

## **DIRECTIVAS DE AUTO-VINCULAÇÃO EM PODERES DISCRICIONÁRIOS\***

*DR. JOÃO TIAGO V. A. DA SILVEIRA*  
*Assistente Estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa*

(\*) O presente estudo corresponde a um trabalho apresentado a concurso para assistente estagiário na Faculdade de Direito de Lisboa

## ÍNDICE

I – Introdução .....	167
II – Será admissível a Auto-Vinculação através de Regras Gerais e Abstractas? .....	172
III – Noção de Directivas .....	179
IV – O Regime das Directivas .....	191
V – Os Fundamentos da eficácia Externa da Directiva .....	208
VI – Será a Directiva uma figura de aplicação exclusiva aos Poderes Discricionários? ..	215
VII – Impugnação Contenciosa .....	221
VIII – Alguma Jurisprudência Portuguesa .....	231
Bibliografia .....	237

## ABREVIATURAS

AC. STA-1 .....	Acórdão da 1ª secção do Supremo Tribunal Administrativo, em subsecção
AD .....	Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo
BMJ .....	Boletim do Ministério da Justiça
CE .....	Conseil d'Etat
CRP .....	Constituição da República Portuguesa
DL .....	Decreto-Lei
DR .....	Diário da República
ETAF .....	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais 8DL n.º 129/84, de 27 de Abril)
LEPTA .....	Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (DL n.º 267/85, de 16 de Julho)
STA .....	Supremo Tribunal Administrativo

## I

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estudar a questão da auto-vinculação da Administração através de regras gerais e abstractas, no âmbito de poderes discricionários.

Várias questões se colocam a este respeito. Apresentemos, resumidamente, as mais importantes de entre elas.

1) SERÁ LEGALMENTE ADMISSÍVEL QUE O ÓRGÃO DETENTOR DE UM PODER DISCRICIONÁRIO PARA DECIDIR EM DETERMINADA MATÉRIA LIMITE ESSE PODER, FIXANDO, PARA O FUTURO, OS TERMOS EM QUE VAI EXERCÊ-LO?

Vejamos dois exemplos:

#### **Exemplo n.º 1**

- A lei “x” concede ao órgão “y” um poder discricionário para atribuir um subsídio a empresas exportadoras de lacticínios.

O órgão em questão poderá, à luz da lei, conceder ou não um subsídio, desde que tenha sido requerido por uma empresa exportadora de derivados do leite.

- Posteriormente, o órgão “y” cria uma regra geral e abstracta do seguinte teor:

“O subsídio a atribuir será concedido a empresas exportadoras de queijo. Será sempre de indeferir quanto às exportadoras de restantes lacticínios”.

Se admitirmos a possibilidade de o órgão “y” formular uma regra deste tipo, o poder que a lei lhe atribuiu deixa de ser discricionário. O órgão em questão já não é livre de atribuir ou não o subsídio a qualquer empresa exportadora de derivados do leite. Pelo contrário, a regras que ele criou transforma o poder discricionário que detinha num poder vinculado – passa a estar obrigado a deferir em determinados casos e a indeferir noutros.

Será admissível uma regra que auto-vincule o órgão desta forma? Será permitido ao órgão transformar o poder discricionário que a lei lhe atribuía num poder vinculado?

### **Exemplo n.º 2**

Face à mesma lei, o órgão “y” formula a seguinte regra:

“O subsídio em apreço só pode ser concedido a empresas exportadoras de queijo”

No exemplo anterior a regra criada tinha como efeito a transformação de um poder discricionário num poder absolutamente vinculado:

- Se estivéssemos face a uma exportadora de queijo, o pedido seria deferido.
- Se estivéssemos face a uma exportadora de outro tipo de lacticínios, seria indeferido.

A situação agora apresentada é ligeiramente diferente:

- Face a uma exportadora de queijo, o órgão poderia conceder ou não subsídio.
- Face a uma exportadora de outros lacticínios, a Administração estaria vinculada a indeferir a pretensão.

Portanto, neste caso, o órgão “y” manteria um poder discricionário quanto à atribuição do subsídio. Simplesmente, ele só poderia ser atribuído a uma empresa exportadora de queijos. Ou seja, aditou-se um novo pressuposto aos que a lei já enumerava para que o poder discricionário pudesse ser exercido.

Será lícito este comportamento? Poderá o órgão a quem cabe decidir, limitar os casos em que pode decidir favoravelmente? Poderá ele limitar o poder discricionário que a lei lhe confere?

A questão que primordialmente se coloca é, pois, a de saber se o órgão ao qual é atribuído um poder discricionário pode limitar os casos em que pode decidir discricionariamente (exemplo n.º 2), ou mesmo fazer desaparecer qualquer margem de discricionabilidade do seu poder de decisão (exemplo n.º 1), através da criação de regras gerais e abstractas.<sup>1</sup>

### **Exemplo n.º 3**

Vejamos agora uma situação verídica.

O DL 34-A/89, de 31 de Janeiro, atribuía ao Conselho do Ministério dos Negócios Estrangeiros um poder para decidir sobre promoções na carreira diplomática. Para esse efeito, deveria ser elaborada uma lista classificando os vários candidatos em condições de ser promovidos. Posteriormente, com base na classificação constante da lista, determinar-se-ia quem poderia ser promovido, de acordo com o número de vagas existente.

Colocava-se a questão de saber como se deveria hierarquizar os candidatos. Por outras palavras, que critérios deveriam ser seguidos para classificar os funcionários?

O DL afirmava no ser art. 9.º-2 que, para elaborar a lista, se deveria ter em conta:

- A classificação de serviço;
- O tempo de serviço prestado na categoria em que o candidato se encontrava aquando da sua candidatura;
- As qualidades do funcionário para desempenhar as funções da categoria superior a que concorria;
- Os cargos exercidos anteriormente;
- Outros elementos que a entidade decisória entendesse valorar.

Portanto, tinha sido atribuído um poder ao Conselho do Ministério para elaborar a lista classificadora dos candidatos. Esse poder era:

---

<sup>1</sup> A Jurisprudência nacional tem-se manifestado maioritariamente no sentido de não admitir a formulação de regras gerais e abstractas limitadoras de um poder discricionário. Vejam-se os acórdãos STA-1 de 1/Mar/73 (AD n.º 138, ano XII), 16/Out/80 (in Direito Administrativo – Revista de Actualidade e Crítica, ano 1, n.º 5), 6/Dez/84 (AD n.º 284-285, ano

- Um poder vinculado, na medida em que obrigava o referido Conselho a avaliar os aspectos acima mencionados.

- Mas era também, e sobretudo, um poder discricionário por o Conselho poder decidir, ele próprio, em que medida deveria ponderar cada um dos aspectos. Por outras palavras, o Conselho tinha uma liberdade para determinar a que aspectos deveria atribuir maior importância, e quais deveriam ter menos peso na formação da decisão.

- Além disso, o Conselho tinha um poder discricionário para, se o entendesse, tomar em linha de conta outros aspectos, não previstos no DL, que considerasse serem importantes.

Em suma, o poder do Conselho era discricionário quanto à possibilidade de tomar em conta outros elementos de avaliação, além dos indicados no DL, e era-o igualmente quanto à determinação do peso com que cada um dos critérios contribuiria para a classificação dos candidatos. Ora, no âmbito deste poder discricionário, o Conselho elaborou uma fórmula para classificar os candidatos:

$$\text{classif. final} = \text{tempo na categoria} + \text{tempo na carreira} + \text{classif. de serviço} + (1,5 \times Q)$$

---

4,5

Sendo que:

$$Q = 2 \times A + B$$

A = Classificação de 1 a 5 valores que traduz a avaliação a nível de conhecimentos e experiências profissional.

B = Aptidão para desempenhar as novas funções, classificada de 1 a 5 valores.

Portanto, o Conselho do Ministério elaborou, de antemão, regras sobre o modo de exercer o poder que lhe havia sido atribuído:

- De acordo com o poder de determinar os critérios com maior peso na formação da decisão, decidiu valor mais intensamente o elemento “Q”.

- De acordo com a possibilidade de valorar outros elementos, além daqueles que o DL já obrigava a considerar, aditou as variáveis “tempo na carreira” e “A” (que está contida no elemento “Q”).<sup>2</sup>

Temos portanto, um outro exemplo de regras criadas pelo órgão detentor de um poder discricionário. Através delas, este órgão predetermina qual irá ser a sua atitude quanto ao exercício do poder que lhe foi concedido. Será que o órgão se encontra obrigado a obedecer às regras por ele próprio criadas? Será que o Conselho do Ministério dos Negócios Estrangeiros está obrigado a classificar os concorrentes de acordo com a fórmula que fixou?<sup>3</sup>

## 2) EM QUE MEDIDA PODERÃO ESSAS REGRAS VINCULAR?

Admitindo a possibilidade de o órgão criar regras limitadoras de um poder discricionário, caberá perguntar em que medida poderá esse poder ser limitado. Por outras palavras, dever-se-á verificar em que medida estarão a Administração e os particulares obrigados ao seu cumprimento.

1 – Será que o órgão competente para decidir está vinculado, em todos os casos, a cumprir pontualmente a regra?

Será que o órgão “y”, no exemplo n.º 2, estava sempre obrigado a indeferir as pretensões de uma empresa exportadora de um lacticínio que não o queijo?

Será que a Administração fica totalmente obrigada a respeitar a regra que criou?

---

<sup>2</sup> Poder-se-ia levantar o problema de saber se a fórmula criada pelo Conselho é ilegal. O DL impunha que se considerassem os cargos anteriormente exercidos pelo concorrente. Ora, na regra formulada não encontramos este elemento de avaliação. Terá o Conselho violado o DL por ter criado uma fórmula que não o respeita na totalidade?

Talvez não, se entendermos que a consideração dos cargos exercidos anteriormente se fará quando da valoração da sua experiência profissional (segundo o elemento de avaliação “A”). Mas este ponto é duvidoso...

<sup>3</sup> Este exemplo foi retirado de um recurso contencioso de anulação de um ato do Ministro dos Negócios Estrangeiros. Embora no caso em questão não tenha sido discutido o problema de saber se o Conselho estava obrigado a respeitar a fórmula por ele elaborada, o recorrente funda parte da sua argumentação no pressuposto de que a fórmula criada obriga o referido órgão a observá-la. Além disso, o próprio STA não nega que tal fórmula vincula o órgão que a criou, nem afirma ser errado o facto de o recorrente alegar com base em tal pressuposto.

2 – Será que o particular pode invocar a regra em questão para justificar um direito?

Será que a exportadora de queijo pode invocar a regra do exemplo n.º 1 para justificar a concessão do subsídio se a Administração o negar? Será que uma empresa exportadora de iogurtes estará, à partida, impossibilitada de obter um subsídio nos exemplos dados?

Em suma, as questões colocadas só poderão ser respondidas após analisarmos o problema da eficácia vinculativa destas regras. Teremos de verificar se estas regras devem ser pontualmente cumpridas ou não, e se elas aproveitam aos particulares.

## II

### **SERÁ ADMISSÍVEL A AUTO-VINCULAÇÃO ATRAVÉS DE REGRAS GERAIS E ABSTRACTAS?**

#### 1) COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Como já foi sumariamente explicado, o primeiro problema de que nos devemos ocupar é o de saber se a Administração pode criar uma regra que limite os termos do uso de um poder discricionário que lhe tenha sido atribuído.

Será possível limitar um poder que, em termos mais amplos, lhe tenha sido concedido?

#### 2) AS VÁRIAS POSIÇÕES SOBRE O PROBLEMA

Várias respostas existem quanto a esta questão. Para alguns é possível a formulação de tais regras, para outros não o é. Vejamo-las mais de perto.

## **A) Não é possível a formulação de regras gerais e abstractas limitadoras do poder discricionário**

Para estes, tais regras serão inadmissíveis por limitarem o poder discricionário que a lei ou regulamento atribui.<sup>4</sup>

Vejam os argumentos que militam neste sentido:

a) O poder discricionário obriga a uma ponderação dos casos concretos.<sup>5</sup>

Segundo os defensores desta ideia, o poder discricionário, ao ser atribuído por lei, visa a satisfação de um objectivo:

A ponderação dos interesses e das particularidades subjacentes a um dado caso concreto. Ou, por outras palavras, a análise dos casos em todos os circunstancialismos que o rodeiam. A atribuição de um poder discricionário a um dado órgão administrativo comporta, deste modo, uma obrigação de análise dos vários casos em todas as particularidades.<sup>6</sup>

Ora, se o órgão, a que cabe decidir, formular uma regra geral e abstracta limitando o seu poder de decisão, então deixará de analisar o caso concreto em todas as suas particularidades, e passará a verificar apenas aquilo que diga respeito ao preenchimento dos pressupostos da norma que se criou.

Tomemos um exemplo:

- Uma lei atribui ao Presidente da Câmara o poder de decisão discricionário de licenciar obras de construção.

- Posteriormente, o Presidente limita o seu poder de decisão da seguinte forma:

---

<sup>4</sup> Oliveira, Mário Esteves de – Direito Administrativo, Vol I, Coimbra, 1980, pág. 262-264; Queiró, Afonso – Lições de Direito Administrativo, Vol I, Coimbra, 1976, pág. 448; Pereira, André Gonçalves – A garantia de recurso contencioso no texto constitucional de 1971, Ed. Ática, Lisboa, 1973, pág. 10-11; Gomes, José Osvaldo – Fundamentação do acto administrativo, Coimbra, 1976, pág. 137-138.

<sup>5</sup> Oliveira, Mário Esteves de – Direito Administrativo..., pág. 264; Pereira, André Gonçalves – A Garantia..., pág. 11; Wade, Sir William – Administrative Law, 6ª ed, Clarendon Press, Oxford, pág. 370-371.

<sup>6</sup> Freitas do Amaral parece admitir que a atribuição de um poder discricionário não comporta, em todos os casos, uma obrigação de análise da questão em particular, Amaral, Freitas do – Direito Administrativo, vol II, Lisboa, 1988, pág. 150.

“Todos os pedidos de licença serão de deferir desde que o telhado das casas não seja negro”.

- Suponhamos que um particular pretende edificar um prédio de vinte e cinco andares numa zona de moradias. O telhado do prédio não é negro.

Diriam estes autores que a atribuição do poder discricionário ao Presidente da Câmara visou a obrigatoriedade de este verificar o caso apresentado pelo particular em todos os pormenores. O Presidente da Câmara estaria obrigado a verificar, por exemplo, em que medida a construção pretendida se enquadrava no local em que se pretendia erguê-la. Porém, uma vez adoptada a regra auto-vinculadora, o Presidente da Câmara passaria a verificar, somente, a cor dos telhados da construção pretendida.

