

# RLJ

## Revista de Legislação e de Jurisprudência

### Secção de doutrina

Metódica Multinível: *"Spill-over effects"*  
e *Interpretação conforme o direito da União Europeia*  
*José Joaquim Gomes Canotilho / Suzana Tavares da Silva*

Risco e Direito do Urbanismo  
*Fernando Alves Correia*

O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado  
*(Babel ou esperanto universal?)*  
*José de Faria Costa*

### Secção de jurisprudência

A duração das férias: 25 + 3  
*João Leal Amado*



Coimbra Editora

Ano 138.º

N.º 3955

Março-Abril 2009

# Revista de Legislação e de Jurisprudência

## Antigos Directores

Manuel Chaves e Castro (*Fundador*)  
 Guilherme Moreira  
 José Alberto dos Reis  
 Fernando A. Pires de Lima  
 J. J. Teixeira Ribeiro  
 João de Matos Antunes Varela

## Director e Compropietário

Manuel Henrique Mesquita

## Redactores e Compropietários

(Professores da Faculdade de Direito de Coimbra)

Rogério Guilherme Ehrhardt Soares  
 Francisco Manuel Pereira Coelho  
 António Castanheira Neves  
 Jorge de Figueiredo Dias  
 Mário Júlio de Almeida Costa  
 Rui Nogueira Lobo de Alarcão e Silva  
 José Joaquim Gomes Canotilho  
 Guilherme Freire Falcão de Oliveira  
 Manuel Carlos Lopes Porto  
 Jorge Ferreira Sinde Monteiro  
 António Joaquim de Matos Pinto Monteiro  
 Manuel da Costa Andrade  
 Fernando Alves Correia

Rui Manuel Gens de Moura Ramos  
 João Calvão da Silva  
 José Carlos Vieira de Andrade  
 José Francisco de Faria Costa  
 Vital Martins Moreira  
 José Casalta Nabais  
 João Carlos da Conceição Leal Amado

## Comissão de Redacção

Manuel Henrique Mesquita  
 António Joaquim de Matos Pinto Monteiro  
 José Carlos Vieira de Andrade  
 José Francisco de Faria Costa

---

## Sumário

---

### Secção de doutrina

- Metódica Multinível: *"Spill-over effects"* e *Interpretação conforme o direito da União Europeia*. — JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / SUZANA TAVARES DA SILVA..... 182
- Risco e Direito do Urbanismo. — FERNANDO ALVES CORREIA..... 199
- O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*). — JOSÉ DE FARIA COSTA..... 218

### Secção de jurisprudência

- S.T.J., Acórdão de 20 de Maio de 2009 (*A duração das férias: 25+3*) — JOÃO LEAL AMADO..... 228



Coimbra Editora

---

## Secção de doutrina

---

### Metódica Multinível: “*Spill-over effects*” e *Interpretação conforme* o direito da União Europeia

#### I — O problema concreto e considerações metodológicas preliminares

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007, de 3 de Julho, que aprova o Quadro de Referência Estratégico Nacional 2007-2013 (QREN) prevê, no Anexo V, excepções à regra geral de elegibilidade territorial, para dar guarida a despesas em função da localização e quantificação dos efeitos de difusão (*spill-over effects*). Num anterior trabalho, publicado nesta revista, o Doutor Manuel Lopes Porto escalpelizou já alguns dos problemas colocados pelas cláusulas excepcionais acabadas de referir. Propomo-nos acrescentar algumas achegas à discussão, colocando o acento tónico nas questões jurídico-metodológicas suscitadas pela *produção multinível do direito*. Para esse efeito dividiremos o trabalho em duas partes.

Na primeira, procederemos à análise dos princípios e regras do direito do Tratado e do direito europeu derivado que disciplinam a política de coesão, bem como ao enquadramento dogmático do modo de produção multinível do direito. Na segunda parte, cuidaremos da avaliação da conformidade jurídica das normas que estabelecem a excepção à regra da elegibilidade territorial da despesa, bem como de ajuizar da competência dos tribunais nacionais para a aplicação das regras do direito europeu, esclarecendo o sentido e o alcance que a regra da primazia ou da preferência da aplicação alcança no caso concreto.

Antes, porém, de analisarmos com pormenor o problema da conformidade com o direito da União Europeia das cláusulas/normas excepcionais previstas no Anexo V do QREN, torna-se necessária uma incontornável suspensão reflexiva em torno das questões metodológicas aqui subjacentes.

A primeira questão é a de saber se existe uma *metodologia específica* a nível do direito da União Europeia (1). Mais precisamente, pergunta-se se a interpretação e aplicação do direito primário obedece às mesmas regras metodológicas da interpretação e aplicação do direito secundário, e se estes direitos exigem, conjuntamente considerados, uma “doutrina metodológica” comum. A resposta carece de uma aproximação cuidadosa que tenha, desde logo, em conta as especificidades do direito primário e do direito secundário. O direito primário — o “direito dos tratados” constitutivos — convoca diferentes instrumentos hermenêuticos, desde os princípios de interpretação desenvolvidos no direito internacional até aos princípios de interpretação e aplicação desenvolvidos para a aplicação do direito interno, passando pelos esquemas metódicos especificamente decantados a nível europeu (2).

Mesmo a nível do direito primário europeu, colocou-se a questão de saber se a diferente natureza do “direito da União” e do “direito comunitário” não implicará, por sua vez, o manejo de métodos diferentes, tendo em conta que um Tratado sobre os princípios (como agora se estrutura, na nomenclatura do Tratado de Lisboa, o *Tratado da União Europeia*) pode transportar normas diferentes das de um *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (na terminologia do Tratado de Lisboa) (3).

De qualquer modo, e isso é o que particularmente nos interessa, parece não haver dúvidas quanto à diferente natureza jurídica (pelo menos a nível normativo-estrutural) entre o direito primário e o direito secundário da União Europeia. O anteriormente chamado “direito comunitário do primeiro pilar” evo-

---

(1) Cf. K. RIESENHUBER (Org.), *Europäische Methodenlehre Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, Berlin, 2006, pp. 1 ss.

(2) Cf. M. PECHSTEIN / C. DRECHSLER, «Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts», in K. RIESENHUBER (Org.), *Europäische Methodenlehre*, cit., pp. 91 ss.

(3) Vide as considerações de M. PECHSTEIN / C. DRECHSLER, «Die Auslegung...», p. 92, sobre a distinção entre “direito da União” e “direito comunitário”.

luiu para uma ordem jurídica supranacional, de natureza *sui generis*. A aplicabilidade directa e a preferência de aplicação das normas do direito secundário constituem os elementos centrais de uma ordem jurídica <sup>(4)</sup> progressivamente dotada de princípios jurídicos autónomos.

No plano estritamente metodológico, cedo se recortou (por obra sobretudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia) a especificidade da *interpretação conforme o direito comunitário*. Talvez seja mais rigoroso falar de “várias interpretações” conforme o direito comunitário: o princípio da interpretação do direito secundário conforme com o direito primário, o princípio da interpretação do direito nacional conforme com o direito comunitário e o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com as directivas <sup>(5)</sup>.

O princípio da interpretação conforme o direito comunitário tem uma função semelhante ao princípio da interpretação conforme a Constituição, que é a de assegurar a prevalência das normas hierarquicamente superiores <sup>(6)</sup>. No que diz especificamente respeito à interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União Europeia pretende-se, diferentemente do que acontece com a interpretação conforme a Constituição, assegurar a aplicabilidade directa do direito da União, fazendo apelo à prevalência de aplicação deste direito (e não à prevalência em termos de hierarquia normativa e consequente validade ou invalidade das normas inferiores). Mas, como vai verificar-se nos desenvolvimentos seguintes, o princípio da interpretação em conformidade com o direito europeu pode convocar simultaneamente: (1) o princípio da interpretação conforme o direito primário, no caso concreto, os arts. 158.º do TCE (futuro art. 174.º, segundo o Tratado de Lisboa), 159.º (futuro 175.º), 160.º, 161.º e 162.º (futuros arts. 176.º, 177.º e 178.º)

relativos à política europeia de coesão; (2) o princípio da interpretação conforme o direito secundário, designadamente o Regulamento (CE) n.º 1083/2006, do Conselho, de 11 de Agosto de 2006, definidor da disciplina normativa dos Fundos Europeus, e o Regulamento (CE) n.º 1059/2003, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Maio de 2006, relativo à Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS). A problemática da interpretação conforme o direito comunitário assume uma dimensão central, pois as regras do Anexo V, negociadas pelo Estado português com a Comissão Europeia, parecem representar um exemplo paradigmático da *interpretação em desconformidade* com o direito primário e com o direito secundário, com a agravante de no “banco dos réus” estarem simultaneamente as autoridades da União (Conselho) e as autoridades portuguesas (Governo). Vejamos, pois, os termos do problema, podendo desde já adiantar-se que o cerne da questão não se reconduz apenas a um problema de interpretação conforme, implicando também a utilização desta interpretação como instrumento de *controlo* da compatibilidade de uma norma com o direito comunitário. Daqui decorre também a incontornável tarefa de saber *quem e o que é* que se controla no caso de a interpretação conforme o direito comunitário revelar a impossibilidade de salvação das normas incompatíveis com o direito europeu. Esta a justificação da última parte do trabalho, dedicada ao problema da impugnação das normas do Anexo V do QREN 2007-2013 perante os tribunais administrativos nacionais.

