da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, intencionalmente conceder as autarquias locais a prerrogativa de, caso assim o entendem, aprovarem regulamentos municipais ou outros instrumentos, em respeito, quem sabe, pelo seu poder autónomo de regulamentação, emanado da Lei das Autarquias locais e da CRP. Ou antes, pelo contrário, impôs o dever de regulamentar como forma de autovincular a autarquia a uma concreta densificação dos critérios que pretendesse fazer?

Vejamos.

A Lei veio atribuir às Câmara Municipais a competência para reconhecer os estabelecimentos ou entidades como de interesse histórico e cultural ou social local. Não atribuiu esta competência sem, contudo, prever os critérios a que deve obedecer tal reconhecimento, dedicando no seu art.º 4.º uma explanação, mais ao menos exaustiva, desses mesmos critérios. No seu artigo 5.º a Lei prevê que as assembleias municipais, sob proposta da Câmara Municipal **possam** aprovar regulamentos para densificar os critérios do art.º 4.º, prever critérios especiais e definir critérios de ponderação distintos do art.º 4.º. Nos capítulos anteriores vimos que o dever de regulamentar adviria como um instrumento ou mecanismo

²⁶ Nota de rodapé, 46, **JOÃO TIAGO SILVEIRA**, Diretivas de autovinculação em poderes discionários: *que obriga a Administração a fazer uma adequada ponderação dos vários interesses em jogo* – Correia, Fernando Alves – *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, 1989, pág. 448-450; Correia, Sérvulo – *Legalidade ...*, pág. 174-176, 482 e 499; Correia, Sérvulo – *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, vol. I, Ed. Danúbio, 1982, pág. 253- 254.

limitador da discricionariedade que vimos ser inerente aos “elementos” de ponderação vertidos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 4.º da Lei. De reforçar que nos regulamentos de execução devidos o grau de inovação tem de ser mínimo, em contraponto com o grau máximo presente nos regulamentos independentes.

A dúvida é se esse mecanismo limitador da discricionariedade poderá também ser uma diretiva interna, ainda que eventualmente tenha natureza regulamentar. Ou seja, é possível a autovinculação no âmbito de um poder discricionário através de uma regra geral e abstrata?

A atribuição de um poder discricionário envolve a obrigatoriedade de avaliação das especificidades do caso concreto e dos interesses a ele subjacentes. Ou seja, uma qualquer norma emanada da Câmara Municipal não pode violar esta regra. Não pode, com aquela norma, haver lugar a uma redução da análise de todos os aspetos que o órgão está obrigado a analisar. A Câmara Municipal não pode elaborar regras gerais e abstratas (que são verdadeiros regulamentos) sem a lei lhe atribuir competência para tal. E como vimos o art.º 5.º da Lei, atribui essa competência – mas como uma prerrogativa e não como dever.

A possibilidade de criação do regulamento, previsto no art.º 5.º, uma regra geral e abstrata - que venha definir os termos do exercício futuro do poder discricionário comporta numerosas vantagens, nomeadamente, restringe a possibilidade de a atuação da Câmara Municipal se vir a revelar discriminatória. Não se pode negar à Câmara Municipal, órgão detentor do poder discricionário, a possibilidade de ele definir os termos segundo os quais exercerá o seu poder, ainda que a própria Lei estabeleça critérios, que poderão ser ou não densificados.

Teremos, portanto, de encontrar uma forma da Câmara Municipal se autovincular sem que isso lhe dê a possibilidade de deixar de avaliar o caso concreto no seu todo, e sem que o faça por via do regulamento. A resposta encontra-se na **figura diretiva**. E porquê?

A diretiva é uma regra geral e abstrata, elaborada pelo detentor do poder discricionário, que ao contrário do regulamento, não o dispensa de analisar todos os circunstancialismos do caso concreto e interesses subjacentes. A diretiva permite compatibilizar as vantagens da admissão da autovinculação através de regras gerais e abstratas com a imposição de uma análise de todo o caso concreto. A diretiva não é um regulamento. Ao contrário deste, admite a possibilidade de não ser aplicada a um caso concreto (a possibilidade de ser derogada) se as particularidades dele assim o exigirem.

Concluimos, portanto, que não existe na Lei n.º 42/2017, de 14 de junho um dever de regulamentar, ou seja, de aprovação de um regulamento de execução devido, por parte da autarquia local.

BIBLIOGRAFIA:

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA “*Direito Administrativo*”, Vol. I, Lisboa, 1980

PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 2013, p. 128.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, 2017.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *CPTA anotado*, I, Coimbra, 2015.

ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar*.

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre Regulamentos Administrativos*.

JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Diretivas de autovinculação em poderes discricionários*.

LEMOS PINTO, Mário Jorge, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão*, Almedina, 2009, pág. 247

Data  **enia**
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 9 • N.º 12 • janeiro 2021