Ora, para estes autores isto é inadmissível. Se a lei ou regulamento que atribuiu o poder discricionário tinha como função a criação de uma obrigatoriedade de análise do caso concreto, uma norma geral e abstracta que limite a ponderação de todos os circunstancialismos do caso é violadora da lei.<sup>7</sup>

A maioria da Jurisprudência nacional tem partilhado esta opinião. Tem-se admitido a formulação de regras genéricas pelo órgão detentor do poder discricionário, mas não se tem atribuído qualquer valor a essa prática. Ou seja, o STA tem admitido que o órgão formule regras quanto ao exercício do poder discricionário que detém, mas tem afirmado que essas normas não o vinculam. De facto, a orientação jurisprudencial tem sido no sentido de não atribuir qualquer eficácia auto-vinculadora a essas regras. O órgão administrativo permanece inteiramente livre para decidir o caso no âmbito do seu poder discricionário. As regras criadas poderão, apenas, ter o carácter de meras orientações, porque o órgão que as formulou tem a obrigação, derivada do poder discricionário que lhe é atribuído, de analisar o caso concreto em todas as suas particularidades.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Para Gonçalves Pereira trata-se de um erro de direito sobre a competência, Pereira Gonçalves – A Garantia..., pág. 11, para Osvaldo Gomes, essa violação da lei consiste num erro sobre os motivos por a Administração se encontrar em erro quanto aos poderes que a lei lhe confere, Gomes, Osvaldo – A Fundamentação..., pág. 137-138.

<sup>8</sup> Acórdãos do STA (pleno) de 23/Jun/92, 11/Mai/89, 23/Jan/90; STA – 1 de 1/Mar/73, 16/Out/80 e 24/Mai/89 (citados na nota 1).

b) A criação da regra geral e abstracta pelo órgão competente para decidir constitui uma violação à regra segundo a qual nem todas as entidades administrativas dispõem de poder regulamentar.

Ao admitir a formulação de uma regra auto-vinculadora pelo órgão apto a decidir, estar-se-ia, indirectamente, a permitir o exercício de uma competência regulamentar não prevista na lei.

Como se sabe, a competência para elaborar regulamentos externos tem de estar legalmente prevista.<sup>9</sup> Ora, se assim é, dando competência ao órgão que detém o poder discricionário para elaborar regras gerais e abstractas que limitem o uso dos seus poderes, estar-se-ia a conceder-lhe uma competência regulamentar sem que a tivesse.

Também por aqui se demonstra que não é possível uma auto-vinculação através de regras gerais e abstractas. Isso poderia conduzir à atribuição de um poder regulamentar não previsto na lei, se o órgão a quem coubesse decidir não o tivesse.

Naturalmente que este argumento visa rebater, essencialmente, a possibilidade de auto-vinculação através de um regulamento externo. Na verdade, só quanto à competência para a elaboração destes deve o respectivo poder vir especificado na lei.

Porém, também quanto à elaboração de regulamentos internos auto-vinculadores este argumento é válido.

Suponhamos que é o subalterno, e não ao órgão do qual ele depende, que cabe exercer o poder discricionário. Sabendo que o subalterno não detém qualquer poder regulamentar interno (por este caber ao superior)<sup>10</sup>, também por aqui se vê que atribuir poderes ao órgão detentor do poder discricionário para criar normas gerais e abstractas pode subverter as regras sobre competências regulamentares.<sup>11</sup>

c) A atribuição de uma competência auto-vinculadora poderia conduzir à possibilidade de modificação da lei por uma fonte de valor inferior.

---

<sup>9</sup> Amaral, Freitas do – Direito Administrativo, vol III, Lisboa, 1989, pág. 48.

<sup>10</sup> O superior tem o poder de elaborar instruções/ circulares, que correspondem ao exercício de competência regulamentar interna – Amaral, Freitas do – Curso de Direito Administrativo, vol I, Almedina, 2ª ed., 1994, pág. 641-642.

<sup>11</sup> Amaral, Freitas do – Regulamentos externos são aqueles cujos efeitos se projectam fora da pessoa colectiva que os elaborou. Contrariamente, os efeitos dos regulamentos internos só se fazem sentir no seu interior. A competência para o poder regulamentar externo deverá vir especificada na lei, enquanto que a competência regulamentar interna cabe, por natureza, aos órgãos das pessoas colectivas e aos superiores hierárquicos, Curso... pág. 641-642 e Direito Administrativo, vol III, pág. 25-29 e 44-46.

Suponhamos que o Conselho de Ministros elaborava um DL do seguinte teor:

“Fica o órgão “y” habilitado a conceder uma pensão a inválidos, se assim o entender”.

O órgão “y”, convencido da possibilidade de se auto-vincular, formula a seguinte regra:

“A dita pensão só poderá ser atribuída a pessoas com problemas cerebrais”.

O efeito da norma criada pelo órgão foi o de modificar o DL. Realmente, o objectivo do DL era o de possibilitar uma pensão a qualquer tipo de inválido, desde que a situação o justificasse. A norma criada modificou o DL na medida em que revogou a possibilidade de concessão da pensão a inválidos sem problemas cerebrais.

Será possível a modificação de um DL através de uma norma emanada de um órgão administrativo (norma essa que, na melhor das hipóteses, terá valor regulamentar)? Admitir-se-á uma modificação do alcance de um DL através de uma norma de valor inferior?

**B) É possível a formulação de regras gerais e abstractas que limitem o poder discricionário.<sup>12 13</sup>**

Vários argumentos poderão ser aduzidos para defender esta posição:

a) o facto de se criar uma regra geral e abstracta reduz a possibilidade de o comportamento da Administração ser discriminatório.

Criando uma regra quanto ao exercício de um poder discricionário, reduz-se a margem de livre decisão que o órgão administrativo possui. Por outras palavras, a Administração deixa

---

<sup>12</sup> Neste sentido, Oliver, José M<sup>a</sup> Boquera – *Estúdios Sobre el Acto Administrativo*, 6<sup>a</sup> ed. Civitas, pág. 95-96; Amaral, Freitas do – *Direito Administrativo*, vol II..., pág. 150 – Desde que resulte da interpretação da lei que não era objectivo da norma que concedeu o poder discricionário a obrigatoriedade de ponderação de todas as particularidades dos casos; Abreu, Jorge M. Coutinho de – *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Almedida, 1987, pág. 175-179.

<sup>13</sup> Alguma Jurisprudência nacional tem admitido a auto-vinculação através de normas gerais e abstractas. É o caso dos acórdãos do STA-1 de 23/Jan/70 (AD n.º 100, ano IV), 26/Mai/77 (apêndice ao DL de 10/Jul/80), 7/Dez/78 (AD n.º 206, ano XVIII).

Vejam-se também os casos do Tribunal da Primeira Instância das Comunidades Europeias em que se reconhece valor a normas deste tipo; caso Williams/ Tribunal de Contas (10/Dez/92), caso Annick Auzat/ Comissão (15/Dez/92) e Piera Scaramuza/ Comissão (15/Dez/92) – Todos na Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância de 1992-10.

de ter tanta liberdade para escolher a opção que entender, e, conseqüentemente o perigo de casos iguais serem decididos de forma diferente será menor.

Se existirem regras que, no âmbito de um poder discricionário, condicionarem a actuação da Administração, os riscos de o seu comportamento poder ser discricionário serão menores.

b) Se o órgão tem o poder discricionário de decisão, tem, logicamente, o poder de dar a conhecer antecipadamente o sentido da sua actuação.

Se um determinado órgão tem um poder discricionário, ele terá o direito de vincular-se no âmbito desse poder. A criação de uma regra autovinculadora é também uma forma de exercer o poder discricionário de que dispõe.

Tomando o poder discricionário com uma “liberdade” para decidir, não fará sentido afirmar a impossibilidade de se auto-vincular – o órgão será livre de formular regras para si próprio.

Além disto, não faria sentido impor a impossibilidade de formular uma regra geral e abstracta. Mesmo se tal sucedesse, o órgão poderia actuar segundo essa regra, sem a exteriorizar. Obteria assim os mesmos efeitos práticos. De facto, se um dado órgão, face a cada caso concreto, aplicar a regra que formulou, mas sem a exteriorizar, sem a dar a conhecer, conseguirá a aplicação de uma norma sem que se saiba da sua existência.

Um último esclarecimento se impõe.

Alguns autores analisaram separadamente a possibilidade de auto-vinculação através de regulamentos externos e internos. Não nos parece que isso faça sentido. Na verdade, o poder discricionário impõe uma análise de todo o circunstancialismo do caso concreto.<sup>14</sup> Ora, tanto o regulamento interno, como o externo (por não admitirem derrogações), retiram esta obrigatoriedade de análise do caso no seu todo. O órgão a que coubesse o exercício do poder discricionário teria, unicamente, de verificar os pressupostos de aplicação do regulamento. Só analisaria os aspectos do caso que revelassem para a previsão deste. Como qualquer regulamento tem estes efeitos (seja interno ou externo), parece-nos ser de negar a possibilidade de auto-vinculação tanto num caso como noutro.

---

<sup>14</sup> Mockle, Daniel – Recherche sur les Pratiques Administratives Pararéglementaires, Ed. LGDJ, Paris, 1984, pág. 378.

### 3) SOLUÇÃO DO PROBLEMA – A FIGURA DA DIRECTIVA

Teremos agora de averiguar se é, efectivamente, possível a auto-vinculação no âmbito de um poder discricionário através de uma regra geral e abstracta.

Desde logo se nos deparam os seguintes dados:

1 – A atribuição de um poder discricionário envolve uma obrigatoriedade de avaliação de todas as particularidades do caso concreto e dos interesses a ele subjacentes. Consequentemente, uma norma criada pelo órgão detentor do poder discricionário não poderá violar esta regra. Ela não poderá ter como efeito a redução dos aspectos do caso em questão que a Administração está obrigada a analisar.

2 – O órgão administrativo a quem caiba decidir não pode elaborar regras gerais e abstractas (que serão verdadeiros regulamentos) sem a lei lhe atribuir competência para tal.

3 – A possibilidade de criação de uma regra geral e abstracta que venha definir os termos do exercício futuro de um poder discricionário comporta numerosas vantagens, nomeadamente, restringe a possibilidade de a actuação da Administração se vir a revelar discriminatória.

4 – Não se pode negar ao órgão detentor do poder discricionário a possibilidade de ele definir os termos segundo os quais exercerá o seu poder.

Teremos, portanto, de encontrar uma forma de o órgão administrativo se poder auto-vincular 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 solução encontra-se na figura directiva. Mas, por que razão dizemos que a directiva consegue conciliar todos estes pontos?

A directiva é, como veremos, uma regra geral e abstracta elaborada pelo órgão detentor do poder discricionário ou pelo seu superior. Mas, contrariamente ao regulamento, não dispensa a Administração de analisar todos os circunstancialismos do caso concreto e interesses a ele subjacentes. De facto, antes de aplicar a directiva, o órgão está obrigado a

analisar o caso apresentado no seu todo (para verificar se se justifica uma derrogação à regra geral e abstracta).

Consegue-se, desta forma, compatibilizar as vantagens da admissão da auto-vinculação através de regras gerais e abstractas com a imposição de uma análise de todo o caso concreto. Realmente:

1 - A directiva não dispensa a análise de todos os aspectos do caso, mesmo os que não digam respeito aos pressupostos na norma.

2 - A directiva não é um regulamento. Ao contrário deste, admite a possibilidade de não ser aplicada a um caso concreto (a possibilidade de ser derrogada) se as particularidades dele assim o exigirem.

Concluimos, portanto, no sentido de ser possível a autovinculação do órgão detentor do poder discricionário através de uma forma particular de regras gerais e abstractas – a directiva.

### III

## NOÇÃO DE DIRECTIVA

### 1) COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

É chegada a altura de tentarmos obter uma noção de directiva.

Já sabemos que se trata de uma norma geral e abstracta susceptível de ser derrogada num caso particular. Mas, pergunta-se, como reconhecer a **priori**, de entre as várias normas gerais e abstractas do ordenamento jurídico, aquelas que podem ser derrogadas das que não podem? Dito de outro modo, como distinguir a directiva do regulamento administrativo?

Tentaremos distinguir a directiva de figuras que se lhe assemelham e, posteriormente, oferecer uma noção precisa que permita defini-la.

## 2) DISTINÇÕES

### A) A Directiva e a Directiva Comunitária

Não se deverá confundir como figura utilizada pela Administração para se auto-vincular com a directiva emanada pelos órgão competentes da organização internacional “União Europeia”.

Bastará referir os seguintes pontos:

1 – A directiva comunitária tem como destinatários os Estados-membros da Comunidade Europeia. Ela visa impor a estes Estados a realização de um objectivo, deixando-lhes uma margem de liberdade quanto ao modo de o conseguir.<sup>15</sup> Contrariamente, a directiva em Direito Administrativo tem como destinatários os órgãos da Administração que irão exercer o poder discricionário em questão.

2 – A directiva comunitária fixa um objectivo deixando uma margem de liberdade quanto à forma de o prosseguir. A directiva auto-vinculadora poderá assumir essa estrutura (no caso de transformar uma “discricionariedade de decisão” numa “discricionariedade criativa”, como veremos adiante), mas nem sempre será assim (ela poderá transformar um poder discricionário de decisão num poder vinculado). A estrutura da directiva auto-vinculadora é, portanto, variável.

3 – A directiva auto-vinculadora é uma figura que surge associada ao exercício de poderes discricionários que a lei atribua, enquanto a directiva comunitária nos aparece como instrumento concretizador de políticas comunitárias. O seu objectivo e a sua utilização não é, portanto, o de limitar poderes discricionários.

---

<sup>15</sup> Alves, Jorge de Jesus Ferreira – Lições de Direito Comunitário, vol I, 2ª ed., Ed. Coimbra, 1992, pág. 223-224; Campos, João Mota de – Direito Comunitário, vol. II, 4ª ed, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pág. 127-132; Charlesworth, Andrew/ Cullen, Holly – European Community Law, Ed. Pitman, 1994, pág. 82; Isaac, Guy - Droit communautaire général, 4ª ed., Ed. Masson, 1994, pág. 127-128.

4 – Finalmente, a directiva comunitária é um acto legislativo próprio do exercício desta função, ao passo que a directiva auto-vinculadora é uma figura própria da função administrativa.<sup>16</sup>

## **B) A Directiva e o Regulamento**

A distinção entre directiva e regulamento cria problemas sérios mas é essencial que se obtenha um critério para a fazer.

Realmente, e como foi atrás demonstrado, nem todos os agentes e órgãos administrativos têm poderes regulamentares. Correr-se-ia o risco de uma entidade sem poder regulamentar o exercer camufladamente dizendo que tinha elaborado uma directiva. É de toda a conveniência, por isso, que se distingam claramente as duas figuras.

1 – Uma solução possível seria distinguir a directiva do regulamento com base nos efeitos jurídicos de um e da outra. Os regimes jurídicos seriam diferentes e, conseqüentemente, as figuras não coincidiriam.<sup>17</sup>

A posição tem alguma razão de ser. Na verdade, enquanto para aplicar um regulamento só interessa avaliar os circunstancialismos do caso concreto que interessem à previsão da norma, a directiva não dispensa uma análise de todas as particularidades do caso concreto (mesmo dos aspectos que não interessem à previsão da norma).