## II — A política europeia da coesão no contexto da produção multinível do direito

### A) Enquadramento normativo europeu da política de coesão

#### 1. A política europeia da coesão no Tratado

O art. 158.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) estabelece que a Comunidade, a fim de promover um desenvolvimento

<sup>(4)</sup> Cf. M. PECHSTEIN / C. DRECHSLER, «Die Auslegung...», *cit.*, p. 93.

<sup>(5)</sup> Veja-se esta sistematização em CLEMENS HÖPFNER, *Die systemkonforme Auslegung*, Tübingen, 2008, p. 216 ss.

<sup>(6)</sup> Cf. SIEBLE / DOMRÖSE, «Die primärrechtskonforme Auslegung», in K. RIESENHUBER (Org.), *Europäische Methodenlehre*, *cit.*, pp. 116 ss.

harmonioso do conjunto da mesma, desenvolverá e prosseguirá a sua acção no sentido de reforçar a respectiva *coesão económica e social*, procurando, em especial, reduzir a disparidade entre os níveis de desenvolvimento das diversas regiões e das ilhas menos favorecidas, incluindo zonas rurais. Na redacção introduzida pelo Tratado de Lisboa, correspondente ao futuro art. 174.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), acrescenta-se a *territorialidade* como elemento referencial da política de coesão, a par das componentes económica e social (7). Este reforço é também sublinhado pela ênfase do conceito de *regiões menos favorecidas*, que na futura redacção do artigo do Tratado passa a contar com uma designação mais específica, ao estabelecer-se que a União deverá consagrar especial atenção às zonas rurais, às zonas afectadas pela transição industrial e às regiões com limitações naturais ou demográficas graves e permanentes, tais como as regiões mais setentrionais com densidade populacional muito baixa e as regiões insulares e de montanha.

Por aqui se percebe que a União Europeia consagra uma política de coesão assente nas tradicionais dimensões económica e social, mas que hoje presta especial atenção à dimensão da *coesão territorial*. O mesmo é dizer que a *directriz da política europeia de coesão* vem radicar, também, segundo as novas regras do direito europeu originário ou primário, numa *política de desenvolvimento territorial harmonioso*, devendo todos os instrumentos normativos derivados, quer de âmbito europeu, quer de âmbito nacional, conformar-se com aquela regra orientadora, sob pena de violação do direito da União Europeia.

A *política de coesão* inscreve-se no universo do *direito multinível*, como se infere, desde logo, do disposto no art. 159.º do TCE (futuro art. 175.º do TFUE). Aí se estipula que os Estados-membros conduzirão e coordenarão as suas políticas económicas tendo igualmente em vista atingir os objectivos enunciados no art. 158.º e que a formulação e a

concretização das políticas e acções da Comunidade, bem como a realização do mercado interno, terão em conta os objectivos enunciados naquele artigo e contribuirão para a sua realização. Isto demonstra bem o carácter multinível em que se localiza aquela política, e revela a dimensão caracterizadora do direito europeu como um *comando jurídico aberto* à concretização decorrente dos resultados alcançados a partir da cooperação entre os Estados-membros (8). Mais se acrescenta no mencionado art. 159.º do TCE que a Comunidade apoiará igualmente a realização desses objectivos pela acção por si desenvolvida através dos fundos com finalidade estrutural (Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola, Secção Orientação, Fundo Social Europeu, Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional), do Banco Europeu de Investimento e dos demais instrumentos financeiros existentes.

Dentro dos fundos europeus destinados a fomentar a *política europeia da coesão* destaca-se o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, que tem por objectivo, segundo o art. 160.º do TCE (futuro art. 176.º do TFUE), contribuir para a correcção dos principais desequilíbrios regionais na Comunidade através de uma participação no desenvolvimento e no ajustamento estrutural das regiões menos desenvolvidas e na reconversão das regiões industriais em declínio. As regras que regem a aplicação daqueles Fundos constam das normas europeias de direito derivado, *maxime* de regulamentos comunitários, como se infere do disposto nos arts. 161.º e 162.º do TCE (futuros arts. 177.º e 178.º do TFUE).

## 2. A densificação da política europeia de coesão nos instrumentos do direito europeu derivado

É no contexto do que apurámos quanto às normas do Tratado em matéria de política de coesão que devemos enquadrar o Regulamento (CE) n.º 1083/2006, do Conselho, de 11 de Julho de 2006, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento

(7) Esta nota surge também referenciada na designação do futuro Título XVIII do futuro TFUE (que substituirá o actual Título XVII do TCE), onde passa a figurar a designação de coesão económica, social e territorial.

(8) Cf. Paul KIRCHHOF, «Mittel staatlichen Handelns», *Handbuch des Staatsrechts V*, 3.ª ed., Heidelberg, 2007, p. 21.

Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, revogando o disposto no anterior Regulamento (CE) n.º 1260/1999, do Conselho, de 21 de Junho. De acordo com este instrumento de direito europeu derivado, é necessário fixar critérios objectivos para a definição das regiões e zonas elegíveis, devendo, para o efeito, a identificação das regiões e das zonas prioritárias a nível comunitário basear-se no sistema comum de classificação das regiões estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 1059/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, relativo à instituição de uma *Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS)*.

Assim, segundo o disposto no art. 5.º/1 do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, as *regiões elegíveis* para financiamento pelos fundos estruturais a título do *Objectivo da Convergência* — aquele que se destina a acelerar a convergência dos Estados-membros e das regiões menos desenvolvidas, melhorando as condições de crescimento e de emprego através do aumento e melhoria da qualidade do investimento em capital físico e humano, do desenvolvimento da inovação e da sociedade baseada no conhecimento, da capacidade de adaptação às mudanças económicas e sociais, da protecção e melhoria do ambiente, e da eficácia administrativa, e que constitui a prioridade dos fundos — são as que correspondem ao nível 2 da *Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS)*, na acepção do também já referenciado Regulamento (CE) n.º 1059/2003, cujo produto interno bruto (PIB) *per capita*, medido em paridades de poder de compra e calculado a partir dos dados comunitários relativos ao período de 2000-2002, seja inferior a 75% do PIB médio da UE-25 para o mesmo período de referência. Por outras palavras, as *regiões elegíveis* para financiamento pelos fundos estruturais a título do *Objectivo da Convergência* são as regiões nível *NUTS 2*.

No art. 8.º do mesmo regulamento prevê-se um regime de apoio transitório para algumas situações específicas, decorrentes, sobretudo, das novas fórmulas de cálculo dos limiares da elegibilidade. De acordo com o disposto no art. 5.º/3 e no art. 8.º/4 do Regulamento (CE) n.º 1059/2003, cabe à Comissão adoptar a lista das regiões elegíveis para financiamento pelos Fundos Estruturais no

âmbito do objectivo «Convergência», no período de 2007-2013, tendo a mesma sido aprovada e divulgada através da Decisão emitida por aquela entidade, em 4 de Agosto de 2006. De acordo com referida lista, integram a categoria NUTS 2 as regiões Norte, Centro, Alentejo e Região Autónoma dos Açores, ficando o Algarve enquadrado na lista das regiões NUTS 2 elegíveis para financiamento dos fundos estruturais a título transitório e específico.

Já no que respeita ao *Objectivo da Competitividade Regional e do Emprego* — aquele que se destina, fora das regiões menos desenvolvidas, a reforçar a competitividade e a capacidade de atracção das regiões, bem como o emprego, antecipando-se às mudanças económicas e sociais, incluindo as relacionadas com a abertura do comércio, através do aumento e melhoria da qualidade do investimento em capital humano, da inovação e da promoção da sociedade baseada no conhecimento, do espírito empresarial, da protecção e melhoria do ambiente, da melhoria da acessibilidade, da adaptabilidade dos trabalhadores e das empresas, bem como da criação de mercados de trabalho inclusivos — são *elegíveis* para financiamento pelos fundos estruturais, segundo o disposto no art. 6.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, as regiões que não se encontrem abrangidas pelo financiamento através do objectivo convergência, nem pelas regras especiais do apoio transitório.

Por último, no *Objectivo da Cooperação Territorial Europeia* — destinado a reforçar a cooperação transfronteiriça através de iniciativas locais e regionais conjuntas, a reforçar a cooperação transnacional mediante acções em matéria de desenvolvimento territorial relacionado com as prioridades da Comunidade, e a reforçar a cooperação inter-regional e o intercâmbio de experiências ao nível territorial adequado — são *elegíveis* para financiamento, de acordo com o disposto no art. 7.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, as regiões da Comunidade do nível NUTS 3 situadas ao longo de todas as fronteiras internas terrestres e de determinadas fronteiras externas terrestres e todas as regiões da Comunidade do nível NUTS 3 situadas ao longo das fronteiras marítimas, separadas, em regra, por um máximo de 150 Km, tendo em conta poten-

ciais ajustamentos necessários para garantir a coerência e continuidade das acções de cooperação.

A *abordagem estratégica da coesão* radica em três pilares fundamentais: 1) na definição pelo Conselho das orientações estratégicas da Comunidade em matéria de coesão, através da definição de um quadro indicativo para a intervenção dos fundos, tendo em conta outras políticas comunitárias pertinentes; 2) na apresentação por cada Estado-membro de um *quadro de referência estratégico nacional* assegurador da coerência da intervenção dos fundos com aquelas orientações estratégicas, indicativo da ligação entre as prioridades da Comunidade e o seu programa nacional de reformas; 3) no acompanhamento estratégico, fundamentado na apresentação anual pelos Estados-membros de um relatório anual de execução do programa nacional de reformas e um relatório conciso com informações sobre o contributo dos programas co-financiados pelos fundos.