Por outro lado, enquanto que um regulamento é de aplicação absoluta (se os seus pressupostos se verificarem aplica-se, caso contrário, não produzirá efeitos), a directiva admite derrogações (se as particularidades do caso concreto o exigirem, a norma pode ser derogada – pode não ser aplicada ao caso concreto).

Não entendemos, porém, que a distinção entre as figuras se possa fazer com base nos diferentes efeitos jurídicos de uma e de outra. Na verdade, estar-se-ia a distinguir a figura através das conseqüências, não obtendo uma definição que possibilitasse uma distinção desde o início. Por outras palavras, é necessário poder distinguir as figuras para saber quais os efeitos jurídicos que lhes cabem.

---

<sup>16</sup> Miranda, Jorge – Funções, Órgão e Actos do Estado, Lisboa, 1990, pág. 19-25.

<sup>17</sup> Cliquennois, Martine/ Lascombe, Michel – Les Directives, PUF, pág. 20-25.

Tomemos um exemplo:

Um órgão da Administração cria a seguinte norma:

“Será de atribuir um subsídio às empresas têxteis”.

Como saber se esta norma consiste num regulamento ou numa directiva? O critério enunciado não nos permite obter uma conclusão. Ele apenas aponta as diferenças entre um regime e outro.

2 – Julgamos, portanto, que o critério de distinção deve ser outro.

Já se concluiu que é impossível limitar de forma regulamentar um poder discricionário. Realmente, uma norma geral e abstracta de tipo regulamentar impede a ponderação de todos os circunstancialismos presentes no caso concreto e, conseqüentemente, de todos os interesses a ele subjacentes.

Também já foi afirmado que, se a disposição geral e abstracta não impedir a ponderação do caso concreto na sua totalidade, ela poderá ser utilizada no âmbito de um poder discricionário.

Do afirmado retiramos a conclusão de que a directiva pode ser utilizada no âmbito de um poder discricionário e o regulamento não.

Estamos, portanto, aptos a fornecer um critério que permita distinguir as figuras:

- Quando se disponha de forma geral e abstracta no âmbito de um poder discricionário, estaremos perante uma directiva.

- Quando se disponha de forma geral e abstracta fora dos casos de poder discricionário, ou quando o objectivo da norma não seja limitar um poder discricionário deste tipo, então ela terá carácter regulamentar.

A regra enunciada comporta, no entanto, uma excepção.

Suponhamos que a própria norma que atribui o poder discricionário prevê a possibilidade de vir a ser limitada de forma geral e abstracta.

Se tal suceder, a norma auto-vinculadora será um regulamento e não uma directiva. Na verdade, se é a própria norma que impõe a obrigatoriedade de análise do caso no seu todo, a permitir a limitação do poder que ela confere, deve-se presumir que se pretende criar uma excepção ao regime normal. Ou seja, o regime-regra permite a criação de directivas (mas não de regulamentos); no entanto, se a norma se atribui o poder discricionário permite, no seu texto, a possibilidade de elaboração de regras gerais e abstractas auto-vinculadoras, deve-se entender que ela pretendeu criar uma excepção a esse regime-regra.

Por outro lado, se é essa regra (a que atribui o poder discricionário) que impõe a análise das particularidades do caso, é lógico que ela possa enunciar situações em que a análise não seja obrigatória.

Uma última questão a propósito da distinção entre directiva e regulamento poderá ser colocada.

Maurer admite que um regulamento ilegal se possa transformar numa directiva (*Ermessensrichtlinie*).<sup>18</sup>

Seria o caso de um regulamento que não tivesse obedecido a uma formalidade a que estivesse sujeito (p. ex., a publicação). Poderia ele valer como directiva?

Parece-nos que não. Como vimos, o campo de aplicação dos regulamentos não coincide com o das directivas. A directiva é uma figura própria do poder discricionário, ao passo que o regulamento não poderá actuar nessa área. Não é, portanto, concebível que o regulamento ilegal se transforme em directiva. No espaço em que o regulamento pode actuar a directiva não estará apta a fazê-lo, e vice-versa.

Só num caso tal será possível. Como se viu, a própria norma criadora do poder discricionário pode possibilitar uma auto-vinculação através de um regulamento. Se a entidade com competência regulamentar o fizer ilegalmente, poderá a norma converter-se numa directiva (se os pressupostos da sua existência estiverem preenchidos). Operará aqui um instituto semelhante ao da conversão do negócio jurídico.

Atente-se, porém, no facto de Maurer colocar o problema num plano mais vasto que o das directivas de discricionariade (*Ermessensrichtlinie*). O autor estuda a questão a propósito das “*Verwaltungsvorschriften*”, ou normas auto-vinculadoras que abarcam outros casos além

---

<sup>18</sup> Maurer, Hartmut – *Allgemeines verwaltungsrecht*, 6ª ed., Munique, 1988, pág. 522-527.

das directivas de discricionarieidade.<sup>19</sup> Far-lhes-emos referênciã quando estudarmos a possibilidade de existênciã de directivas noutras áreas além dos poderes discricionários.

### **C) A directiva e as instruções**

A instrução é um comando geral e abstracto próprio de uma relação hierárquica. É um comando geral e abstracto emanado pelo superior que, através dele, determina as condutas que o subalterno deverá ter face a uma situação concreta. Dentro da noção de instrução poderemos distinguir as circulares. Estas são também comandos gerais e abstractos transmitidos aos subalternos, mas têm como particularidade o facto de o serem em relação a todos os subalternos por igual. Ao passo que a instrução se poderá dirigir a um único subalterno, a circular é dada a conhecer a todos.<sup>20 21</sup>

Como distinguir instrução/ circular de Directiva?

a) Cliquennois e Lascombe distinguem circulares interpretativas e regulamentares. As primeiras limitar-se-iam a interpretar a lei, ao passo que as segundas inovariam no ordenamento jurídico.<sup>22</sup>

As circulares interpretativas distinguir-se-iam por não inovar no ordenamento jurídico, nem afectar a situação dos particulares, ao passo que a directiva afectaria, seguramente, a situação dos particulares.

A distinção entre directiva e circular regulamentar far-se-ia nos mesmos termos em que estes autores distinguiam regulamento de directiva.

b) Entendemos que, muitas vezes, não haverá distinção a fazer. Realmente, a directiva surgirá frequentemente sob a forma de uma instrução/ circular.<sup>23</sup>

A directiva consiste num comando geral e abstracto que visa limitar um poder discricionário. Ora, sempre que a instrução/ circular vise a regulamentação (leia-se “limitação”) do uso de um poder discricionário, ela assumirá a natureza directiva.

---

<sup>19</sup> Maurer, Hartmut – Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ª ed., Munique, 1988, pág. 508-509.

<sup>20</sup> Amaral, Freitas do – Curso de Direito Administrativo, vol I, 2ª ed., Almedina, 1994, pág. 641-642.

<sup>21</sup> Cliquennois e Lascombe definem circular/ instrução de forma diferente. Realmente estes autores não as distinguem, atribuindo às duas as características da circular. Les directives – pág. 33-41.

<sup>22</sup> Idem, pág. 33-41.

Não concordamos, portanto, com a opinião daqueles que vêm nas instruções/ circulares meros regulamentos internos, não produzindo qualquer efeito sobre a esfera dos particulares.<sup>24</sup> Sempre que estas circulares/ instruções assumirem a natureza de directivas (sempre que visarem, genérica e abstractamente, a limitação do uso de um poder discricionário), elas produzirão efeitos externos. Veremos posteriormente os efeitos que a directiva produz na esfera dos particulares.

#### **D) A directiva e as directivas do superintendente**

Por vezes existe, entre duas pessoas colectivas públicas, uma relação de superintendência. Essa relação de superintendência caracteriza-se por uma entidade pública poder emitir “directivas” definidoras de objectivos genéricos a ser prosseguidos por uma outra entidade deste tipo. Portanto, a relação de superintendência cria um vínculo de subordinação mais forte que uma relação de tipo tutelar.<sup>25</sup> Contrariamente, o vínculo na relação de superintendência é mais fraco que o existente na relação hierárquica.<sup>26 27</sup>

Ora, serão estas “directivas” que o superintendente pode criar, semelhantes às directivas de discricionariedade de que tratamos?

Parece-nos que não. As “directivas” do superintendente são comandos gerais e abstractos que visam definir, de modo genérico, as grandes linhas de orientação a que deve obedecer a actuação de uma entidade. São, por isso, comandos pouco precisos e que apenas traçam um rumo a seguir.

Contrariamente, a directiva de discricionariedade actua quando exista um poder discricionário atribuído a um dado órgão. A “directiva” formulada pelo superintendente define

---

<sup>23</sup> Chapus, René – *Droit Administratif Général*, tomo I, 5ª. ed., Montchrestien, 1990, pág. 360-363; Duarte, David – *Igualdade e imparcialidade na auto-vinculação* (relatório de mestrado não publicado), Lisboa, 1992, pág. 91 (nota 239).

<sup>24</sup> Amaral, Freitas do – *Curso ...*, pág. 641-642.

<sup>25</sup> Realmente, o mero poder de controlo tutelar não abrange a possibilidade de definir o rumo da entidade que recebe a directiva do superintendente. De facto, ao passo que o superintendente pode definir, de modo positivo, qual deverá ser a actuação de entidade que dela se encontra dependente, a entidade que exerce o controlo tutelar apenas poderá avaliar a actividade da entidade tutelada. No primeiro caso, determina-se o sentido de um desempenho futuro, no segundo apenas se avalia um desempenho definido por vontade própria do tutelado.

<sup>26</sup> Numa relação de hierarquia, o superior pode emitir instruções. Como já foi mencionado, a instrução é um comando geral e abstracto que não concede uma margem de discricionariedade ao subalterno. Contrariamente, os comandos que o superintendente emite podem apenas definir orientações genéricas quanto à actividade a desenvolver pela entidade dependente. A entidade dependente, tem, pois, uma ampla margem de escolha quanto às várias actuações que se conformem com as orientações genéricas determinadas.

<sup>27</sup> Amaral, Freitas do – *Curso ...*, pág. 716-720; Correia, Sérvulo – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, vol I, Ed. Danúbio, 1982, pág. 213-215; Otero, Paulo – *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992, pág. 228-229.

os objectivos genéricos da actuação de uma pessoa colectiva pública, a directiva de discricionariedade actua a um nível muito mais preciso:

Ela define uma opção quanto ao modo de utilização de um poder discricionário que determinado órgão detenha. A “directiva” do superintendente não actua ao nível da adopção de uma solução face a um poder daquele tipo. Ela não visa escolher uma solução face a um poder discricionário em concreto.

Portanto, ao passo que a directiva do superintendente visa orientar, de forma genérica, o exercício de todos os poderes e áreas de actuação da entidade superintendida, a directiva de discricionariedade actua ao nível de um poder discricionário que em concreto tenha sido atribuído a um órgão.

### 3) NOÇÃO PROPOSTA

É chegado o momento de tentar formular uma noção de directiva.

Entendemos que directiva é uma norma geral e abstracta de aplicação não imediata, susceptível de derrogação e criada no âmbito de um poder discricionário para o limitar.

A definição proposta contém cinco elementos:

1 – É uma norma geral e abstracta por não dizer respeito a uma situação individualizada e por ser de aplicação tendencialmente perpétua.

2 – É de aplicação não imediata por não retirar a obrigatoriedade de análise de todos os circunstancialismos do caso concreto.

3 – É susceptível de derrogação por a sua aplicação poder ser dispensada num caso concreto que justifique tratamento diferente.

4 – É criada no âmbito de um poder discricionário porque, como se verá, o regime da directiva é especialmente concebido para que não se violem as normas de atribuição de um poder discricionário. A directiva é especialmente criada para se adaptar aos poderes discricionários. Por isso, e a menos que a norma atribuidora do poder discricionário disponha de outra forma, a regra geral e abstracta criada no âmbito deste poder discricionário será sempre uma directiva. Assim, se uma norma é criada no âmbito de um poder discricionário presumir-se-á ser uma directiva. A presunção só cederá nos seguintes casos:

- Se a norma criadora do poder discricionário possibilitar expressamente, como se viu, a auto-limitação através de um regulamento.

- Se essa norma proibir expressamente a auto-limitação através de directivas. Neste caso, qualquer norma geral e abstracta criada no âmbito de um poder discricionário terá um valor de mera orientação, não terá valor vinculativo e, logo, não será auto-limitadora.

- Se a norma que pretender actuar no âmbito do poder discricionário afirmar, ela própria, o seu carácter meramente orientador.

Deve-se entender que o órgão que vai decidir utilizando o poder que lhe foi concedido tem competência para criar regras deste tipo. Se ele pode fazer o mais (criar directivas), pode fazer o menos (criar critérios meramente orientadores).

5 – Ter o objectivo de limitar um poder discricionário, pois a sua função é essa. O seu objectivo é limitar parte da margem de livre decisão que a Administração detém no uso de poderes discricionários.

Visou-se, com esta definição, obter um critério que permita distinguir claramente a directiva de outros actos gerais e abstractos. Não se prescindiu de a definir pelo seu regime (als. b) e c)), mas aditaram-se outros elementos que permitem caracterizá-la.

#### 4) COMPETÊNCIA PARA A ELABORAÇÃO

Deveremos perguntar a quem cabe a competência para elaborar directivas. Ou seja, quem poderá criar uma directiva?

Parece-nos que várias entidades poderão ser competentes:

1 – Por um lado, o órgão (ou agente) a quem cabe decidir, no âmbito do poder discricionário, poderá auto-vincular-se através de uma directiva.

2 – Por outro lado, o superior hierárquico da entidade administrativa a quem caiba o poder de decisão também poderá elaborar directivas.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Seguimos, portanto, a opinião de Pavlopoulos, Procopios – La Directive en Droit Administratif, LGDJ, Paris 1978, pág. 178-181.

Dever-se-á, contudo, fazer notar o seguinte facto. Como se afirmou anteriormente, os autores alemães estudam as directivas de discricionariedade (Ermessensrichtlinien) a propósito da figura das “Verwaltungsvorschriften”. Ora, esta figura, se por um lado é mais abrangente (por dizer respeito a normas auto-vinculadoras em outras zonas que não, unicamente, as de poderes discricionários), por outro lado é mais limitadora. Efectivamente as “Verwaltungsvorschriften” são ordens gerais e abstractas dadas por um superior a um subordinado.<sup>29</sup>

Consequentemente, o estudo da doutrina alemã sobre a directiva de discricionariedade inscreve-se no âmbito do estudo do valor jurídico das instruções/ circulares. Portanto, só se analisa o problema das directivas de discricionariedade no âmbito das relações superior/ subordinado. Não se estuda a possibilidade de a própria entidade detentora do poder formular uma directiva.

Uma última questão poderá ser colocada.

Afirma Debbasch que quem tem o poder de elaborar regulamentos, tem necessariamente competência para criar directivas. O argumento utilizado é de que, “quem pode o mais, pode o menos”.<sup>30</sup>

Não entendemos, no entanto, que assim seja.

Como se disse, a competência regulamentar cabe a quem a lei o determinar (no caso de regulamentos externos) e aos órgãos administrativos e superiores hierárquicos (quanto a regulamentos internos).

As entidades competentes para elaborar regulamentos internos têm muitas vezes, poder para elaborar directivas limitadoras do poder discricionário que aos seus subalternos caberá exercer. Simplesmente, pode suceder que uma entidade com competência regulamentar não seja superior hierárquico de alguém que disponha de um poder discricionário, nem essa entidade detenha qualquer poder discricionário. Nessa medida, não se lhe poderá reconhecer uma competência para elaborar directivas.

Julgamos que a tese de Debbasch se funda na ideia de que a directiva é algo de menor em relação ao regulamento. Mas parece que não é assim. Como foi demonstrado, têm áreas de

---

<sup>29</sup> Maurer, Hartmut, *Allgemeines ...*, pág. 505.

<sup>30</sup> Debbasch, Charles – *Institutions de Droit Administratif*, vol II, PUF, Paris, 1978, pág. 81-84.

aplicação diferentes – um regulamento não poderá ser utilizado para limitar um poder discricionário.

Num caso, porém, concordamos com o autor citado.

Se a norma que atribuir o poder discricionário admitir a sua limitação por via regulamentar, então somos de opinião que o órgão com competência regulamentar o possa fazer por via da directiva.

## 5) AS POTÊNCIALIDADES DA DIRECTIVA

Vejamos agora de que modo poderá a directiva actuar sobre a norma que confere o poder discricionário. Ou seja, como poderá a directiva “alterar” a norma conferidora de discricionariiedade.<sup>31</sup>

1 – A transformação de um poder discricionário num poder vinculado.

É a hipótese menos elaborada. Vejamos um exemplo:

- A norma atribuidora de poder discricionário diz o seguinte:

“Às empresas que exportem cereais poderá ser concedido um subsídio”.

Estando preenchido o pressuposto na norma (que a empresa exporte cereais), o montante pode ser atribuído.

- A directiva é do seguinte teor:

“O subsídio será sempre concedido às empresas que exportem mais de 200 toneladas de trigo”.

---

<sup>31</sup> Colocámos a palavra “alterar” entre aspas pois já sabemos que a directiva nunca extermina por completo o poder discricionário. A entidade que o detém pode derrogá-la por entender que um caso concreto o justifica.

A directiva em questão teve como efeito a obrigação de concessão de subsídio às empresas nas condições expostas. O poder administrativo deixou de ser discricionário quanto às empresas que exportassem mais de 200 toneladas de trigo.

2 – O aditamento de novos pressupostos à norma.<sup>32</sup>

Consideremos uma norma atribuidora do poder discricionário como em A) e a seguinte directiva:

“Às empresas que exportem mais de 200 toneladas de cereais poderá ser concedido o subsídio.”

Esta norma teve como efeito o aditamento de um novo pressuposto para a concessão do subsídio. Ele já não pode ser atribuído a qualquer exportadora de cereais.

3 – A transformação de uma discricionariedade de decisão numa discricionariedade de escolha.

Como se sabe, a discricionariedade de decisão permite ao órgão decisório optar entre actuar ou não. Contrariamente, uma discricionariedade de escolha obriga-o a actuar, dando-lhe uma margem de liberdade quanto às várias formas de o fazer.<sup>33</sup>

Consideremos, uma vez mais, a norma da situação A) e a seguinte directiva:

“O subsídio a conceder às empresas exportadoras de cereais será de 50 ou 100 mil escudos”.

A Administração deixou de poder optar entre atribuir ou não o subsídio, deixou de ter uma discricionariedade de decisão. Terá agora de actuar obrigatoriamente escolhendo uma das duas opções (discricionariedade de escolha na modalidade “discricionariedade optativa”).

---

<sup>32</sup> Pavlopoulos, Procopios – La Directive ..., pág. 51-62.

#### 4 – Transformação da discricionariedade criativa em optativa

Discricionariedade optativa e criativa são dois tipos de discricionariedade de escolha. Tanto numa, como noutra, a Administração está obrigada a actuar. A distinção reside no seguinte:

- Na discricionariedade optativa, a Administração deverá escolher uma de entre as várias condutas de actuação que a regra lhe fixa;
- Na discricionariedade criativa, a norma fixa um resultado que é preciso obter e a Administração deverá providenciar o acto adequado a obter esse resultado.<sup>34 35</sup>

Consideremos a seguinte norma:

“O órgão “y” decidirá acerca da melhor forma de restaurar as fachadas das casas com mais de 100 anos”.

Face a uma habitação com mais de 100 anos, o órgão em questão terá uma margem de liberdade para escolher a melhor forma de preservar a fachada daquela concedendo um crédito ao proprietário, um subsídio ou fornecendo, ele próprio, mão-de-obra especializada).

A directiva seria do seguinte teor:

“Para restaurar a fachada de prédios com mais de 100 anos, o órgão “y” fornecerá ao proprietário material ou mão-de-obra especializada”

O órgão tinha uma margem para escolher o melhor meio para restaurar a fachada e, após a elaboração da directiva, passa a poder escolher, unicamente, um dos dois meios aí tipificados.

---

<sup>33</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, Almedina, 1987, pág. 483-484 e 479.

<sup>34</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, Almedina, 1987, pág. 483-484 e 479.

<sup>35</sup> Não se pode deixar de encontrar alguma semelhança entre esta margem de liberdade e a margem de liberdade que a directiva comunitária proporciona aos Estados.

## 6) A DIRECTIVA COMO CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL<sup>36</sup>

A noção de directiva não está legalmente consagrada. Todo o seu regime e particularidades são deduzidos da tensão entre o poder discricionário e a auto-vinculação.

A intenção da Administração ao auto-vincular-se no âmbito de poderes discricionários era, muito simplesmente, a de criar uma norma geral e abstracta – um regulamento.

Essa prática é, como vimos, ilegal, por violar a obrigatoriedade de ponderação dos circunstancialismos do caso concreto.

Com base nestes dados, a Jurisprudência teve de assumir uma posição. Foram os tribunais que começaram a traçar o regime das directivas, salvando a validade das normas criadas pela Administração. Isso, porém, teve um custo:

O de as normas deixarem de ser automaticamente aplicáveis (porque continuava a existir a obrigatoriedade de ponderação do caso) e poderem ser derogadas. Este regime foi traçado pelos juízes ao verificarem a existência de normas gerais e abstractas limitadoras da discricionariedade.

Portanto, quem primeiro definiu o conceito de directiva e elucidou sobre o seu regime não foi a Administração, pois esta visava unicamente a limitação através de normas de aplicação absoluta. Nesta medida poderemos afirmar que a directiva é uma criação jurisprudencial.

Um dos exemplos da actuação jurisprudencial é o caso “Crédit Foncier de France”, decidido pelo Conseil d’Etat francês. Analisá-lo-emos no próximo capítulo.

## IV

### O REGIME DAS DIRECTIVAS

#### 1) COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Tentaremos agora precisar o regime e os efeitos jurídicos que a directiva tem. Como já foi explicitado, as originalidades da figura em questão residem no seu efeito não automático e na possibilidade de derrogação. Estudaremos cada uma destas facetas e, posteriormente, analisaremos os efeitos que ela tem face aos particulares e no interior da Administração.

#### 2) O REGIME DA DIRECTIVA

##### **A) O carácter não automático da directiva – a obrigação do exame do caso concreto na sua totalidade**

O facto de existir uma norma geral e abstracta que contenha determinados pressupostos para fazer actuar a sua estatuição não dispensa a Administração de efectuar uma análise de todas as particularidades do caso concreto.<sup>37</sup> Ela não pode, portanto, verificar unicamente os aspectos do caso concreto que digam respeito ao preenchimento dos pressupostos da norma; terá, obrigatoriamente, de analisar todos os aspectos.

Vejamos um exemplo:

Uma determinada directiva tem o seguinte conteúdo:

“Só será de conceder a nacionalidade portuguesa a quem tenha sido perseguido pelas suas ideias políticas”.

---

<sup>36</sup> Sobre o assunto veja-se Mockle, Daniel – Recherche ..., pág. 385-386.

<sup>37</sup> Cliquennois/ Lascombe – Les directives, pág. 52; Laubadère, André/ Venezia, Jean-Claude/ Gaudemet, Yves – Traité de Droit Administratif, tomo I, 11ª ed., ED. LGDJ, 1990, pág. 587-589; Mockle, Daniel – Recherche..., pág. 384; Rivero, Jean/ Waline, Jean – Droit Administratif, 14ª ed., Précis Dalloz, 1992, pág. 73 e 83; Vedel, Georges/ Devolvé, Pierre – Droit Administratif, Vol. 1, 11ª ed., Thémis, PUF, 1990, pág. 366-368.

Esta directiva vem limitar o poder discricionário de concessão da nacionalidade portuguesa aos casos em que o particular é perseguido pelas suas ideias. Mas, pergunta-se, ao analisar um caso concreto, estará a Administração dispensada de verificar as particularidades do caso que não digam respeito ao facto de ele ser perseguido? Poderá a Administração limitar-se a verificar se o requerente é perseguido no seu país de origem?

A resposta é negativa. A administração terá de verificar todos os condicionalismos da situação. A isso a obriga o poder discricionário.

A Administração estará obrigada a verificar, por exemplo, se o requerente tem família em Portugal, se vem ocupar um emprego, etc. Continua, portanto, obrigada a verificar todos os circunstancialismos fácticos que envolvem o pedido de concessão de nacionalidade e não apenas os que se referem ao preenchimento dos pressupostos da norma.

Além de ter de verificar todas as particularidades fácticas do caso concreto, a Administração tem ainda o dever de efectuar uma ponderação de todos os interesses (públicos ou privados) subjacentes ao caso concreto.<sup>38</sup>

Realmente, a atribuição de um poder discricionário envolve:

- uma obrigação de análise de todas as particularidades (sejam elas fácticas ou de outro tipo) do caso apresentado, para que:

- se faça, obrigatoriamente, uma ponderação dos vários interesses subjacentes ao caso concreto;

- se verifique se a situação deve ser tratada de modo diferenciado.

O Princípio da Igualdade obrigará a que situações fácticas iguais recebam igual tratamento, e casos desiguais tratamento diferenciado. O Princípio da Imparcialidade determinará que a ponderação dos interesses subjacentes ao caso se faça de modo adequado.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 494.

## **B) A Possibilidade de derrogação**

A possibilidade de derrogação da directiva consiste no facto de, face a um dado caso concreto. Vejamos em que consiste esta característica e os problemas que coloca.

### **a) A possibilidade de derrogação**

Esta característica da directiva consiste no facto de, face a um dado caso concreto, ela poder não ser aplicada. Se, após a análise de todas as particularidades e interesses subjacentes ao caso, se encontrar uma circunstância que justifique a não aplicação da directiva àquele caso concreto, ela será derrogada.<sup>40</sup>

Por aqui se vê a grande importância da análise do caso concreto no seu todo. Essa obrigatoriedade é imposta para que se verifique acerca da existência de uma circunstância do caso concreto que justifique a não aplicação da directiva.

Tomemos o seguinte exemplo:

Suponhamos que a norma que cria o poder discricionário diz o seguinte:

“A Administração poderá conceder nacionalidade portuguesa a estrangeiros.”

Posteriormente, a Administração formula a seguinte directiva:

“A nacionalidade portuguesa poderá ser concedida a quem tenha o seu cônjuge a trabalhar no território nacional.”

---

<sup>39</sup> Correia, Fernando Alves – O plano urbanístico e o Princípio da Igualdade, Almedina, 1984, pág. 448-450; Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 174, 482 e 499.

<sup>40</sup> Cliquennois/ Lascombe – Les Directives, pág. 54-58; Flamme, Maurice-André – Droit Administratif, tomo I, Ed. Bruylant, Bruxelas, 1989, pág. 396-408; Ossenbühl, Fritz – Die Quellen des Verwaltungsrechts, in Allgemeines Verwaltungsrechts, 5ª ed. Ed. H.-U. Erichsen und W. Martens, 1981, pág. 87; Pavlopoulos, Procopios – La Directive ..., pág. 210-232; Schmidt, Walter – Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, Ed. Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pág. 11; Wolff, Hans J./ Bachof, Otto – Verwaltungsrecht I, 9ª ed., Ed. Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pág. 11;

O efeito da directiva é o de exigir algo mais para que a nacionalidade seja concedida. Ela só o será desde que o cônjuge do requerente desempenhe a sua actividade profissional em Portugal.

Ora, suponhamos que um francês vive em União de facto com uma francesa que trabalha em Portugal.

Os pressupostos da directiva não se encontram preenchidos:

O requerente não é casado com a pessoa que trabalha em território nacional. Mas, não justificará este caso uma derrogação da directiva para que ela não seja aplicada ao caso em apreço? Por outras palavras, se a directiva fosse aplicável, o particular não teria a possibilidade de adquirir a nacionalidade portuguesa; mas, não se justificará, nesta situação, uma derrogação da norma, para que seja concedida a nacionalidade?

Parece-nos que este é um daqueles casos que merecem um afastamento da regra criada pela Administração. Note-se ainda que, se não existisse a obrigatoriedade de análise da totalidade do caso, nunca se verificaria a existência de uma União de facto entre os dois. Apenas se cuidaria de saber se eram casados ou não. Por aqui se vê a importância daquela regra (a de recolher elementos para verificar se a regra deve, ou não, ser derogada).

#### b) Casos de Derrogação

Vejam agora as duas hipóteses-chave em que existirá derrogação. Melhor dizendo, analisemos as duas situações que podem dar origem a uma derrogação.

1 – O caso particular não preenche os pressupostos da directiva.

É uma situação do tipo daquela que utilizámos para exemplificar na alínea a).

A situação do requerente francês não é de molde a preencher os pressupostos da directiva (por ele não ser casado), mas as particularidades da situação exigem a não aplicação da tal exigência ao caso concreto. Ora, para que tal suceda, deverá derrogar-se a norma a conceder a nacionalidade no uso do poder discricionário.

2 – O caso particular preenche os pressupostos da directiva.

Nesta hipótese a situação é diversa. Aparentemente, a directiva deveria ser aplicada. No entanto, as circunstâncias do caso exigem que tal não suceda.

Suponhamos que a norma conferidora do poder discricionário diz o seguinte:

“Poderá ser atribuído um subsídio a empresas que produzam vinho do Porto.”

Posteriormente, a directiva fixa que:

“Será atribuído um subsídio de 500 mil escudos a quem produzir mais de 10.000 litros/ano.”

A empresa “x” produz mais de 10.000 litros de vinho do Porto ao ano. Preenche, pois, os pressupostos da aplicação da directiva e, à primeira vista, poderia parecer que teria direito ao subsídio. Suponha-se, porém, que a dita empresa consegue obter uma produção tão elevada

por adicionar ao vinho uma quantidade de água superior à dos seus concorrentes, prejudicando a qualidade do produto.

Estamos aqui perante um caso em que, apesar de a directiva, aparentemente, poder ser aplicada ao caso concreto, avaliada as circunstâncias que rodeiam a situação particular, se chegará à conclusão de que ela terá de ser derrogada.

c) Em que casos poderá existir uma derrogação?