As orientações estratégicas comunitárias em matéria de coesão económica, social e territorial, para o período de 2007-2013, aprovadas pelo Conselho na Decisão de 6 de Outubro de 2006, são as seguintes: 1) tornar a Europa e as suas regiões espaços mais atractivos para investir e para trabalhar; 2) melhorar os conhecimentos e a inovação em prol do crescimento; 3) criar mais e melhores empregos. No mesmo documento pode ler-se ainda, no respeitante à *dimensão territorial da política de coesão*, que uma das características da mesma, contrariamente às políticas sectoriais, é a sua capacidade de adaptação às necessidades específicas dos desafios e oportunidades resultantes da situação geográfica. Da ligação entre aquelas orientações estratégicas e o programa nacional de reformas resultou a consagração no QREN 2007-2013, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007, de 3 de Julho, de três grandes agendas temáticas, destinadas a satisfazer o *acordo político* firmado entre o Governo português e a CE para a concretização dos dez objectivos para o desenvolvimento de Portugal enunciados na mencionada Resolução do Conselho de Ministros. As grandes agendas temáticas definidas no QREN 2007-2013, que estão na origem dos *programas operacionais*

*temáticos* são: 1) a Agenda para o Potencial Humano; 2) a Agenda para os Factores de Competitividade; 3) a Agenda para a Valorização do Território.

De facto, o art. 27.º do Regulamento (CE) n.º 1059/2003 esclarece que o QREN se aplica ao *Objectivo da Convergência* e ao *Objectivo da Competitividade Regional e do Emprego*, podendo aplicar-se igualmente ao Objectivo da Cooperação Territorial Europeia se um Estado-membro assim o entender, devendo constar do mesmo, entre outros elementos: uma análise das disparidades, atrasos e potencial de desenvolvimento, tendo em conta a evolução da economia mundial e europeia; a estratégia escolhida com base nessa análise, incluindo as prioridades temáticas e territoriais; a lista de programas operacionais para os Objectivos da Convergência e da Competitividade Regional e do Emprego; uma descrição da forma como as despesas a título dos Objectivos da Convergência e da Competitividade Regional e do Emprego irão contribuir para as prioridades da União Europeia em matéria de promoção da competitividade e criação de empregos; a dotação anual indicativa a título de cada fundo por programa.

Da interligação dos elementos referenciados quanto ao financiamento e às orientações estratégicas adoptadas, vertidas em *programas operacionais* instituídos pelo QREN 2007-2013, resulta a adopção de três *Programas Operacionais Temáticos* — (1) Factores de Competitividade — apoiado pelo FEDER; (2) Potencial Humano — co-financiado pelo FSE; (3) Valorização do Território — financiado pelo FEDER e pelo Fundo de Coesão —, cinco *Programas Operacionais Regionais do Continente*, objecto de co-financiamento comunitário pelo FEDER, estruturados territorialmente de acordo com as NUTS II — Norte; Centro; Lisboa; Alentejo; Algarve — e dois *Programas Operacionais* em cada uma das Regiões Autónomas, apoiados financeiramente pelo FEDER e pelo FSE — Regional Açores (FEDER); Regional Açores (FSE); Regional Madeira (FEDER); Regional Madeira (FSE).

A organização e funcionamento destes programas há-de conformar-se com as regras e princípios disciplinadores da matéria, consagrados no título III do Regulamento (CE)

n.º 1059/2003, entre os quais se destacam: 1) *princípio da especificidade dos fundos* — os programas operacionais beneficiam do financiamento de um único fundo (programa mono-fundo), sem prejuízo das derrogações estabelecidas nos regulamentos específicos dos fundos e da possibilidade de nos Estados-membros que recebem apoio do Fundo de Coesão, este e o FEDER poderem intervir conjuntamente em programas operacionais relativos a infra-estruturas de transportes e ao ambiente, incluindo os grandes projectos; 2) *princípio do nível geográfico adequado e da territorialidade das dotações financeiras* — os programas operacionais apresentados devem ser elaborados ao nível geográfico adequado, o que significa que aqueles que são apresentados a título do Objectivo da Convergência são elaborados, pelo menos, ao nível NUTS 2, salvo se beneficiarem de uma participação do Fundo de Coesão, caso em que são elaborados a nível nacional, e os programas operacionais apresentados a título do objectivo da competitividade regional e do emprego são elaborados ao nível NUTS 1 ou NUTS 2, em conformidade com o sistema institucional específico do Estado-membro, isto significa que apesar de o art. 56.º/4 do Regulamento (CE) n.º 1059/2003 dispor que as regras relativas à elegibilidade das despesas são fixadas a nível nacional, o mesmo não invalida que nessa fixação o Estado-membro se tenha de subordinar à densificação daquelas regras segundo o nível geográfico adequado estabelecido no regulamento europeu; 3) *princípio da elaboração a nível nacional* — cada programa operacional é elaborado pelo Estado-membro, em cooperação com os parceiros, e enviado à Comissão para avaliação do respectivo contributo na prossecução dos objectivos estratégicos previamente definidos, e, em caso afirmativo, para a sua futura adopção por aquela entidade europeia; 4) *princípio da revisibilidade dos programas operacionais* — os programas operacionais podem, nos casos expressamente previstos no regulamento europeu, ser reexaminados por iniciativa do Estado-membro ou da Comissão com o acordo do Estado-membro e, se necessário, revistos.

A convocação de tudo quanto apurámos relativamente ao regime jurídico densificador da política de coesão, permite-nos inferir que

a NUTS II de Lisboa constitui, segundo as novas regras da territorialidade das dotações financeiras comunitárias daquela política, uma região elegível apenas no Objectivo da Competitividade Regional e do Emprego, ficando, portanto excluída, dos critérios de elegibilidade no Objectivo da Convergência.

3. **As regras do Anexo V para determinação da elegibilidade das despesas em função da localização e quantificação dos efeitos de difusão («spill-over effects»)**

Os constrangimentos impostos pelas novas regras de elegibilidade territorial das despesas e da sua compartimentação segundo as tipologias rígidas das NUTS limitariam fortemente a liberdade de conformação dos programas operacionais pelos Estados-membros que deixam de poder incluir em categorias elegíveis algumas despesas em determinadas regiões. Teria sido o que aconteceu com a região de Lisboa, que deixou de poder ser elegível no âmbito do *Objectivo da Convergência*, e foi essa exclusão daqueles critérios de elegibilidade que justificou a criação do *regime de excepção previsto no Anexo V do QREN*.

No ponto 4, do mencionado anexo V, pode ler-se que “as restrições territoriais impostas não só diminuem as possibilidades de concretizar, com apoio financeiro comunitário de carácter estrutural, políticas públicas de desenvolvimento de âmbito nacional, como são especialmente gravosas para as dinâmicas nacionais de desenvolvimento económico, social e territorial ao prejudicarem, de forma significativa, a possibilidade de beneficiar dos efeitos de difusão territorial de investimentos realizados na região de Lisboa”. Com o objectivo de “superar” aquelas dificuldades, o Estado Português negociou com a Comissão a admissibilidade de um “regime de excepção”, fundamentado nos *fenómenos da capitalidade* e dos *efeitos de difusão* das despesas de investimento realizadas naquela região.

É neste contexto que se inscreve a *excepção à regra geral de elegibilidade territorial das despesas relativas a operações com relevante efeito de difusão («spill-over effects»)*, cuja concretização se encontra estipulada nos pontos 7 e 8 do mencionado anexo V do QREN.

Assim, considera-se que o Programa Operacional Temático Factores de Competitividade deve ser reconduzido às excepções à regra geral de elegibilidade territorial das despesas, podendo incluir-se no mesmo as despesas relativas a operações cuja concretização tem lugar na NUTS II de Lisboa (ou nas situações pertinentes, na NUTS II do Algarve), mas cujos efeitos se difundem pelas restantes regiões do Continente e são considerados muito relevantes para o desenvolvimento das regiões *Objectivo Convergência* do Continente. Tratar-se-á apenas, segundo o disposto naquele documento, de tipologias de intervenções referentes a casos excepcionais, devidamente justificados em função da natureza das operações e do efeito multiplicador que provocam em regiões distintas daquelas em que se realiza o investimento, as quais, no seu conjunto, representam uma pequena percentagem da dotação financeira dos Fundos Estruturais em termos de programação. Aí se estipulam, igualmente, as metodologias específicas para determinação da elegibilidade das despesas nos casos excepcionais (determinação do efeito de difusão), assentes em orientações estabelecidas em parceria entre a Comissão Europeia e as Autoridades portuguesas.

**B) Enquadramento jurídico das políticas europeias e da respectiva concretização por instrumentos de nível nacional**

**4. Os instrumentos normativos disciplinadores da política europeia de coesão no âmbito das fontes de direito nacional**

Analisado o quadro normativo em que assenta a política europeia de coesão económica, social e territorial, o qual é revelador da complexidade em que assenta o direito europeu como norma de uma comunidade de Estados<sup>(9)</sup>, cumpre-nos agora avaliar a

natureza jurídica daqueles instrumentos normativos.

Esta tarefa exige, em primeiro lugar, um esclarecimento quanto ao modo de *produção jurídica multinível* caracterizadora do direito europeu<sup>(10)</sup>. É que o direito europeu assemelha-se aos regimes jurídico-legais de âmbito nacional que se apresentam como regimes gerais destinados a uma ulterior densificação por normas de nível inferior. Esta metódica aplica-se, de forma adaptada, à concretização das normas de direito europeu, embora neste caso não se trate de “normas de delegação” ao poder administrativo regulamentador, mas sim de “normas de delegação” ao poder normativo estadual dos Estados-membros. Isto significa que para além dos complexos procedimentos de legística em que radica a produção do direito europeu, fundados principalmente nos *princípios da participação, negociação, cooperação e transparência*, e inseridos no âmbito da técnica da *comitologia*<sup>(11)</sup>, devemos ainda salientar a difusão desse poder para os centros de produção normativa estaduais, que desempenham um papel fundamental na complementação e execução dos mencionados regimes jurídicos europeus.

Tomando como referência este enquadramento, cumpre-nos começar por salientar que a *política de coesão* faz parte do leque de competências da União Europeia, constituindo uma matéria expressamente consagrada nas normas do Tratado, o que, segundo o *princípio da atribuição de competências* à União por parte dos Estados, plasmado no art. 5.º/1 do TCE (futuro art. 5.º/1 do Tratado da União Europeia), significa beneficiar do *estatuto jurídico de primado ou de prevalência*. O mesmo é dizer que em caso de conflito entre o disposto naqueles preceitos do Tratado europeu e o estatuído em normas de direito interno, incluindo normas constitucionais, há-de prevalecer o regime jurídico europeu, sem prejuízo da reserva constitucional de respeito pelos princípios fun-

<sup>(9)</sup> Sobre o direito europeu como um produto complexo da comunidade de Estados, v. SCHMIDT-ASSMANN, «Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, München, 2006, pp. 241 ss. (251 ss.).

<sup>(10)</sup> Cf. por todos, Anne RÖTHEL, «Die Konkretisierung von Generalklauseln», *Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank-, und Wirtschaftsrecht*, Berlin, 2006, pp. 213 ss.

<sup>(11)</sup> Cf. SCHMIDT-ASSMANN, «Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund»..., p. 256.

damentais do Estado de direito democrático estipulada no art. 8.º/4 da C.R.P. (12).

Em segundo lugar, devemos também salienta-  
r o facto de as linhas orientadoras dessa política serem igualmente definidas a nível europeu, através de normas produzidas pelas respectivas instâncias, nas quais se consagram as regras e princípios a que se hão-de subordinar os Estados-membros na concretização e implementação, a nível nacional, daquelas orientações (13). Assim, os regulamentos europeus que aprovam os regimes jurídicos disciplinadores dos fundos que servem de instrumento à política de coesão constituem, neste âmbito, um *nível legal de densificação daquela política*, que se aplica uniformemente em todos os Estados-membros (14). Estas normas europeias, cujo procedimento de elaboração se encontra expressamente previsto no texto do Tratado (art. 161.º do TCE) (15), estabelecem princípios e algumas regras de conteúdo mínimo, consubstanciando, no mais, um *comando aberto* destinado à posterior concretização através das soluções produzidas pelos Estados-membros e respectivos parceiros, negociadas ou não com a Comissão Europeia, as quais não podem, contudo, contrariar o disposto nas mencionadas regras de conteúdo mínimo.

Trata-se, essencialmente, de reconhecer que o *princípio da subsidiariedade* — que, na formulação adoptada pelo Tratado de Lisboa, vale também no âmbito do exercício das competências da União e não apenas nos domínios

que não sejam da sua competência exclusiva — possibilita aos Estados-membros a produção do direito aplicável, tendo em vista a sua adaptação à realidade sociopolítica de cada Estado-membro. Mas tal possibilidade não consubstancia uma ampla margem de livre conformação em todas as matérias, apenas balizada pela produção de resultados equivalentes, e sim uma margem de livre conformação que há-de ater-se aos limites gizados pelo próprio direito da União (primário e derivado).

Nesta perspectiva, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007, que aprova o QREN 2007-2013, consubstancia a concretização normativa a nível nacional do regime jurídico disciplinador da política europeia de coesão económica, social e territorial em Portugal. É este o enquadramento correcto que devemos dar àquele instrumento normativo no actual quadro modelador das fontes de direito. Sublinhe-se que esta qualificação não se autonomiza, nem se opõe, ao quadro tradicional das fontes de direito, antes representa uma actualização daquelas categorias, resultante do fenómeno da europeização do nosso ordenamento jurídico. Impõe-se, contudo, esclarecer um pouco melhor esta articulação. Trata-se, fundamentalmente, de salientar a *“substituição” da normação de âmbito legal nacional pelo nível legislativo do direito secundário europeu*, vertido em normas que gozam de aplicação directa no nosso ordenamento jurídico. Saliente-se, porém, que a solução poderia já não ser a mesma se, em vez de um regulamento europeu, estivesse em causa uma directiva europeia que necessitasse de ser transposta para o ordenamento jurídico nacional (16), pois, neste caso, o art. 112.º/8 da C.R.P. impõe que aquela transposição tenha lugar através de acto legislativo.

A partir do estabelecimento de um nível legal europeu de normação, os órgãos executivos dos Estados-membros ficam habilitados a desenvolver aqueles regimes jurídicos através de instrumentos normativos de âmbito regula-

(12) Cf. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, Coimbra, 2007, p. 266.

(13) Cf. Jörg NEUNER, «Die Rechtsfortbildung», *Schriften zum Europäischen und Internationalen Privatrecht*, cit., pp. 231 ss.

(14) Sobre a equiparação dos regulamentos a normas legais no plano do direito interno e a proposta da respectiva execução por regulamentos administrativos v., por último, Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, 27.ª ed., Madrid, p. 101.

(15) Sublinhe-se que no futuro TFUE a competência para a elaboração e aprovação dos regulamentos que hão-de definir as missões, os objectivos prioritários e a organização dos fundos com finalidade estrutural passará a caber, também, ao Parlamento, e o procedimento legislativo seguirá as novas regras estipuladas para o processo legislativo ordinário, sem prejuízo de se manter a obrigação de consulta prévia ao Comité Económico-Social e ao Comité das Regiões.

(16) Nem todas as directivas carecem de transposição para o direito interno dos Estados-membros: referimo-nos às *directivas self-executing* que têm um conteúdo limitado a alguns Estados e que produzem efeitos mediante a respectiva notificação — Cf. art. 254.º/3 do TCE, futuro art. 297.º/2 do TFUE, *in fine*.

mentar. Por aqui se compreende o sentido de *Administração multinível*, nos termos da qual as Administrações dos Estados-membros são também entidades da Administração Europeia, conforme resulta, expressamente, do disposto no articulado do Tratado (17). A doutrina italiana propõe uma distinção entre *administração europeia indirecta* para designar as situações em que a Administração dos Estados-membros aplica a nível nacional as disposições de direito europeu, fazendo uma adaptação das mesmas à identidade nacional, e uma forma de *co-administração*, que designaria as situações em que a Administração Europeia aplica os regimes jurídicos, de forma integrada, entre os órgãos europeus e estaduais, dando como exemplo desta segunda hipótese precisamente a gestão dos fundos estruturais (18). O mesmo é dizer que a Resolução do Conselho de Ministros, aqui em apreço, poderia ser reconduzida à categoria dos regulamentos, embora este juízo nos obrigue hoje a algumas precisões metodológicas, que advêm, precisamente, de nos localizarmos na *concretização multinível do direito* no âmbito de um *regime de co-administração*.

##### 5. A concretização multinível do direito e suas consequências jurídicas

A qualificação da Resolução do Conselho de Ministros como regulamento do Governo não pode deixar de se articular com o facto de a mesma consubstanciar um instrumento normativo de nível nacional que concretiza e densifica o regime jurídico europeu segundo um procedimento que envolve a participação directa da Comissão na produção daquelas normas (19). Esta colocação do problema suscita duas questões autónomas: 1) saber se a

Resolução do Conselho de Ministros constitui um *acto político* ou um *verdadeiro regulamento*; e, 2) saber se, pelo facto de a mesma comportar normas com conteúdo jurídico primário, i. e., normas consagradoras de verdadeiras soluções jurídicas não reconduzíveis a meras normas de execução dos Regulamentos Europeus, deve ser qualificada como um *regulamento independente*, o que significa que, nos termos do art. 112.º/6 da C.R.P., deveria adoptar a forma de decreto regulamentar. No fundo, estas duas questões constituem hoje, à luz dos novos contributos da ciência política, duas falsas questões, ultrapassadas pelo *enfraquecimento do princípio da legalidade* e pela *governamentalização da forma de governo dos Estados*, ambas consequências da europeização dos ordenamentos jurídicos e do desenvolvimento, na égide daquele modelo, de novas fórmulas de governação à margem dos órgãos representativos do poder democrático dos Estados (20). Todavia, a resposta que aqui propomos localizar-se-á num plano que convoca ainda os princípios normativos tradicionais. Vejamos.