Falta definir algo em todo este raciocínio:

Saberem em que casos poderá a directiva ser derrogada. Ou seja, estabelecer critérios que possibilitem afirmar quando deve a directiva ser derrogada e quando deve ser aplicada.

1 – A derrogação quando o Princípio da Igualdade o exigir.

Como se sabe, o Princípio da Igualdade obrigada a Administração a um tratamento igual de questões iguais, e a um tratamento diferenciado a situações desiguais.

Desde logo se deverá reconhecer que uma situação de desigualdade poderá justificar uma derrogação da directiva.<sup>41</sup>

Consideremos a seguinte directiva:

“Os particulares que devem mais de 500 mil escudos ao fisco poderão pagar o montante em prestações.”

---

<sup>41</sup> Pavlopoulos, Procopios – La Directive ..., pág. 210-232.

Suponhamos que o Sr. “x” deve duzentos mil escudos ao fisco mas pretende efectuar o pagamento em prestações. Alega, para que tal suceda, que a sua situação deverá ser tratada de forma diferenciada por ter sofrido uma série de calamidades que não lhe permitem efectuar o pagamento a pronto (P. ex.; o banco onde tinha depositado os seus valores faliu não podendo devolver o montante depositado e teve de fazer avultados gastos em tratamentos médicos).

Talvez a situação do Sr. “x” se reconduza a um daqueles casos nos quais o Princípio da Igualdade imponha uma solução diferenciada. Na verdade, estamos perante uma situação que, devido às suas particularidades, merece um tratamento diferenciado e uma solução diferente daquela que a directiva previa.

A directiva assume-se como parâmetro definidor do que é igual. Ou seja, ao fixar um critério para a concessão do pagamento a prestações, a directiva diz-nos, implicitamente, quais são as situações iguais e quais são diferentes. Ao afirmar-se que só as pessoas que devem mais de 500 mil escudos poderão pagar em prestações, reconhece-se implicitamente:

- de um lado, determinadas situações iguais entre si (as das pessoas que devem mais de 500 mil escudos), devendo ser resolvidas de modo igual.

- de outro lado, situações de pessoas que devem menos que o montante fixo na directiva. Estes sujeitos devem receber tratamento igual entre si (não se concedendo subsídio a nenhum) e desigual em relação às pessoas que devem os montantes indicados na directiva.

Poder-se-á dizer, portanto, que a directiva visa concretizar o Princípio da Igualdade, definindo as situações iguais e as desiguais através da adopção de um critério.<sup>42 43</sup>

---

<sup>42</sup> Vejam-se os termos do comentário n.º 30 ao princípio n.º 6, constante do memorando explicativo da recomendação R(80)2 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa.

<sup>43</sup> Pavlopoulos, Procopios – La Directive ..., pág. 95-102.

Porém, os circunstancialismos do caso concreto poderão obrigar a uma derrogação da directiva por se entender que o parâmetro definidor daquilo que seria uma solução coincidente com o Princípio da Igualdade não se revela adequado para aquela situação concreta. Tratar a situação do Sr. “x” da mesma forma que a das outras pessoas com dívidas menores que as indicadas na directiva seria contraditório com o princípio do tratamento desigual de situações diferenciadas.

Deveremos, portanto, extrair duas conclusões:

- Que a directiva desempenha um importante papel como parâmetro definidor daquilo que são situações iguais e desiguais (estudaremos este aspecto a propósito dos fundamentos da eficácia da directiva quanto aos particulares).

- Que a derrogação da directiva não é totalmente livre.

Para que os circunstancialismos da situação justifiquem uma derrogação será necessário que da aplicação da directiva resulte uma violação do Princípio da Igualdade. Ou seja, a Administração está obrigada a derrogar a directiva se a sua aplicação a uma situação concreta causar uma violação do Princípio da Igualdade. Do mesmo modo, e se não se encontrar no caso particular circunstancialismos que permitam concluir que estamos face a um “caso atípico”<sup>44</sup>, a directiva deverá ser aplicada. Por outras palavras, se da aplicação da norma ao caso concreto não resultar uma violação do Princípio da Igualdade, então a directiva deverá ser aplicada.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Como a doutrina alemã lhes chama – Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 111.

<sup>45</sup> Em contrário, Pavlopoulos parece admitir derrogações e directivas mesmo que da aplicação destas não resulte violação do Princípio da Igualdade – Les Directives ..., pág. 210-232.

## 2 – A derrogação quando um especial interesse o exija.

Já vimos anteriormente que o poder discricionário exige um exame de todos os circunstancialismos fácticos que rodeiam uma dada situação concreta. Tal exigência existe por se entender que, para exercer correctamente o poder discricionário, é necessário verificar, através dos circunstancialismos fácticos da situação, se o critério de decisão deve ser modificado. Realmente, e como ficou demonstrado no número anterior, a obrigação de análise do caso concreto existe para se verificar da existência de algum facto, gerador de uma necessidade de tratamento desigual, que justifique e obrigue a derrogação da directiva.

Simplemente, a atribuição de um poder discricionário não visa, somente, a obrigação de ponderação dos circunstancialismos fácticos de uma situação. Ela visa também a obrigatoriedade de ponderação dos vários interesses concorrentes num caso concreto.

Para fixar os critérios de decisão no âmbito de um poder discricionário, a Administração atenderá a duas ordens de factores:

- Aos condicionalismos fácticos das situações concretas, para verificar se situações iguais são tratadas de modo equivalente e se casos diferenciados são tratados de forma diferente.

- Aos vários interesses em jogo aquando de uma decisão concreta. Sendo que, para os analisar, é também necessário atender ao factualismo subjacente à situação.

Assim, para determinar quais os interesses em jogo, ter-se-á igualmente de averiguar a situação fáctica dos casos.

Portanto, tanto a necessidade de respeito pelo Princípio da Igualdade como os interesses em jogo numa situação concreta podem modificar os critérios de decisão no âmbito de um poder discricionário.

Já sabemos que a directiva fixa os critérios de decisão no âmbito de um poder discricionário. Realmente, ao determinarem-se pressupostos na norma, nada mais se faz que enunciar quais serão os critérios de decisão.

Também já se reconheceu que a directiva pode ser derrogada se os condicionalismos fácticos de uma situação tornarem a sua aplicação violadora do Princípio da Igualdade. Portanto, está satisfeita a exigência que o Princípio da Igualdade faz no âmbito de um poder discricionário. Ele exige uma mudança no critério de decisão (uma derrogação da directiva) se das particularidades fácticas do caso resultar que a aplicação da norma criará uma violação da igualdade. Temos, assim, que as exigências de possibilidade de modificação dos critérios de decisão decorrentes do Princípio da Igualdade são respeitadas. É possível derrubar os critérios das directivas com base nos circunstancialismos do caso em questão, se estes justificarem tratamento desigual.

A atribuição de um poder discricionário exige, no entanto, algo mais.

Um órgão ao qual tenha sido concedido um poder discricionário é um órgão com liberdade para ponderar livremente os diversos interesses subjacentes a um caso concreto. O critério de decisão que a referida entidade adopte fundar-se-á numa opção por valorar um dos interesses prioritariamente, em detrimento de um outro. A essência do poder discricionário é, exactamente, esta possibilidade de decidir qual dos interesses subjacentes deverá prevalecer em cada caso concreto.

Assim, os critérios de decisão também podem ser modificados consoante a ponderação que se faça dos vários interesses em jogo, sendo que esta possibilidade de modificação dos critérios deverá respeitar o Princípio da Imparcialidade.<sup>46</sup>

Para que se possa respeitar a norma atribuidora do poder discricionário, é necessário que a Administração possa ponderar os vários interesses em jogo e, após fazê-lo, definir os critérios de decisão.

Portanto, a directiva 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.

A directiva define um critério para decidir no âmbito de um poder discricionário.

Ora, é dia da essência desse poder discricionário que os critérios possam ser modificados, em resultado de uma diferente composição dos interesses em jogo no caso concreto. Ora, esta imposição de análise dos interesses subjacentes no caso concreto poderá levar à modificação dos critérios da directiva naquele caso (e conseqüente derrogação).

Por outras palavras, o poder discricionário possibilita que a directiva seja derrogada, por os interesses subjacentes a um caso exigirem uma diferente composição de interesses daquela que a directiva efectuou.

Sendo assim, para que o Princípio da Imparcialidade e a norma atribuidora do poder discricionário não sejam violados, é preciso admitir a derrogação da directiva com base na exigência de um novo critério de decisão justificado pelos interesses em jogo.

---

<sup>46</sup> 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.

Vejamos um exemplo:

A norma atribuidora do poder discricionário disporá da seguinte forma:

“Poderá ser autorizado o pagamento a prestações das dívidas ao fisco”

A directiva terá o seguinte conteúdo:

“O pagamento a prestações será autorizado se a dívida for superior a 500 mil escudos”

O Sr. “x” pretende pagar a prestações por a sua dívida ser superior ao montante indicado na directiva.

O Estado tem, no entanto, gravíssimos problemas de tesouraria, tendo necessidade de obter financiamento num curto prazo. Poderá ser derogada a directiva, não sendo autorizado o pagamento a prestações e exigindo-se, conseqüentemente, o montante inteiro?

Não poderá derogar, certamente, com base em obrigação de respeito ao Princípio da Igualdade. Este pedido não difere dos outros já atendidos anteriormente. A situação do Sr. “x” não tem qualquer particularidade relevante. Porém, os interesses em jogo na decisão desta questão concreta são diferentes daqueles que foram ponderados nas situações cronologicamente anteriores. É que o Estado pode alegar que esse novo interesse determine uma modificação dos critérios de decisão contidos na directiva (derrogando-a e não dando aquela possibilidade de pagamento ao Sr. “x”). O Estado tem um interesse em não atribuir um subsídio no momento em que o Sr. “x” efectuou o pedido.

Vejamos outro exemplo:

A norma atribuidora do poder discricionário estabelece:

“A Administração decidirá contratar quem entender”

A directiva estipula:

“Deverá ser contratado o licenciado com melhores notas.”

O efeito da directiva foi fixar o interesse público que deverá prevalecer, quanto à contratação. Parece que o interesse seria recrutar o técnico mais bem preparado.

Suponhamos, contudo, que o Sr. “x”, conhecido por ser um excelente técnico e possuir as melhores notas possíveis, pretende concorrer. Porém, sabe-se que este Sr. tem muito mau génio e dificulta extraordinariamente o trabalho dos colegas.

Será que a Administração está obrigada a seguir a directiva e recrutá-lo?

A directiva fixou um critério tendo em vista um determinado interesse público. Porém, a Administração não está desobrigada de avaliar a situação concreta para verificar se, no caso em questão, um novo interesse não justificará uma mudança de critério e consequente derrogação.

No caso em apreço, a Administração poderia justificar uma derrogação com o argumento de que, naquele caso, o critério de decisão deveria ser modificado em função de uma nova ponderação de interesse (na qual prevalecesse um interesse em manter um bom ambiente de trabalho).

Diga-se, desde já, que a alegação de novos interesses em jogo, para justificar outros critérios de decisão, não é ilimitada. A derrogação à directiva deverá obedecer aos parâmetros dos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade (em sentido restrito) e, além disso, não poderá provocar uma desigualdade inadmissível. Retomaremos esta questão a propósito da impugnação contenciosa da directiva.

3 – Existirá, tendo em conta o que foi dito, uma margem de liberdade quanto à possibilidade de derrogação?

Quanto à derrogação efectuada com base na desigualdade fáctica, entendemos que não.<sup>47</sup>

Só poderá existir derrogação, como vimos, se o Princípio da Igualdade a isso obrigar:

E se a derrogação for justificada por uma diferente ponderação de interesses que um caso exija?

Aqui sim, parece existir alguma margem de liberdade. O controlo que o juiz pode fazer acerca da derrogação é pela negativa. Ele apenas verificará:

- Se a derrogação era necessária;
- se é inadequada;
- se viola o Princípio da Proporcionalidade;
- se cria uma desigualdade insustentável.

d) Existirá uma possibilidade de derrogação da directiva?

David Duarte defende que a directiva não pode ser derrogada. Este autor parece admitir duas situações:

- A de directivas que, devido ao seu texto impeçam absolutamente o exercício do poder discricionário, por não possibilitarem a ponderação dos diversos interesses em jogo.

- A de directivas que, por não inibirem a possibilidade de ponderação dos diversos interesses em jogo, são legalmente admissíveis.

Entende este autor que as primeiras são legalmente inadmissíveis.

Quanto às segundas, elas são legalmente válidas, mas não poderão ser derrogadas. Serão revogadas (e não derrogadas para o caso concreto) se se justificar uma diferente ponderação dos interesses em jogo.<sup>48</sup>

Não nos parece, no entanto, que seja assim:

- Admitir a existência de directivas que retirem a possibilidade de ponderação dos interesses em jogo é contraditório com a noção de directiva. Como se viu, a directiva adapta-se ao poder discricionário e, qualquer que seja o texto da norma geral e abstracta da directiva, nunca se poderá conceber que ela retire a possibilidade de ponderação dos interesses envolvidos na decisão do caso.

---

<sup>47</sup> Pavlopoulos parece admitir a possibilidade de derrogação, mesmo se o Princípio da Igualdade não o exigir, desde que ela não provoque uma desigualdade – *La Directive ...*, pág. 210-232.

<sup>48</sup> Duarte, David – Igualdade e imparcialidade na auto-vinculação (relatório de mestrado não publicado), 1992, pág. 76-77, 94-96.

É característica essencial da figura da directiva que ela não inibia essa possibilidade. A directiva, por natureza, permite a ponderação dos interesses em jogo na decisão do caso.

Mesmo se, do seu texto, parecer resultar uma aplicação absoluta da directiva que não admita a possibilidade de derrogação, tal facto não deve relevar. A directiva admite sempre, por natureza, a possibilidade de ser afastada.

- Por outro lado, não admitir a hipótese de derrogação parece contrariar também a própria noção de directiva. Essa noção contém a possibilidade de derrogação face a uma situação anómala (seja devido à necessidade de fazer cumprir o Princípio da Igualdade, seja causada por uma diferente ponderação dos interesses que o caso justifique). Na verdade, mal se entenderia que circunstância anómala tivesse como efeito a revogação da directiva.

Realmente, a opção deste autor parece ser a de reformular o regime da directiva, negando a possibilidade de derrogação e substituindo-a por uma possibilidade de revogação.

Ora, esse novo regime da directiva poderia trazer graves inconvenientes. Como verificaremos, existem casos em que o órgão decisório está obrigado a não aplicar a directiva e, se a aplicar, a inexistência de derrogação poderá ser objecto de censura jurisdicional. Se admitirmos que o órgão terá de revogar a directiva face a uma situação do mesmo tipo (quando não a possa aplicar) não parece que os tribunais possam censurar uma não revogação dela.