Quanto à questão de saber se o conteúdo do QREN se há-de qualificar como um *acto político* ou um *instrumento jurídico-normativo*, cabe salientar, mais uma vez, que a questão se deve colocar no plano da *produção multinível do direito*. O mesmo é dizer que, ao proceder a esta qualificação, não podemos ignorar o facto de o QREN consubstanciar um instrumento nacional de concretização de uma política europeia — a política de coesão económica, social e territorial — segundo os princípios e as regras ditadas pelo direito europeu secundário, ou seja, de acordo com o procedimento e as regras impostas pelos Regulamentos aprovados pelos órgãos da União Europeia que, segundo o Tratado, são competentes para definir as directrizes em que

(17) Referimo-nos ao art. 10.º do TCE, entretanto revogado pelo Tratado de Lisboa, cujo texto passou a integrar o novo art. 4.º do TUE, onde se pode ler que “os Estados-membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União”.

(18) V. Domenico SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 4.ª ed., Bologna, 2007, pp. 43-44.

(19) Cuidaremos apenas da específica qualificação da Resolução do Conselho de Ministros que aprova o QREN

e não da categoria geral das Resoluções do Conselho de Ministros, pois as resoluções integram a categoria ampla dos *actos normativos atípicos*, podendo incluir também actos do Governo, sem que daí resulte qualquer contributo válido para a respectiva qualificação jurídica em geral, a qual há-de resultar sempre da análise do conteúdo do próprio acto normativo — V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, p. 858.

(20) Para uma síntese da questão v., por todos, Fabio MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

assenta aquela política. Neste contexto, não faz sentido qualificar aquele instrumento como um *acto político*, de acordo com o sentido tradicional que a doutrina nacional atribuía àquela categoria, *i. e.*, como actos de alta administração, situados ao mesmo nível dos actos legislativos, e subtraídos ao controlo judicial. O problema coloca-se actualmente num plano diferente. Como uma boa parte da doutrina estrangeira vem sugerindo, as normas jurídicas concretizadoras da *política europeia* produzidas ao nível do poder executivo (neste caso no nível de *co-administração*, por se reportar a um procedimento que envolve a participação das entidades administrativas estaduais e a Comissão) consubstanciam o produto dialéctico de escolhas negociadas e pactuadas entre instâncias nacionais, supranacionais, internacionais e institucionais, sob as orientações da *good governance*. Isto equivale a dizer que estamos perante normas jurídicas concretizadoras de escolhas políticas plurais e multiformes.

Neste contexto, a linha divisória entre a actividade política e a actividade administrativa esbate-se, e com ela atenua-se também a distinção entre actos políticos e actos administrativos, ficando igualmente modificado o âmbito do controlo judicial da actividade do Governo. Recorde-se, a este propósito, que o Governo dispõe também, entre nós, a par da competência administrativa prevista no art. 199.º da C.R.P., de competência legislativa própria nas matérias não reservadas à Assembleia da República, conforme se prevê expressamente no art. 198.º/1-a) da C.R.P. Este facto potencia a *governamentalização* da forma de governo no contexto das matérias que integram hoje a competência da União Europeia, uma vez que a definição a nível primário, pelo direito europeu, das linhas de orientação daquelas políticas contribui para que o Governo se apresente, nestes domínios, como o órgão de soberania “adequado” para a respectiva execução e implementação a nível nacional, mesmo quando essa execução envolva ainda a tomada de posição ou a decisão de alguns aspectos inovadores, tradicionalmente reconduzíveis à função legislativa primária (21).

(21) Sobre a discussão deste problema nos modelos onde o Governo não dispõe de competência legislativa

De facto, dispendo o Governo de competência legislativa própria, torna-se desnecessária a intervenção do Parlamento na densificação nacional das políticas públicas europeias. Mais, mesmo quando primariamente a matéria poderia ser reconduzida materialmente a um acto legislativo, a interposição do direito europeu secundário em substituição do nível legislativo nacional, através da aprovação de regulamentos europeus, é suficiente para permitir reconduzir as opções nacionais à categoria de actos de execução de políticas públicas europeias, no contexto do *direito administrativo europeu*. É que o Governo aparece, neste contexto, não apenas no exercício das respectivas funções nacionais como órgão de soberania nacional, mas fundamentalmente como entidade que, *em cooperação* com as entidades da União Europeia, *maxime* com a Comissão, assume a *função executiva* das *políticas públicas europeias* em regime de *co-administração*. Nesta perspectiva, a Resolução do Conselho de Ministros não pode deixar de reconduzir-se, no âmbito dos princípios que informam o direito administrativo europeu, a um acto de categoria regulamentar, destinado à aplicação da política europeia de coesão, afastando-se a possibilidade de o mesmo ser considerado um simples acto político de acordo com o entendimento tradicional da doutrina.

Já no que respeita à segunda questão — saber se, pelo facto de a Resolução do Conselho de Ministros em apreço comportar normas com conteúdo jurídico primário, a mesma deve ser reconduzida à categoria de *regulamento independente* —, impõe-se, mais uma vez, enquadrar o problema no contexto da produção multinível do direito típica do direito europeu. Assim, devemos salientar, em primeiro lugar, que nos localizamos no âmbito do *new modes of governance*, caracterizado por um *policy-making without legislating* (22). Trata-se, sobretudo, de reconhecer que as categorias jurídico-normativas nacionais carecem de uma

própria, aguçando a necessidade de redefinir o recorte dogmático dos regulamentos, v. Hermann HILL, «Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, München, 2008, pp. 1014 ss.

(22) Cf. Hermann HILL, «Normsetzung und andere...», *cit.*, p. 1017.

adaptação no contexto da europeização das políticas públicas, a qual se traduz em duas dimensões fundamentais: uma reformulação/actualização do princípio da separação de poderes e uma requalificação das categorias jurídico-normativas tradicionais.

No que respeita à *reformulação do princípio da separação de poderes* assinala-se, para além da já referida governamentalização da forma de governo e enfraquecimento do poder legislativo nacional, também a compressão do poder judicial no âmbito da fiscalização dos actos normativos internos segundo os parâmetros de controlo tradicionais e até um reforço do poder dos Estados no palco europeu<sup>(23)</sup>. Vejamos um pouco melhor o sentido das duas últimas acepções. A *compressão do poder judicial* resulta da inviabilidade de recondução das novas situações aos quadros jurídicos tradicionais. Tomando como referência o conteúdo da Resolução do Conselho de Ministros aqui em apreço, verifica-se que não podemos simplesmente procurar a respectiva qualificação jurídico-normativa no contexto das tradicionais fontes de direito previstas na C.R.P. Assim, não pode o juiz limitar-se a avaliar se as normas contemplam ou não conteúdo inovador para, a partir daí, julgar se as mesmas devem ou não ser reconduzidas à categoria de regulamentos independentes. Na verdade, num regime como o nosso, no qual o Governo dispõe de competência legislativa própria, a autonomização da categoria de *regulamentos independentes do Governo* apenas se compreende no contexto do princípio da separação e interdependência dos poderes gizados na C.R.P. como forma de neutralizar possíveis perturbações ao balanceamento dos poderes dentro do sistema nacional, decorrentes da subtracção de alguma actividade materialmente legislativa do Governo ao controlo parlamentar (art. 169.º da C.R.P., controlo constitucional secundário), o mesmo já não acontecendo com o controlo presidencial, uma vez que os regulamentos independentes revestem a forma de *decretos regulamentares* (art. 112.º/6 da C.R.P.), encontrando-se subordinados, tal como os decretos-lei, a promulgação.

(23) Cf. Hermann HILL, «Normsetzung und andere ...», *cit.*, p. 1021.

Todavia, se transpusermos a questão para o âmbito do *regime europeu multinível*, concluímos que a autonomização daquela categoria regulamentar “perde interesse”, (1) quer nos localizemos no domínio do direito europeu que remete para os Estados a aprovação dos regimes legais (ex.: transposição de directivas), pois, segundo o disposto no art. 112.º/8, aqueles têm de revestir a forma de actos legislativos, (2) quer nos localizemos no plano do direito legislativo europeu em que se verifique a interposição, como é o caso de um regulamento europeu, reclamando-se apenas dos Estados a concretização dos referidos regimes jurídicos através do que qualificamos como *actuação materialmente administrativa* no plano do direito europeu. De facto, não podemos ignorar que nesta segunda hipótese não se coloca a questão da subtracção dessa actividade ao controlo parlamentar, pois o controlo, a existir, cabe às entidades europeias e não aos parlamentos nacionais.

Num outro plano, pode igualmente dizer-se que mesmo quando as disposições aprovadas pelo Governo revistam carácter normativo, não existe possibilidade de controlo pelo Tribunal Constitucional, por se tratar de uma matéria em que o parâmetro de sindicância não é constituído por uma norma constitucional (não está em causa a violação de nenhuma norma ou preceito constitucional), reconduzindo-se antes a uma violação de normas comunitárias, matéria excluída do âmbito da jurisdição constitucional<sup>(24)</sup>.

Em suma, a colocação da questão no plano do direito europeu afasta eventuais problemas advindos da violação do princípio da separação de poderes no plano do direito nacional, reconduzindo o controlo judicial a uma fiscalização das soluções segundo as regras da violação daquele primeiro ordenamento jurídico. Acresce ainda que o modo de produção europeia do direito foge ao espartilho do princípio da legalidade e às fórmulas de legitimação

(24) Cf. Acs. do TC n.ºs 326/98 e 717/04, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e CARDOSO DA COSTA, «O tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», *Ab uno ad omnes — 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1363 ss.

democrática do direito nacional, impondo-se, antes, como uma produção concertada de soluções, conduzida, fundamentalmente, pelo poder executivo dos Estados-membros.

No que respeita à requalificação das categorias jurídico-normativas tradicionais, é importante sublinhar a nova função do regulamento no âmbito das novas funções do Governo como órgão executivo do direito da União Europeia <sup>(25)</sup> e a nova força que alguma doutrina lhe reconhece, permitindo-lhe, até, entrar em relação de concorrência com a lei <sup>(26)</sup>. Vale por dizer que hoje se deve admitir o uso de regulamentos administrativos na concretização dos regimes jurídico-legais europeus, ainda que os mesmos comportem dimensões materiais de carácter inovador, sobretudo num sistema como o português no qual o Governo dispõe também de competência legislativa própria, sem que os mesmos tenham de assumir a forma de decretos regulamentares. A Resolução do Conselho de Ministros que aprova o QREN consubstancia, pois, um regulamento administrativo concretizador, no âmbito nacional, do regime jurídico-legal europeu disciplinador da política europeia de coesão económica, social e territorial.

### III — O controlo jurisdicional das normas regulamentares violadoras de disposições de direito europeu

#### 1. Da violação do direito europeu pelas normas do Anexo V do QREN 2007-2013

Chegados a este ponto, é fácil perceber como se configura, juridicamente, o problema em causa: violação de normas de direito legal europeu por normas regulamentares europeias

<sup>(25)</sup> Sublinhe-se que mesmo os autores mais clássicos no panorama do direito comparado vêm reconhecendo a necessidade de flexibilizar as exigências ditadas pelo princípio da precedência de lei — V. OSSENBUHL, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *Handbuch des Staatsrechts V*, 3.ª ed., 2007, p. 211.

<sup>(26)</sup> Cf. Rainer SCHRÖDER, *Verwaltungsrecht dogmatik im Wandel*, Tübingen, 2007, p. 271, e Arnd UHLE, «Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?», *DÖV*, 2001/6, pp. 241 ss.

aprovadas por um Estado-membro. Trata-se, portanto, de um problema de “ilegalidade” de normas administrativas por violação de regras do direito europeu.

Na verdade, os Estados-membros, quando actuam como entidades administrativas europeias, podem também incorrer em alguns vícios decorrentes da violação de normas ou princípios de direito europeu, que, segundo uma parte da doutrina italiana, consubstancia um vício de *violação de lei* <sup>(27)</sup>. A questão não pode, contudo, deixar de ser analisada com alguma cautela. Vejamos. O Código do Procedimento Administrativo é omissivo quanto às invalidades dos regulamentos, o que se compreende, em grande medida, pelo facto de o desvalor dos mesmos se dever reconduzir, em princípio, salvo o caso de algumas irregularidades, a uma violação da constituição, da lei ordinária a que pretendem dar execução, ou de outros regulamentos de grau superior. Em qualquer destes casos, uma parte dos autores entende que estamos perante uma *nulidade*: no caso dos regulamentos inconstitucionais, por equiparação à sanção das leis inconstitucionais, no caso de violação de lei ordinária, por decorrência do disposto no art. 112.º/5 da C.R.P., e, no caso da violação de normas regulamentares hierarquicamente superiores, pelo facto de não existir uma disposição legal que expressamente preveja a anulabilidade, o que significa, por força do princípio da legalidade, que aos mesmos se há-de fazer corresponder, por força daquela omissão, também a sanção de nulidade <sup>(28)</sup>.

Os autores omitem, porém, qualquer referência à sanção decorrente da violação de normas de direito europeu, o que se compreende, pelo facto de as normas de direito europeu não se integrarem, verdadeiramente, na hierarquia das fontes de direito, beneficiando apenas de *primazia ou preferência na aplicação*, indicando com isto que, do desrespeito pelas normas e princípios de direito europeu, não

<sup>(27)</sup> Neste sentido, Domenico SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche...*, cit., p. 358.

<sup>(28)</sup> Neste sentido, REBELO DE SOUSA /SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral III*, Lisboa, 2006, pp. 256-258.

resulta uma *invalidade* das normas de direito nacional, mas apenas um *afastamento da respectiva aplicação no caso concreto*. Este resultado inscreve-se no âmbito da *tese dos ordenamentos separados*, o mesmo é dizer que as normas em desacordo emanam de ordenamentos autónomos e distintos, o que não significa que não haja relações entre eles. Pelo contrário, as normas de direito europeu que constituem, nos termos do Tratado, direito directamente aplicável nos Estados-membros, têm validade e eficácia imediata nos ordenamentos internos, e gozam de força suficiente para “desbançar” as normas de direito interno com base nos *princípios da especialidade* e da *competência prevalente* <sup>(29)</sup>. Acresce, neste caso, o facto de estarmos perante normas de direito administrativo interno que consubstanciam, também, normas de aplicação de direito europeu no ordenamento jurídico interno, produzidas no âmbito da actividade de *co-administração*. O mesmo é dizer que podemos inferir desta circunstância — do exercício em comum da função executiva pelas entidades nacionais e europeias — um “peso acrescido” da natureza europeia das normas regulamentares que integram o QREN. Todavia, esta conclusão não altera, como veremos, a competência dos tribunais administrativos nacionais para fiscalizar aquelas normas, tratando-se apenas de acentuar a ilegalidade por violação do parâmetro legislativo europeu.

Em que é se traduz afinal a mencionada ilegalidade? O que está em causa é a admissibilidade ou não de o poder executivo — revelado neste caso pelo exercício conjunto daquela função — estabelecer excepções às “regras legais” contempladas nos regulamentos europeus em matéria de atribuição de fundos comunitários. Ora, apesar do já mencionado *carácter aberto do parâmetro legal da norma* *europeia*, destinada a uma ulterior concretização/aplicação pelos Estados-membros, a verdade é que aquela norma tem um *nível de densidade mínimo* cujos termos acabam por se revelar indisponíveis no âmbito da liberdade de conformação reconhecida aos Estados-membros. De resto, o facto de nos

localizarmos no âmbito do exercício de um verdadeiro poder executivo-administrativo, mesmo exercido em regime de co-administração, reforça o carácter indisponível das normas do estalão legal europeu. Elas consubstanciam, neste contexto, um limite à discricionariedade do poder administrativo. O mesmo é dizer que a excepção contemplada nas normas do QREN a propósito de uma pretensa categoria de “despesas com efeito *spill-over*”, que desrespeita as regras de elegibilidade das despesas fundada no critério da territorialidade, constitui uma *ilegalidade em sentido amplo*, por violar normas europeias de nível legal cujo conteúdo é indisponível. Acrescente-se, igualmente, que a “participação da Comissão Europeia” na produção daquelas normas não é adequada para sanar aquele vício — a ilegalidade —, dado que a Comissão actua aqui como órgão executivo da União e, neste aspecto concreto, está também vinculada às normas de nível legal, não podendo dispor do respectivo conteúdo. É esta a questão que deve ser apreciada pelos órgãos judiciais competentes.

## 2. Impugnação das normas do Anexo V do QREN 2007-2013 perante os tribunais administrativos nacionais

No que respeita à determinação das entidades judiciais competentes, é importante atentar, em primeiro lugar, na possibilidade de controlo por parte dos tribunais administrativos nacionais, tendo em vista apurar se esta constitui, no caso concreto, uma via adequada de controlo.

É fundamental começar por apurar se estamos perante uma questão jurídico-administrativa, reconduzível, segundo o art. 212.º/3 da C.R.P., à jurisdição administrativa. Parece-nos não haver dúvidas quanto a este ponto. O direito europeu não constitui, para este efeito, um domínio substancial específico, mas antes um nível supranacional de produção de direito, o que significa que, no plano interno, os litígios decorrentes da aplicação daquele direito se hão-de reconduzir, segundo o respectivo conteúdo material, à jurisdição competente. Trata-se de uma diferença de nível de produção normativa e não de um domínio ou área material específica destinado a uma

<sup>(29)</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 824-825.

jurisdição especializada. Assim, uma vez que está em causa a aplicação de normas que vinculam o poder executivo no exercício da função administrativa de concretização da política de coesão económica, social e territorial, matéria que substancialmente faz parte da função administrativa dos Estados-membros, na medida em que os mesmos actuam como entidades da administração europeia indirecta, devem os litígios emergentes da aplicação destas normas ser apreciados pelos tribunais administrativos. Estamos perante um *litígio jurídico-administrativo europeu*.

Em segundo lugar, coloca-se o problema de saber se os tribunais administrativos nacionais são competentes para conhecer dos litígios jurídico-administrativos europeus que envolvam a violação de normas de direito europeu, *maxime* se os mesmos estão habilitados a julgar “ilegalidades” por violação de normas de direito europeu. A este propósito devemos distinguir duas situações: o julgamento de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas em que está em causa a violação do direito europeu, ou seja, litígios em que o parâmetro de legalidade em sentido amplo é constituído por normas e princípios de direito europeu; e a possibilidade de os tribunais administrativos declararem a ilegalidade de normas administrativas com fundamento na violação do direito europeu.