Admitir o poder de cognição do tribunal para impor a derrogação da directiva parece ser possível. Porém, aceitar que o tribunal possa obrigar a Administração a revogar a directiva, seria permitir uma intromissão inadmissível da função jurisdicional na função administrativa. O juiz estaria, não só a impedir a vigência da directiva para aquele caso concreto, mas também a não autorizar que ela continuasse a vigorar. Estaríamos face à situação insustentável de

permitir que o juiz, a propósito de um caso particular, e devido a ele, impedisse que a norma pudesse ser aplicada a outros casos futuros (quando, provavelmente, ela poderia ser aplicada a estes casos futuros sem que daí resultasse qualquer violação da lei).

Por isso, a afirmação de que a Administração terá de revogar a directiva face a uma situação que exija tratamento diferenciado, comporta o grave inconveniente de reduzir o poder de o tribunal conhecer da legalidade de tal comportamento.

### **C) A fundamentação do acto praticado ao abrigo de uma directiva**

O artigo 124-1-d do Código de Procedimento Administrativo (aprovado pelo DL 442/91, de 15 de Novembro) impõe a obrigatoriedade de fundamentação quanto a decisões que se desviem da prática da Administração face a casos semelhantes.

Esta norma tem clara aplicação no campo das directivas. Deve-se entender que a solução da directiva reflecte, de alguma forma, a prática da Administração numa dada área. Ora, se a directiva definidora dessa prática é derrogada, o acto emitido ao abrigo dessa derrogação deve ser fundamentado.

### **D) A obrigatoriedade de publicação**

Dever-se-á entender que as directivas sejam obrigatoriamente publicadas.

Por um lado, as directivas assemelham-se a normas por serem comandos gerais e abstractos. Realmente, e como ficou demonstrado, embora não sejam normas perfeitas, a possibilidade de derrogação não é totalmente livre. Estão, com toda a segurança, mais

próximas do regulamento que do acto administrativo. Nessa medida, é de aplicar o princípio segundo o qual às normas deve ser dada publicidade.

Por outro lado, elas devem ser conhecidas dos destinatários.<sup>49</sup>

De facto, já vimos que as directivas têm eficácia perante os particulares (veremos porquê no próximo capítulo). Se assim é, a obrigação de lhes dar conhecimento do seu conteúdo é decorrência do Estado de Direito.<sup>50</sup> Aliás, como salienta Maurer, a obrigatoriedade de publicação é consequência da eficácia da directiva perante o particular, e não condição de eficácia da sua aplicação.

Daqui decorre que as directivas que favoreçam o particular, mas não estejam publicadas, possam ser invocadas por este. Quanto às que prejudiquem a situação do particular, deverá ser a Administração a arcar com a consequência de não ter promovido a sua publicação. Essa circunstância não poderá ser invocada em sua defesa.

Advogamos, pelo exposto, a obrigatoriedade de publicação da directiva.<sup>51 52</sup>

A recente Lei do acesso aos documentos da Administração (Lei 65/93), de 26 de Agosto) veio, aliás, reconhecer a obrigatoriedade de publicação das directivas. De facto, este diploma determina, no seu art.º 11-1-a), que:

“1 – A administração pública publicará, por forma adequada:

a) Todos os documentos, designadamente despachos normativos internos, circulares e orientações, que comportem enquadramento da actividade administrativa;”

---

<sup>49</sup> Schmidt, Walter – Einführung ..., pág. 84.

<sup>50</sup> Maurer, Hartmut – Allgemeines ..., pág. 522-527.

<sup>51</sup> A recomendação n.º R(80)2 do Comité de Ministros do Conselho da Europa também o faz no princípio n.º 7.

Ora, parece que as directivas de autovinculação deverão ser publicadas, uma vez que esta figura assume, frequentemente a forma de despacho interno ou circular. Mas, mesmo que não se revele pelas formas indicadas na al. a), ainda assim ela o terá de ser. De facto, a palavra “designadamente” aponta no sentido de uma enumeração exemplificativa dos documentos a publicar. O que significa que outros, além dos mencionados pela Lei o deverão ser. Portanto, importa verificar se o documento em causa se destina a enquadrar a actividade administrativa. Como a directiva de autovinculação se destina, inequivocamente, a enquadrar o exercício de poderes discricionários (o que faz parte da actividade administrativa), esta terá sempre de ser publicada.

E) A consagração jurisprudencial do regime da directiva no caso “Crédit Foncier de France”

Como já foi referido, a jurisprudência teve um papel determinante na definição da figura e do regime da directiva. A este respeito dever-se-á fazer referência à jurisprudência francesa e, em particular, ao caso “Crédit Foncier de France” que constitui um marco na matéria.<sup>53</sup> Que caso se discutiu nesta decisão?

Um decreto atribuía, a vários tipos de comissões, competência para conceder crédito ou subsídios para melhoramentos nas construções particulares.

---

<sup>52</sup> O Conseil d’Etat, no entanto, já entendeu que as directivas não carecem de ser publicadas por não modificarem, elas próprias, a situação dos particulares (visto não terem carácter regulamentar): caso “Société Géa” de 29/6/73.

<sup>53</sup> Acórdão do Conseil d’Etat de 11/12/70.

Posteriormente, o Ministro da reconstrução e urbanismo precisou o conteúdo do decreto, afirmando que cabia às comissões departamentais a apreciação dos casos, de acordo com as directivas de uma comissão nacional.

A comissão nacional elaborou uma directiva na qual se estabelece que, a imóveis de utilização mista (destinados a comércio e habitação), não seria da atribuir um subsídio. Somente seria possível conceder um crédito.

Face a esta situação, duas senhoras proprietárias de um imóvel destinado a utilização mista recorreram do acto que não lhes concedeu um subsídio.

O Conseil d'Etat não satisfez as pretensões das recorrentes pois entendeu que elas não haviam invocado qualquer circunstância excepcional que justificasse uma derrogação à directiva que só lhes permitia um crédito.

O Conseil d'Etat reconheceu pois que:

- A directiva é uma figura autónoma e produz efeitos perante os particulares.
- A directiva pode ser derrogada.
- A directiva não dispensa a análise dos casos concretos em todas as suas particularidades.
- Existe uma presunção legal de aplicação da directiva ao caso concreto. De facto, cabe ao particular provar a existência de circunstâncias susceptíveis de derrogar a mesma.

Esta jurisprudência veio a ser confirmada em Acórdãos posteriores (veja-se, por exemplo, o caso “Union Départementale des Sociétés Mutualistes du Jura” e “Société Géa”

decididos pelo C.E. em 20/1/71 e 29/6/73, respectivamente). Além disso, também noutras ordens jurídicas se tem aplicado semelhante regime.<sup>54</sup>

### 3) OS EFEITOS DAS DIRECTIVAS

Os efeitos das directivas decompõem-se em efeitos no interior da Administração (efeitos internos) e efeitos perante os particulares (efeitos externos). Vejamo-los separadamente.

#### **A) Os efeitos internos**

A entidade administrativa tem algumas obrigações decorrentes da directiva:

a) Obrigação de analisar todos os circunstancialismos da situação concreta.<sup>55</sup>

Esta obrigação não é, em bom rigor, um efeito da directiva. É um efeito da existência de um poder discricionário que também se manifestaria caso a directiva não existisse.

b) Obrigação de derrogação se da aplicação da directiva resultar violação do Princípio da Igualdade.

c) Obrigação de derrogação caso o Princípio da Imparcialidade imponha novos critérios de decisão em consequência de uma nova ponderação de interesses.

---

<sup>54</sup> A propósito da ordem comunitária veja-se Schwarze, Jurgen – European Administrative Law, Ed. Sweet & Maxwell e Office for Official Publications of the European Communities, pág. 316-319; na ordem jurídica Belga os casos “Cassiman” (9/mai/49) e “Florus” (9/mai/50), decididos pelo Conseil d’Etat belga, citados por Cliquenois – La directive ..., pág. 130-133.

- d) Obrigação de fundamentação se derrogar a directiva.
- e) Obrigação de Publicação.

## **B) Os efeitos externos**

Entendemos que a directiva modifica, ela própria, a situação dos particulares, na medida em que estes:

- a) Podem reagir contra uma directiva ilegal;
- b) Podem reagir contra uma derrogação ilegal, fazendo-se prevalecer dos direitos que a directiva lhe dá;
- c) Podemos reagir contra uma directiva que deveria ter sido derrogada; e,
- d) Além disso, é ao particular que cabe provar a exigência da derrogação. Demonstra-se assim que se presume a aplicabilidade da directiva ao caso concreto.

Todas estas circunstâncias nos mostram que a directiva, apesar de poder necessitar de um acto que lhe dê execução, modifica a situação do particular. Realmente, a margem de liberdade para derrogar a directiva não é muito ampla, o que significa que existe uma forte probabilidade de ser aplicada ao caso concreto. Isso é, além do mais, confirmado pelo facto de existir uma presunção de aplicação da directiva. Na verdade, caberá ao particular provar a excepcionalidade da sua situação se pretender que ela lhe não seja aplicada. Não é a Administração que tem de justificar a subsunção do seu caso na previsão da directiva. Advirta-

se, porém, que tal circunstância não desobriga a Administração da avaliação das particularidades do caso.

Ora, essa forte probabilidade de aplicação da directiva justifica a afirmação de que ela produz efeitos externos directos. Ou seja, afecta desde logo a posição dos particulares.

## V

### **OS FUNDAMENTOS DA EFICÁCIA EXTERNA DA DIRECTIVA**

#### 1) COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Temos afirmado repetidamente que a directiva produz efeitos externos. Ou seja, produz efeitos perante os particulares. Essa produção de efeitos externos traduz-se, fundamentalmente, na possibilidade de os particulares alegarem para fundamentar os seus direitos.

Resta agora justificar o porquê de tal fenómeno. Por que razão produz a directiva estes efeitos? Por que razão não a deveremos considerar uma norma com meros efeitos internos?

Várias explicações existem para fundamentar os feitos da directiva sobre os particulares. Veremos separadamente as diversas teses.

## 2) AS TESES SOBRE A QUESTÃO

### **A) A eficácia externa da directiva explicada pelo Princípio da Igualdade**

#### a) Apresentação da ideia

Parte da Jurisprudência e da doutrina consideram que a força da directiva face aos particulares decorre do Princípio da Igualdade.<sup>56</sup>

Quer isto dizer que a directiva em si não teria efeitos sobre a situação dos particulares. A sua eficácia seria indirecta.<sup>57</sup> Ou seja, só à medida que a Administração fosse decidindo casos é que, através do Princípio da Igualdade, a directiva ganharia força jurídica.

Portanto, se o particular quisesse atacar um acto administrativo não alegaria violação da directiva, arguiria, isso sim, violação do Princípio da Igualdade.<sup>58</sup> A directiva adquiriria relevância na medida em que funcionaria como “parâmetro de igualdade”. A directiva forneceria um indício precioso para verificarmos quando teria existido uma desigualdade inadmissível.

Por outras palavras, a directiva em si pouco valeria. Simplesmente, a maioria dos actos administrativos subsequentes à norma criada seriam, inevitavelmente, no sentido do disposto na directiva. Se a um dado acto não fosse dado o tratamento apregoado na directiva, o particular invocaria violação do Princípio da Igualdade e, como prova dessa desigualdade, arguiria o desvio ao disposto na norma.

---

<sup>56</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de – Sobre os regulamentos ..., pág. 175-179; Canotilho, J.J. Gomes – Direito Constitucional, 6ª ed., Almedina, pág. 798-799; Wolff-Bachof Verwaltungsrecht I ..., pág. 119.

<sup>57</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 751; Maurer, Hartmut – Allgemeines ..., pág. 515-518; Otero, Paulo – Conceito ..., pág. 129-130.

<sup>58</sup> Maurer, Hartmut – Allgemeines ..., pág. 515-518.

Assim, não se pode negar que a directiva produza efeitos sobre os particulares, mas esses efeitos são indirectos por não ser a directiva, por si só, a atribuí-los.

Esta tese acarreta, no entanto, um problema. Ela parte do pressuposto de que a directiva por si nada vale. Quando é concebida não produz qualquer efeito. Só à medida que a Administração fosse praticando actos é que a directiva assumiria relevância. Seria a directiva que, ao orientar a Administração no sentido de praticar actos com determinação conteúdo proporcionaria a existência de actos que lhe dessem execução. Ora, seriam estes actos subsequentes em respeito da directiva, seria esta “praxe” administrativa, que lhe daria força por se tomar, através da prática habitual, um importante critério para verificar se existiu ou não uma violação do Princípio da Igualdade.

Qual é, afinal, o problema de tudo isto?

É que a presunção de igualdade que a directiva nos oferece não poderá ser utilizada para atacar, com base em violação do Princípio da Igualdade, o primeiro acto praticado após a sua emissão.<sup>59</sup>

Suponhamos que a directiva fixava:

“Quem criar porcos terá um subsídio para rações.”

O Sr. “x”, criador de porcos, é a primeira pessoa a requerer o subsídio após a emissão da directiva.

A Administração nega-lhe a pretensão.

Poderá este particular invocar a directiva para justificar que foi tratado de forma inadmissível e desigual?

---

<sup>59</sup> Schmidt, Walter – Einführung ..., pág. 81-82

Se a directiva valesse por si, ele poderia fazê-lo e, como esta fixa um critério de distinção entre situações iguais (as dos criadores de porcos) e situações diferentes (as outras), ela poderia ser utilizada como prova da existência de uma desigualdade.

Ele não poderá, no entanto, fazê-lo. Entendem estes autores, como foi afirmado, que a directiva só ganha força na medida em que existia uma praxe administrativa que lhe dê sequência. Será esta série de actos subsequentes de teor convergente com o da directiva que permitirá a alegação de uma desigualdade de tratamento.

Ora, a situação do Sr. “x” é o primeiro caso a ser tratado após a emissão da directiva. Quer isto dizer que a directiva não tem qualquer força (não podendo ser alegada), nem existe um grupo de casos análogos ao deste particular que permitam a arguição de uma violação do Princípio da Igualdade. Tudo se passa como se a discricionariedade da Administração fosse ainda total.

Cientes desta limitação, alguns defensores desta tese tentaram salvar a possibilidade de utilização da directiva para provar a existência de uma violação do Princípio da Igualdade, no 1º caso subsequente à sua criação.

A construção é a seguinte:

- É certo que ainda não existe uma praxe administrativa, um conjunto de actos que espelhe uma aplicação do conteúdo da directiva, que permita alegar uma desigualdade de tratamento. É certo que não existe qualquer situação anterior que permita servir de “termo de comparação” para verificar se existe uma violação do Princípio da Igualdade.

- Porém, deve-se considerar a directiva como uma definição da praxe administrativa a seguir futuramente. A directiva proporciona uma “praxe administrativa antecipada”.<sup>60</sup>

Possibilitar-se-ia, assim, a existência de uma praxe anterior (se bem que artificialmente criada), que permitisse a utilização da directiva como prova da existência de uma desigualdade.

## b) Crítica

Talvez a tese exposta não seja de aceitar pelas seguintes razões:

1 – Dir-se-á, em primeiro lugar, que, para os defensores da tese exposta, o que proporciona, em rigor, a eficácia externa da directiva não é o Princípio da Igualdade, mas a praxe administrativa constante que vai materializando um parâmetro de igualdade.