No que respeita ao controlo da juridicidade da actividade administrativa tomando como parâmetro o direito europeu, não parecem existir hoje quaisquer dúvidas na jurisprudência ou na doutrina nacional. Os tribunais nacionais constituem, para este efeito, órgãos de controlo do direito europeu (*tribunais comuns de direito europeu*)<sup>(30)</sup>, devendo, no âmbito dos respectivos poderes, julgar ilegais todos os actos que contrariem disposições de direito europeu. Este poder deve ser compreendido em articulação com os princípios e regras da *cooperação judiciária, i. e.*, com as regras que disciplinam o *reenvio prejudicial*, que funciona como instrumento de

boa administração da justiça, permitindo, simultaneamente, uniformizar a aplicação daquele direito nos Estados-membros. Encontramos na jurisprudência administrativa nacional vários exemplos de aplicação de normas de direito europeu, com recurso, inclusive, ao mecanismo do *reenvio prejudicial*. Veja-se, a título de exemplo, o caso dos emolumentos do art. 5.º da Tabela de Emolumentos Notariais, cobrados nos termos da Portaria n.º 996/98, de 25 de Novembro, no qual o Supremo Tribunal Administrativo decidiu, primeiro no Ac. de 16-06-2004, aguardar pela decisão que viesse a ser proferida no pedido de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia formulado no processo n.º 1331/03, tendo vindo a decidir, depois, na sequência da resposta do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia enunciada no Ac. de 7-09-2006, pela inexistência de violação do direito europeu através do Ac. de 15-11-2006.

Já no que respeita à possibilidade de os tribunais administrativos nacionais *declararem a ilegalidade de uma norma por violação do direito europeu*, a resposta apresenta, aparentemente, maiores dúvidas. Dúvidas que se compreendem pelos termos limitados em que assenta a impugnação de normas administrativas no nosso ordenamento. De facto, o art. 72.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) refere-se à possibilidade de se obter, a título principal, a declaração de ilegalidade de *normas administrativas*<sup>(31)</sup>, com fundamento em vícios próprio ou decorrentes da invalidade de actos praticados no âmbito do procedimento de aprovação. Este meio processual desdobra-se em dois tipos de pedidos: 1) *pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral*; 2) *pedido de declaração de ilegalidade num caso concreto*. No primeiro caso, obter-se-á uma

<sup>(30)</sup> Sobre a qualificação do juiz nacional como “juiz comunitário de direito comum”, v. Ac. Tetra Pak I, de 10-07-1990, in Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 355 (nota 2).

<sup>(31)</sup> Sobre o sentido amplo em que deve ser entendido o conceito de norma impugnável, v., por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (lições)*, 9.ª ed., Coimbra, 2007, p. 236 (nota 513). O autor refere-se, também, à possibilidade de se considerarem incluídas no conceito as normas regulamentares sob a forma de decreto-lei (sugestão colhida em Jónatas Machado), uma vez que não podendo as mesmas ser objecto de controlo pelo Tribunal Constitucional, parece ser este o único meio possível e adequado para conhecer das respectivas ilegalidades.

sentença que declara a ilegalidade da norma com força obrigatória geral, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da mesma (efeito retroactivo do qual se ressalvam, como regra, os casos julgados e os actos administrativos que entretanto se tenham tornado inimpugnáveis), e determinando a reprivatização das normas revogadas pela norma declarada ilegal. No segundo caso, a sentença determina apenas a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, ou seja, a desaplicação da norma no caso concreto. A diferença entre os pedidos radica, fundamentalmente, na legitimidade. A desaplicação da norma com efeitos restritos ao caso concreto pode ser pedida pelo lesado ou pelos titulares da acção popular sempre que os efeitos de uma norma se produzam imediatamente (art. 73.º/2 do CPTA), *i. e.*, sem precisar de um acto administrativo ou judicial de aplicação<sup>(32)</sup>. Já a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral apenas pode ser pedida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa previsivelmente vir a sê-lo em momento próximo, desde que a respectiva aplicação tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade, ou pelo Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento dos titulares da acção popular, a quem é reconhecida a faculdade de se constituírem assistentes no processo (art. 73.º/1 e 3 do CPTA).

Verifica-se, portanto, na nossa lei de processo uma legitimidade restrita para pedir a declaração de ilegalidade das normas, embora daí não resulte qualquer obstáculo à apreciação de um pedido de declaração de ilegalidade de normas com fundamento na violação do direito europeu. O mesmo é dizer, por exemplo, que não encontramos qualquer obstáculo à possibilidade de os tribunais administrativos apreciarem um pedido de declaração de ilegalidade de uma norma administrativa fundamentado na violação de um regime jurídico-legal de direito europeu<sup>(33)</sup>, desde

que sejam observados os pressupostos processuais que envolvem a utilização deste meio processual. Pelo contrário, esta solução afigura-se-nos a mais adequada como forma de garantia da tutela jurisdicional efectiva e do reconhecimento dos tribunais administrativos como tribunais comuns em matéria de direito europeu. O problema, a existir, não radica, por conseguinte, na competência dos tribunais administrativos para julgar as normas da Resolução do Conselho de Ministros como normas ilegais por violação do direito europeu, mas antes em saber se estes tribunais podem declarar a respectiva ilegalidade com força obrigatória geral, formulando um juízo sobre a validade destas normas, quando, como referimos, a questão da violação do direito europeu se localiza antes numa dimensão de preferência na aplicação, uma vez que se trata de ordenamentos separados, e não numa relação de hierarquia das fontes de direito. Neste contexto, o meio processual para obter a declaração de ilegalidade das mencionadas normas administrativas revelar-se-ia *impróprio* para julgar a desconformidade das mesmas com o direito europeu. Esta conclusão justifica-se pelo facto de, na maioria dos casos, a violação das regras do direito europeu resultar dos actos de aplicação das normas, o que significa que o meio processual utilizado é o da impugnação dos actos com fundamento na violação do direito europeu, ou até, se em vez de um acto vier a ser aprovada uma norma imediatamente operativa, pode o meio adequado vir a ser a impugnação de normas com efeito circunscrito ao caso, o que, na prática, resulta numa sentença de desaplicação da norma, perfeitamente compatível com a tese dos ordenamentos separados.

Todavia, a situação que aqui está em apreciação não se identifica com uma actividade administrativa de aplicação de normas ou princípios jurídicos de direito europeu a um caso concreto, mas antes com a aprovação de normas de nível regulamentar (direito administrativo europeu) concretizadoras de um regime jurídico-legal europeu no plano do ordenamento jurídico dos Estados-membros. Trata-se, por conseguinte, de um controlo objectivo. É quanto a este problema que se colocam duas dúvidas: podem os tribunais administrativos nacionais controlar as normas

<sup>(32)</sup> Cf., por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...*, cit., p. 238.

<sup>(33)</sup> Em sentido contrário, v. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos I*, Coimbra, 2006, p. 438.

produzidas no âmbito desta actividade administrativa? Podem os tribunais declarar a ilegalidade com força obrigatória geral destas normas com fundamento na violação do direito europeu? A resposta às duas questões deve, neste caso, ser positiva.

Assim, entendemos que os tribunais administrativos nacionais, enquanto tribunais comuns de direito europeu, podem e devem controlar a actividade administrativa desenvolvida pelas entidades administrativas nacionais, quando estas actuam como entidades administrativas europeias, autonomamente ou em regime de co-administração, quer essa actividade se reconduza à prática de actos, quer à aprovação de normas. Deve exigir-se, contudo, nesta segunda hipótese, para fixar a competência dos tribunais nacionais, que essas normas sejam verdadeiras normas administrativas de estalão regulamentar nacional e que produzam os efeitos dentro do Estado-membro, sem prejuízo da força irradiante (carácter transnacional) que o direito administrativo europeu em regra encerra. É o que acontece com as normas do anexo V da Resolução do Conselho de Ministros que aprovam as excepções às regras definidas pelos regulamentos europeus para a acção dos fundos destinados à concretização da política de coesão económica, social e territorial, cuja elaboração cabe aos Estados-membros. A nosso ver, nem o facto de a Comissão ser, em última instância, de acordo com o art. 32.º/5 do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, do Conselho, a entidade responsável por adoptar cada programa operacional, altera esta qualificação, na medida em que o procedimento em causa se reconduz, como vimos, a um regime de *co-administração*, o que significa que a participação dos Estados-membros na elaboração destes regimes jurídicos regulamentares é entendida, segundo o princípio da cooperação, como um regime de *co-exercício da função administrativa* a cargo dos Estados-membros e das entidades da União (a Comissão), e não como mera colaboração ou participação no procedimento. Estamos perante uma norma regulamentar nacional elaborada segundo as regras do procedimento especial fixado no Regulamento Europeu, baseadas numa fórmula de exercício conjunto da função administrativa. O mesmo é dizer que estamos na presença de uma *norma*

*administrativa regulamentar*, emanada pelas entidades administrativas europeias de nível nacional, segundo as regras procedimentais específicas fixadas por normas de nível legal europeu, reconduzíveis a um procedimento de co-administração. Esta norma viola o regime jurídico europeu de nível legal e, nessa medida, pode e deve ser fiscalizada pelos tribunais administrativos nacionais.