2 – Por outro lado, a referência à “praxe antecipada” parece demasiadamente artificial. Não é, sem dúvida, uma “praxe antecipada” (se é que essa noção não é contraditória) que poderá justificar a eficácia externa.

3 – Por último, parece-nos que a utilização da ideia de praxe administrativa e Princípio da Igualdade são redutoras.

Já se afirmou que os critérios de decisão fixados na directiva são fruto de dois factores:

- Da obrigação de respeito pelo Princípio da Igualdade.
- Da ponderação dos diversos interesses concorrentes na decisão.

---

<sup>60</sup> Ossenbühl, Fritz – Die Quellen ..., pág. 522-527.

Estes são, aliás, os factores que influenciam a escolha do critério de decisão no âmbito do poder discricionário.

Se justificássemos a força da directiva através da praxe administrativa e do Princípio da Igualdade, estaríamos implicitamente a afirmar que os critérios fixados na directiva só revelariam no plano da análise comparativa dos casos. Seria afirmar que o efeito de fixar critérios para o futuro diria apenas respeito à determinação de uma medida para verificar uma eventual violação do Princípio da Igualdade.

Tentemos precisar a ideia. Se a força da directiva derivasse da “praxe” administrativa, só os critérios fixados por acção dela teriam eficácia perante os particulares. Os restantes critérios, porque não adquirem força vinculativa através da “praxe”, só produzem efeitos internos e permanecem livremente modificáveis.

Ora, só os critérios fixados em atenção ao respeito ao Princípio da Igualdade adquiririam força vinculativa através da praxe. Realmente, a exigência de uma praxe tem sentido para se verificar se existe uma violação do Princípio da Igualdade. Só analisando os circunstancialismos fácticos de vários casos concretos será possível verificar um desrespeito a este princípio.

Portanto, se dissermos que a directiva tem força vinculativa devido a uma “praxe” administrativa, isso equivale a afirmar que os critérios da directiva fixados tendo em conta o Princípio da Igualdade, e obtidos através da análise das particularidades do caso concreto, adquirem essa força (só esses a exigem, porque as particularidades do caso concreto são analisados para verificar uma eventual violação do Princípio da Igualdade e isso só pode ser feitos existindo a tal “praxe”, havendo outros casos que ofereçam um “termo de comparação”).

Mas, os critérios da directiva são também fixados tendo em conta os diversos interesses em jogo numa dada situação, sendo que o Princípio da Imparcialidade exige uma adequada ponderação dos mesmos. Ora, para fazer uma ponderação de interesses subjacentes a uma situação não precisamos de estar perante dois ou mais casos. Trata-se aqui de uma avaliação dos interesses concorrentes num único caso. Para que estes critérios, fixados em função dos interesses, tenham força vinculativa não faz sentido exigir uma repetição de casos, uma praxe.

Por uma questão de facilidade na exposição temos vindo a afirmar que existem critérios fixados em função das exigências do Princípio da Igualdade e outros em função dos interesses concorrentes. Isto não é verdade. Um critério (um pressuposto) do exercício de um poder discricionário, ou da aplicação de uma directiva, é sempre determinado, em parte pelas exigências de igualdade, e noutra parte pelos interesses em jogo.

Sendo assim, se dissermos que a directiva tem força vinculativa devido à “praxe” administrativa, estamos a afirmar que a parte dos critérios da directiva que tiver sido fixada tendo em conta o Princípio da Igualdade tem força vinculativa. Porém, uma parte dos critérios foi fixada através da ponderação dos interesses de uma situação. A vinculatividade da directiva através da praxe e do Princípio da Igualdade só pode explicar a força desta figura quanto a um único aspecto dela.

Ficará por explicar por que razão tem força vinculativa a parte dos critérios plasmada tendo em conta a ponderação de interesses. Se ela não fosse explicada, não teria força vinculativa face aos particulares e a directiva poderia ser livremente desrespeitada com justificação numa diferente ponderação de interesses.

**B) A eficácia externa das directivas através dos princípios da boa-fé e da tutela da confiança.**

a) Apresentação da tese

Defendem alguns autores que a força das directivas se baseia no princípio da boa-fé e da tutela da confiança.<sup>61</sup>

Dizem eles que, se a Administração criou regras de conduta para si, e se os particulares delas têm conhecimento, devem valer perante eles.

b) Crítica

Vejamos que objecções se podem fazer a esta tese.

Estas directivas não são dirigidas aos particulares; pelo contrário, são indicações internas quanto ao exercício de poderes discricionários. Originalmente são meras instruções/ circulares, embora se discuta se poderão ter relevância externa.

Se assim é, não faz sentido falar em tutela da confiança, porque não existe qualquer confiança a ser tutelada, nem em boa-fé.

Se, à partida, estas normas são meramente internas, não se poderá falar numa confiança legítima criada nos particulares.

Nem se diga que a obrigatoriedade de publicação cria nos particulares uma confiança legítima. Esta obrigatoriedade é consequência dos efeitos externos das directivas, e não sua causa.<sup>62</sup>

### 3) SOLUÇÃO ADOPTADA

Deveremos tratar de forma separada dois tipos de directiva:

- As elaboradas pela entidade detentora do poder discricionário.
- As elaboradas pelo superior hierárquico que indica ao subalterno como utilizar o poder discricionário.

#### 1 – Directivas elaboradas pelo detentor do poder discricionário

Entendemos que o fundamento da força vinculativa externa deste tipo de directivas é o princípio da boa-fé e da tutela da confiança.

O órgão não tinha qualquer necessidade de dar a conhecer o seu critério de decisão. Se o fez, foi com clara intenção auto-vinculadora e para publicitar esses critérios.

Se um superior formula uma instrução contendo uma directiva, a existência desse comando geral e abstracto pode ser inevitável. Realmente, para ele dar a conhecer ao subalterno a sua vontade quanto ao modo de decidir ao abrigo do poder discricionário, pode ter sido obrigado a criar aquele comando. Quer isto significar que, neste caso, não é evidente a vontade de o órgão publicitar o seu critério de decisão.

---

<sup>61</sup> Klien, referenciado por Maurer, Hartmut – Allgemeines ..., pág. 515-518; Ossenbühl, Fritz – Die Quellen ..., Pág. 87.

<sup>62</sup> Maurer, Hartmut – Allgemeines ..., pág. 515-518.

Porém, se e o órgão que exerce o poder, ao definir, ele próprio, como vai actuar, está claramente a manifestar uma vontade de publicitar os seus critérios de decisão. Se assim é, dever-se-á poder confiar legitimamente nos critérios fornecidos.

A força da directiva funda-se, aqui, na confiança que é preciso tutelar a quem acreditou nos critérios publicitados.

Naturalmente que a crítica efectuada à tese da tutela da confiança não tem aqui aplicação. Ela é formulada pela doutrina germânica e, como já foi referido, aí só se discute o problema das directivas quanto aos comandos gerais e abstractos do superior ao subalterno.

## 2 – Directivas elaboradas pelo superior hierárquico e dirigidas ao subalterno

Não é aqui evidente a vontade de o superior ter querido publicitar os seus critérios de decisão.

Porém, ao elaborar a instrução/ circular está, mesmo sem o pretender, a fazê-lo.

De facto, a partir do momento em que a Administração tem mais indicações quanto ao modo como vai exercer uma actuação, tem mais informações que poderá prestar. Sabendo que o particular, frequentemente, se informa nos serviços competentes, acerca da possibilidade de a sua pretensão ser satisfeita, e sabendo que estes fornecerão a informação tendo em conta o conteúdo da directiva, é justo que seja tutelada a sua confiança nas informações que pode obter.

Também através do princípio da tutela da confiança se justifica, neste caso, a força jurídica da directiva.

## VI

### SERÁ A DIRECTIVA UMA FIGURA DE APLICAÇÃO EXCLUSIVA AOS PODERES DISCRICIONÁRIOS?

#### 1) COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A questão que procuraremos resolver neste capítulo é a de saber se a figura da directiva poderá ser utilizada noutras situações além dos casos de limitação do poder discricionário.

Suponhamos que uma directiva fornece, não um critério quanto ao uso de um poder discricionário, mas uma interpretação da lei. Será admissível aplicar o regime da directiva a um acto geral e abstracto que venha a fixar uma determinada interpretação da lei?

A doutrina alemã estuda a directiva de discricionariedade (Ermessensrichtlinie) no âmbito de uma figura mais vasta que abarca outros comandos gerais e abstractos emitidos por um superior a um subalterno (Verwaltungsvorschriften). Tem considerado, portanto, outras directivas além daquelas que visam limitar o uso de um poder discricionário.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Veja-se Maurer, Hartmut que considera a existência de directivas de organização, de interpretação da lei, de limitação do uso de poderes discricionários e de integração de lacunas da lei – Allgemeines ...pág. 508-509; Ossenbühl, Fritz – Die Quellen ..., pág. 81.

## 2) ANÁLISE DE HIPÓTESES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE DIRECTIVAS EM ZONAS QUE NÃO O PODER DISCRICIONÁRIO

### **A) Será possível utilizar uma directiva para regular o fim a que subja a atribuição de um poder discricionário?**

Pavlopoulos entende que uma directiva poderá ser utilizada para definir o fim a que presidirá a utilização do poder discricionário ou para precisar esse fim.<sup>64</sup>

Afirma este autor que existe uma margem de discricionariedade atribuída ao órgão com competência para decidir no âmbito do poder discricionário. Para ele, essa margem de discricionariedade abrange uma margem de liberdade quanto à definição dos fins que presidirão ao uso do poder discricionário. Se existe uma margem de discricionariedade quanto à fixação desses fins, a directiva poderá fazê-lo.

É dado assente que os fins que levaram à criação de um poder discricionário e que, obviamente, deverão presidir ao uso desse poder, fazem parte de um aspecto vinculado da norma atribuidora do poder.<sup>65</sup>

Sem dúvida que existe um interesse público que determina o fim da norma que atribuiu o poder discricionário. Esse fim é um aspecto vinculado da norma que criou o poder discricionário e não pode ser desrespeitado.

---

<sup>64</sup> Pavlopoulos, Procopios – La directive ..., pág. 51-62.

<sup>65</sup> Amaral, Freitas do – Direito Administrativo, vol. II, Lisboa, 1988, pág. 114-115; Caetano, Marcello – Manual de Direito Administrativo, vol. I, 10ª ed., Almedina, 1992, pág. 506-512.

Porém, esse fim pode ter sido fixado por um interesse público tão amplo que se compadeça com a existência de diversos interesses públicos amplo que se compadeça com a existência de diversos interesses públicos mais pormenorizados em conflito entre si.

Tomemos um exemplo.

A norma criadora de discricionariedade prescreve:

“Para melhorar o nível de vida das populações a Administração poderá autorizar a construção de estações de tratamento de águas”.

O fim desta norma é melhorar o nível de vida da população. Existe um interesse público em que tal esteja determinado.

Posteriormente, a directiva estabelece:

“A construção de estações de tratamento de águas será sempre de autorizar.”

Suponhamos que existe um pedido de construção de uma estação deste tipo, o que, no entanto, causaria graves inconvenientes a nível urbanístico.

O interesse público em melhorar a vida das pessoas compadece-se com um interesse em autorizar a construção, para as pessoas poderem viver num ambiente mais são, e com um interesse em não autorizar, para as pessoas viverem num meio mais agradável.

Vemos, portanto, que a Administração tem uma margem para escolher, de entre os vários interesses que se ajustam ao interesse mais genérico constante da norma atribuidora de poder discricionário, qual deverá prevalecer.

Ora, se isto é permitido, a Administração poderá fixar na directiva o interesse prevalecente.

Trata-se aqui, no entanto, de uma pura directiva de discricionariedade.

**B) Será possível utilizar uma directiva para fixar uma determinada interpretação a dar à lei?**

Suponhamos que uma lei diz o seguinte:

“Aos proprietários de automóveis poderá ser exigida uma taxa pela utilização das estradas nacionais devido ao desgaste que o tráfego a elas causa.”

A entidade competente para decidir sobre a taxa formula a seguinte norma:

“Deve-se entender que o espírito da lei em questão possibilita a exigência da referida taxa às motorizadas.”

Na verdade, estamos perante um problema de interpretação da lei. A norma visa dar um sentido à letra da lei que seja conforme ao seu espírito. Realmente, parece que também as motorizadas, e não apenas os automóveis, provocam desgaste nas estradas nacionais.

Será esta norma uma directiva? Poder-lhe-á ser aplicado o seu regime?

Não parece que estejamos face a uma directiva ou a uma figura a que possa ser aplicado o seu regime. Como foi observado, o regime da directiva adapta-se à figura da discricionariedade. A possibilidade de derrogação é exigida em função das obrigações de

análise de todo o caso concreto impostas pelo Princípio da Igualdade e ponderação dos interesses em jogo. Não haverá, por isso, necessidade de moldar o regime da figura de modo a que esta se adapte ao referido poder. O regime da directiva e, nomeadamente, o da possibilidade de derrogação, não parece poder ser utilizado neste caso. Aliás, sabendo que só existe uma única interpretação concreta da lei, não existiriam razões para se derrogar a norma num caso concreto. A lei é igual para todos.

A figura da directiva não tem, portanto, aplicação a este caso.

Um problema diferente é o de saber se tal norma vinculará a Administração face aos particulares. Há quem entenda que sim.<sup>66</sup> Sem querer excluir essa possibilidade, tenha-se em conta que isso acarretaria atribuir competência regulamentar externa (possibilidade de criação de normas gerais e abstractas eficazes perante os particulares) a entidades que não a detivessem à luz da lei.

C) Será possível utilizar uma directiva para fixar o conteúdo de conceitos vagos e indeterminados?

A situação aqui talvez seja diferente.

Os conceitos vagos e indeterminados são conceitos utilizados pela lei e que impõem um juízo de prognose que acarreta a avaliação do caso concreto. Nisso se distinguem dos chamados “conceitos classificados”, cuja determinação do sentido é possível obter sem analisar o caso concreto.<sup>67</sup>

Vejamos um exemplo:

Uma dada lei estabelece o seguinte:

---

<sup>66</sup> Duarte, David – Igualdade ..., pág. 54-55.

“Será de conceder um subsídio para exploração de um hotel a quem seja considerado jovem empresário e prove a viabilidade do projecto”

Deparam-se-nos nesta lei dois conceitos:

- Jovem empresário (C1)
- Viabilidade do projecto (C2) – Projecto viável

O primeiro não é um conceito indeterminado. Apesar de, aparentemente, o parecer, a verdade é que o conceito de jovem empresário pode ser obtido sem avaliarmos a situação concreta do requerente. Para fixarmos o que é um jovem empresário não é concreto verificarmos a situação dos requerentes.

Este conceito será obtido, muito possivelmente, através de um outro acto normativo que defina quais as idades neles compreendidas. Partindo do pressupostos de que algo no ordenamento jurídico existe que nos permita obter o sentido deste conceito, concluímos que ele pode ser fixado sem avaliação das situações concretas.