Por outro lado, estando em causa a violação de um regime jurídico-legal de nível europeu por um regime jurídico regulamentar de nível nacional, parece-nos que o problema se deve qualificar como uma *verdadeira ilegalidade*, fundada num juízo de validade das normas e não num mero juízo de preferência na aplicação. É que neste caso concreto não está em causa a aprovação de normas nacionais que colidem com normas europeias, mas antes a concretização, através de normas regulamentares nacionais, de regimes jurídico-legais europeus. São situações distintas. No primeiro caso não existe uma relação de hierarquia entre as fontes de direito, pois do que se trata é de avaliar as normas do ordenamento jurídico interno, produzidas pelas entidades administrativas nacionais no âmbito da função administrativa do Estado português, segundo um parâmetro superior que se localiza num ordenamento jurídico separado, mas que goza de primazia sobre o direito interno. Neste caso, um eventual problema de violação das normas de direito europeu pelas normas de direito interno não poderia avaliar-se segundo um juízo de ilegalidade, mas antes de preferência na aplicação do parâmetro europeu, o que significa que o juiz nacional deveria, de acordo com a adequação formal da tramitação (art. 31.º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo), determinar, no âmbito do meio processual da impugnação de normas, a prática dos actos que melhor se ajustassem ao fim do processo: garantir a primazia na aplicação do direito europeu. Todavia, a nossa questão localiza-se, estritamente, no âmbito do *direito administrativo multinível*, o que significa que, neste contexto, as normas de nível nacional são produzidas não no âmbito da actividade administrativa do Estado português, mas antes *ao nível* da actividade administrativa desenvolvida pelos Estados-membros (no nosso caso

em regime de co-administração) e inserida na *cadeia de legitimação europeia*. Esta colocação do problema significa que existe, neste caso, uma relação de hierarquia e de validade entre as fontes de direito, o que explica, conseqüentemente, a possibilidade de se formular um juízo de ilegalidade destes regimes jurídicos. Por outras palavras, as normas em crise constantes da Resolução do Conselho de Ministros são normas regulamentares de direito administrativo europeu, ou seja, direito europeu de nível regulamentar produzido no nível dos Estados-membros, e, nessa medida, devem respeitar o disposto nas normas de direito legal europeu, sob pena de ilegalidade. Caso aquela violação se venha a verificar na prática, como acontece no caso concreto, devem os tribunais administrativos nacionais poder julgar a questão, declarando ou não a ilegalidade da norma de acordo com o regime processual previsto na lei e socorrendo-se dos mecanismos próprios da cooperação judiciária.

Em suma, o reconhecimento de um direito administrativo multinível permite-nos concluir que os tribunais administrativos nacionais, na qualidade de tribunais comuns em matéria de direito europeu, podem declarar a ilegalidade de normas regulamentares de nível nacional, produzidas pelas entidades administrativas nacionais (ainda que em regime de co-administração), que violem normas de estalão legislativo europeu, embora devam, nesse processo, socorrer-se dos mecanismos típicos da cooperação judiciária, designadamente do reenvio prejudicial para determinação da interpretação das normas constantes do Regulamento (CE) n.º 1083/2006. A tramitação do processo segue os termos gerais da impugnação de normas, o que implica o respeito pelo pressuposto processual da legitimidade, limitada, neste caso, à iniciativa do Ministério Público.

### 3. Controlo pelas instâncias judiciais da União

A competência dos tribunais administrativos nacionais para fiscalizar as normas de nível nacional no âmbito do direito administrativo multinível é uma decorrência normal do princípio da tutela jurisdicional efectiva neste novo direito. De facto, não se põe em crise a competência exclusiva dos tribunais

europeus para controlar a legalidade dos actos comunitários, na medida em que não estamos perante um caso de violação de normas do Tratado ou de normas de nível legal ou regulamentar produzidas pelas entidades da União Europeia, mas antes perante uma violação de normas de estalão legal europeu por normas administrativas produzidas pelo Estado português. Isto significa que não se trata de um caso de sindicabilidade de actos comunitários em sentido estrito, ou seja, de actos de nível europeu, mas antes de actos comunitários de nível nacional, podendo e devendo aquele controlo realizar-se ao mesmo nível, sem prejuízo da utilização dos instrumentos típicos da cooperação judiciária.

É neste ponto particular que se percebe a efectiva relevância do direito administrativo europeu como direito multinível, que permite, apesar da “cascata de legitimação europeia” que lhe dá sentido, autonomizar o nível de produção do direito e do respectivo controlo. Também o facto de o procedimento complexo que informa a produção deste direito prever a cooperação com a Comissão não altera o nível nacional a que o mesmo se há-de reconduzir. A participação da Comissão no procedimento de preparação do QREN, que permite qualificar o procedimento como uma actividade de co-administração, apenas releva para efeitos de se apurar se daí decorre ou não uma neutralização da ilegalidade resultante da violação das normas do regulamento europeu por parte das normas regulamentares de nível nacional. Tal como já antes afirmámos, a participação da Comissão na produção das soluções jurídicas nacionais deve ter precisamente uma função de prevenção e controlo de violação das disposições e princípios do direito europeu. A concordância daquela entidade com estas soluções não tem, porém, força suficiente para neutralizar a ilegalidade, na medida em que a mesma intervéem aqui a título de entidade administrativa. Por outras palavras, o facto de o Estado português ter “negociado” com a Comissão o regime de excepção da elegibilidade das despesas com *efeito spill-over* não elimina a respectiva ilegalidade por violação das disposições imperativas do Regulamento Europeu. Por outro lado, a participação da Comissão no procedimento de elaboração das normas

que integram o QREN não é suficiente para neutralizar o estalão nacional daquele direito, reconduzindo-o a um mero acto de direito comunitário, desconsiderando o carácter multinível do direito administrativo europeu.

Sublinhe-se, por último, que o controlo de legalidade pelos tribunais nacionais das normas regulamentares de direito europeu multinível “localizadas” ao nível nacional não neutraliza nem inviabiliza o controlo pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, designadamente através da acção de incumprimento.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO  
SUZANA TAVARES DA SILVA

## Riscos e Direito do Urbanismo (\*)

### 1. Introdução

Constitui actualmente um *topos* discursivo a afirmação segundo a qual nos encontramos numa *sociedade de risco*, cujo impulso motor se concretiza, na expressiva frase de U. Beck “tenho medo!”, e que coloca à comunidade a relevantíssima questão de saber “como vencer o medo, se não podemos combater directamente as causas do nosso medo?” ou “como continuar a viver no vulcão que é esta civilização, sem tentar conscientemente esquecê-lo e sem morrer asfixiado pelo medo?” (1).

Sem pretendermos, neste momento, traçar um quadro da complexa teia que envolve a *teoria do risco* — o que extravasaria larga-

mente o âmbito do presente artigo —, impõe-se um esclarecimento conceitual sobre a noção de *risco*, bem como a sua confrontação com o *perigo*, com o objectivo de delinear o nosso campo de análise. Risco e perigo andam associados à probabilidade da ocorrência de um facto lesivo ou danoso, mas distinguem-se em função da menor ou maior probabilidade dessa ocorrência (2) ou da destrição entre potencialidade e actualidade (3), respectivamente. Risco está, por isso, associado à eventualidade incerta de um dano futuro.

Verificam-se ainda propostas no sentido de levar mais longe a categoria do risco, assumindo a existência de riscos jurídicos (4). Claro está que, no limite, toda a decisão administrativa não estritamente vinculada, na medida em que pressupõe uma escolha, implica a emergência de riscos, em virtude da *voluntas* que necessariamente a predica (5). Todavia, não serão estes os riscos que se encontrarão no quadro das nossas preocupações, mas apenas aqueles que resultam de uma acção humana (riscos tecnológicos), bem como os

(2) Sem prejuízo de, no interior do risco, ser igualmente possível encontrar várias gradações, combinando os elementos da probabilidade de ocorrência do evento e do potencial lesivo dos seus efeitos. Cf. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 227 e s.

Por vezes, o legislador também ensaia algumas definições: assim, *u. g.*, o DL n.º 164/2001, de 23-5 (cf. *infra*), identifica *perigo* como “a propriedade intrínseca de uma substância perigosa ou de uma situação física de poder provocar danos à saúde humana e ou ao ambiente” [artigo 3.º, alínea *h*)], caracterizando o *risco* como “a probabilidade de que um efeito específico ocorra dentro de um período determinado ou em circunstâncias determinadas” [artigo 3.º, alínea *j*)].

(3) Cf. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, W. de Gruyter, Berlin/New York, 1991, p. 26.

(4) Cf. BROYELLE, «Le Risque en Droit Administratif “Classique”», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n.º 6, 2008, pp. 1522 e s., que identifica um conjunto de mecanismos construídos pelo Direito Administrativo para responder aos riscos jurídicos (teoria do funcionário de facto, princípio da não retroactividade dos regulamentos, teoria dos direitos adquiridos).

(5) Cf., também, a propósito do risco no quadro das decisões judicativas, FERNANDO JOSÉ BRONZE, «Argumentação Jurídica: O Domínio do Risco ou o Risco Dominado?», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVI, 2000, p. 27.

(\*) O presente escrito destina-se a ser publicado nos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral”.

(1) U. BECK, *La Irresponsabilidad Organizada*, trad., [www.nodo50.org/dado/textosteorias/beck4.rtf](http://www.nodo50.org/dado/textosteorias/beck4.rtf), Março 2009, p. 4. A associação do risco ao medo assume contornos especialmente relevantes nas actuais teorias sociológicas — cf., *u. g.*, numa reflexão sobre as perspectivas de Beck e Douglas, SCOTT, «Risk Society or Angst Society? Two Views of Risk, Consciousness and Community», in: ADAM/BECK/VAN LOON (eds.), *The Risk Society and Beyond*, Sage, London/Thousand Oaks/New Delhi, 2000, pp. 33 e ss.