Portanto, sempre que estivermos face a um conceito cujo sentido possa ser obtido sem a análise do caso concreto, não estaremos perante um conceito vago e indeterminado.

O conceito C2 é, contrariamente, um verdadeiro conceito vago e indeterminado. Para se ajuizar sobre a viabilidade do projecto é necessário avaliá-lo em concreto. Mas isso não basta. É preciso verificar se será viável, no futuro. É necessário prever o comportamento dos

---

<sup>67</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 116-119 e 474-478.

factores condicionantes do projecto para verificar a sua viabilidade (é necessário efectuar um “juízo de prognose”).

Existe, portanto, uma margem de liberdade atribuída à Administração quanto ao preenchimento de conceitos do tipo C2. Quanto aos de tipo C1, a sua densificação é absolutamente vinculada.

Poderá ser aplicável o regime das directivas a uma norma geral e abstracta que fixe o conteúdo de um conceito vago e indeterminado?

Parece-nos que sim. O regime das directivas é adaptado ao facto de ser necessária uma ponderação das circunstâncias do caso concreto<sup>68</sup> (daí a possibilidade de derrogação). Também aqui existe uma obrigação de ponderação dos circunstancialismos do caso concreto. Faz sentido, por isso, que uma directiva possa ser aplicada. Nunca o faria uma norma absoluta, como um regulamento, por isso condicionar a avaliação de todos os aspectos do caso concreto.

Se a directiva disser:

“um projecto hoteleiro é viável se o número de camas for superior a 50”

A Administração limita-se quanto ao sentido a dar àquele conceito. Porém, ter-se-á de admitir a possibilidade de derrogação porque, face à análise de uma situação concreta, se poderá concluir que exista um projecto viável que preveja um número de camas inferior.

---

<sup>68</sup> Para se verificar se o Princípio da Igualdade ou se os interesses em jogo justificam uma modificação, para aquele caso concreto, dos critérios da directiva.

De facto, se o preenchimento de conceitos vagos e indeterminados envolve uma margem de liberdade concedida à Administração para que ela possa efectuar o tal “juízo de prognose” quanto à viabilidade do projecto, a avaliação dos circunstancialismos do caso concreto não poderá ser limitada. Além disso, e porque se terá, por essa razão, de salvaguardar a hipótese de modificação dos critérios para saber o que é um “projecto viável”, faz sentido exigir a possibilidade de derrogação.

Ora, o regime da directiva adapta-se a este caso e, por isso, pode ser utilizado.

## VII

### INPUGNAÇÃO CONTENCIOSA

#### 1) COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Depara-se-nos agora o problema de saber em que termos poderá ser atacada uma directiva.

Será que o juiz tem um controlo ilimitado para verificar a conformidade de uma derrogação? Será que pode, sempre que o entender, ordenar a aplicação da directiva? O particular poderá recorrer directamente da directiva?

## 2) IMPUGNAÇÃO DO ACTO PRATICADO AO ABRIGO DE UMA DIRECTIVA

A situação que estudaremos neste número é a da impugnação contenciosa de um acto praticado ao abrigo da directiva.

Não se trata aqui de atacar directamente a directiva, mas sim de estudar como impugnar o acto que lhe dá execução.

### **A) Impugnação no caso de a directiva ser ilegal**

Suponhamos que a directiva ao abrigo da qual o acto foi praticado, é ilegal. Poderá o acto ser atacado com este fundamento?

Sem dúvida que sim.<sup>69</sup> Vejamos um exemplo:

Uma directiva dispõe neste sentido:

“Só poderão ser admitidos a concurso para provimentos no cargo de professor pessoas do sexo masculino.”

A Sra. “y” pretende ser professora e concorre. Mas ao abrigo da directiva, não lhe é dada tal possibilidade. Poderá ela atacar o acto de indeferimento com o argumento de que a directiva é ilegal (inconstitucional por violar o art.º 13º CRP)?

---

<sup>69</sup> Cliquennois/ Lascombe – Les Directives ..., pág. 134.

Pode, sem dúvida. A ilegalidade da directiva transmitiu-se ao acto que lhe deu execução.

Atacou-se aqui a ilegalidade da directiva por via da excepção. Realmente, não se visava a anulação da directiva, mas sim do acto que a executou. A ilegalidade não serviu para destruir a directiva, mas sim o acto.

### **B) Impugnação no caso de a Administração não ter avaliado a situação particular no seu todo**

Já sabemos que a Administração tem, por lhe ter sido atribuído um poder discricionário, duas obrigações:

- De verificar todos os condicionalismos fácticos que rodeiam o caso apresentado, para verificar se da aplicação da directiva resulta uma violação do Princípio da Igualdade.
- De avaliar todos os interesses subjacentes à situação concreta.

Se a Administração se furtar a uma destas obrigações, que poderá o particular fazer?

1 – Se a Administração não tiver verificado todas as particularidades fácticas da situação, o particular pode alegar esse facto para sustentar a invalidade do acto.

De facto, a directiva não dispensa a Administração desta sua obrigação.

Existirá violação de lei (da lei atribuidora do poder discricionário) se tal suceder.<sup>70 71</sup>

---

<sup>70</sup> O STA, em Acórdão de 24/Jan/89, entendeu que se tratava de um erro de interpretação acerca da existência de um poder discricionário (Acórdão referido por David Duarte Igualdade ..., pág. 85); Osvaldo Gomes entende que se trata de um erro sobre os motivos, por a Administração estar em erro quanto à existência de um poder discricionário – A

2 – Se o agente com competência para decidir não ponderar os interesses concorrentes no caso concreto, então o acto poderá ser impugnado por violar o Princípio da Imparcialidade.<sup>72</sup>

**C) Impugnação de acto com fundamento numa ilegal derrogação da directiva/  
impugnação com base na ilegítima aplicação da directiva.**

Um particular poderá atacar um determinado acto praticado pela Administração no caso de ela não ter aplicado uma dada directiva. Uma das possibilidades que o recorrente tem é de defender a ilegalidade de derrogação à directiva.

Uma directiva dispõe:

“Os exportadores de leite terão direito a um subsídio.”

O Sr. “x”, exportador de leite, não recebeu o subsídio por a Administração ter entendido que a quantidade de leite por ele exportada era irrelevante. Portanto, e tendo em atenção a especialidade do caso, a directiva que lhe atribuíu o montante, foi derrogada.

Independentemente de sabermos se tem razão ou não, o Sr. “x” tem a possibilidade de atacar a legalidade da derrogação.

---

Fundamentação ..., pág. 137-138; Gonçalves Pereira defende que estamos perante um erro sobre a competência – A Garantia ..., pág. 11.

<sup>71</sup> Wade, Sir William – Administrative Law ..., pág. 371.

<sup>72</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 499.

Do mesmo modo, poderá o particular sustentar que a directiva lhe foi ilegalmente aplicada, alegando que o seu caso merecia uma derrogação.

Vejam os pormenorizados poderes de cognição do juiz nesta área.

a) A situação fáctica do caso concreto exige uma solução diferente daquela que a Administração deu por o Princípio da Igualdade o exigir.

Já sustentámos que a directiva será sempre de aplicar. Só assim não será quando as particularidades fácticas de uma situação exigirem solução diferente. Ora, tal sucederá se o Princípio da Igualdade exigir a derrogação da directiva. A norma criadora de discricionariedade tem o seguinte texto:

“Poderá ser concedido um desconto nas passagens aéreas.”

E a directiva dispõe:

“Os residentes nos Açores têm direito a um desconto nas passagens de avião, em virtude da insularidade a que estão sujeitos.”

Se um madeirense pedir um subsídio equivalente, a Administração estará obrigada a derrogar e a concedê-lo. O Princípio da Igualdade isso exige.

E supondo que a Administração não o faz?

Somos da opinião que ele se poderá dirigir ao tribunal e este estará obrigado a anular o acto por violação do Princípio da Igualdade. Será, porém, o particular a provar as

particularidades da sua situação. Ou seja, terá de ser o particular a provar a violação do Princípio da Igualdade. Cabe-lhe o ónus da prova.<sup>73</sup>

Caso diferente será o de a Administração derrogar uma directiva e o particular pretender contestar tal facto.

A norma atribuidora de poder discricionário dispõe:

“Poderá ser concedido um subsídio a agricultores.”

A directiva dispõe:

“O subsídio será sempre de atribuir a jovens agricultores.”

É negado um subsídio ao jovem agricultor “x”.

Parece-nos que ele poderá contestar a validade do acto alegando que a sua situação cabe na previsão da directiva. Deverá a Administração justificar a derrogação desta, demonstrando a especialidade fáctica do caso em questão. Ou seja, neste caso o ónus da prova recai sobre a Administração. Será ela a ter de provar que este caso justifica uma derrogação por resultar uma violação do Princípio de Igualdade da aplicação da directiva.

Em suma:

---

<sup>73</sup> Tal como o Conseil d'État decidiu no caso “Crédit Foncier de France” – C.E. 11/12/70.

- O Princípio da Igualdade visa um controlo sobre as particularidades fácticas dos casos.

- A directiva só poderá ser derogada se da sua aplicação resultar uma violação do Princípio da Igualdade.

Existe, portanto, uma presunção de aplicação da directiva.

- Se a Administração derogar a directiva, caber-lhe-á provar que a derrogação foi efectuada sem violação do Princípio da Igualdade.

- Se a Administração aplicar a directiva, deverá ser o particular a provar a violação do Princípio da Igualdade.

b) A ponderação dos interesses concorrentes no caso concreto não foi adequada.

Já sabemos que o fim que preside à atribuição de um poder discricionário é um aspecto vinculado desse poder. Existe, portanto, um determinado interesse público que justificou esse fim, e que é imutável. Deve motivar sempre qualquer acto praticado desse poder.

Admite-se, porém, que esse interesse seja vago e que seja compatível, no seu sentido com uma pluralidade de outros interesses que é necessário ponderar a propósito de um caso concreto.<sup>74</sup>

Consideremos a seguinte norma atribuidora de poder discricionário:

---

<sup>74</sup> Correia, Sérvulo – Legalidade ..., pág. 493-497.

“Para disciplinar o ordenamento do território poderá o Ministério embargar e demolir construções.”

Detecta-se um fim subjacente à atribuição deste poder discricionário, que é o de disciplinar o ordenamento do território.

Se for demolido um edifício por o Ministro ter desavenças pessoais com a pessoa que o construiu, haverá desvio de poder. O fim da norma, determinado pelo interesse público de ordenamento do território teria sido violado.

Esse interesse público de ordenamento do território é, porém, muito vago, compadecendo-se com a existência de vários interesses públicos de conteúdo menos vasto e que concorram entre si aquando de um dado caso concreto.

Suponhamos que o Sr. “x” pretende construir um Hotel numa zona de moradias.

Há um interesse público em que o Hotel de 5 andares não se construa numa zona de moradias, mas existe um outro interesse público concorrente que exige o desenvolvimento turístico da zona em questão.

Tanto o interesse de desenvolvimento, como o interesse de não permitir uma construção daquele tipo se compadecem com um fim mais vasto de ordenamento do território (a questão do ordenamento do território transcende os problemas de urbanística).

Ora, a Administração está obrigada a pesar adequadamente estes interesses concorrentes (que não violam o interesse mais vasto fixado no fim da norma atribuidora de poder discricionário) para solucionar o caso.

Qual o papel da directiva nesta questão? A norma, ao fixar um sentido de decisão, está, implicitamente, a tomar partido por um dos interesses concorrentes. Porém, o poder

discricionário exige que se continuem a ponderar os vários interesses concorrentes para verificar se é necessária uma derrogação.

Como poderá o juiz controlar a existência de uma adequada ponderação dos interesses?

Através do Princípio da Proporcionalidade, que se desdobra em:

- Princípio da Adequação
- Princípio da Necessidade
- Princípio da Proporcionalidade em sentido restrito<sup>75</sup>

1 – A directiva é derrogada por a Administração entender que a ponderação dos interesses concorrentes a isso obrigou.

Consideremos o caso atrás exemplificado e suponhamos que a Administração formula a seguinte directiva:

“Serão de demolir edifícios com mais de 3 andares construídos em zonas de moradias.”

O que esta directiva fez foi tomar partido por um dos interesses concorrentes. Ora, suponhamos que, em relação ao tal hotel, o Ministro decide derrogar a directiva (optando por um outro interesse público para aquele caso concreto, atendendo aos seus circunstancialismos).

Como poderá o juiz controlar tal acto de recusa de demolição?

Deverá verificar, segundo o Princípio da Proporcionalidade:

---

<sup>75</sup> Correia, Sêrvulo – Legalidade ..., pág. 113-115, 498-499.

- Se tal acto é adequado para prosseguir o interesse que se propõe a seguir.

Deverá avaliar se, em abstracto, o hotel contribui para o desenvolvimento turístico da região.

- Se tal acto é necessário/ indispensável para se prosseguir o interesse de desenvolvimento turístico.

Será necessário verificar se não existe outro meio de promover o desenvolvimento turístico, menos gravoso para os particulares, além da manutenção de um hotel numa zona de moradias.

- Se tal acto é respeitador do princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Terá de se avaliar se a manutenção de um hotel de 5 andares não será um acto excessivo em termos de quantidade face ao interesse a prosseguir. Por outras palavras, não ficará o interesse de desenvolvimento turístico satisfeito com um hotel de 3 andares? Não deverão ser demolidos 2 dos 5 andares?

Portanto, deverá o juiz responder a estas questões para solucionar o problema. Note-se que a Administração conservou aqui uma dose de discricionariedade para modificar o critério de decisão plasmado na directiva. Realmente, a directiva não poderia fechar a porta à discricionariedade, sob pena de violar a norma habilitadora desse poder.

Mas, se o tipo de controlo permanece o mesmo que existiria caso o Ministro estivesse a agir no âmbito de um poder totalmente discricionário, sem que existisse uma directiva, qual é o efeito que esta provoca a nível de impugnação contenciosa?

É que, se a Administração pretender derrogá-la, cabe-lhe o ónus de provocar que o acto praticado ao abrigo da derrogação não é inadequado, desnecessário ou desproporcionado face ao que o interesse subjacente à sua emissão exige.

Efectivamente, e como já demonstrámos anteriormente, a directiva trás consigo uma presunção de que será aplicável. Os fundamentos da sua aplicação terão de ser provados por aquele a que isso interessar.

2 – A directiva é aplicada e o particular pretende uma derrogação.

Neste caso recai sobre o particular o ónus da prova. Terá ele de provar que o acto praticado ao abrigo do critério de decisão da directiva é inadequado, desnecessário ou desproporcionado face ao interesse que presidiu à criação daquela.

Em conclusão, diremos que o efeito da directiva a nível da impugnação contenciosa de uma inadequada ponderação de interesses é o de fazer recair o ónus da prova sobre aquele que sustente a sua derrogação.

Na realidade, num contencioso de anulação é sempre ao particular que cabe, de uma forma ou de outra, a prova sobre a ilegalidade do acto. Este caso inverterá essa regra. Bastaria ao particular pedir a anulação de um acto praticado ao abrigo de uma derrogação sem fundamentar a pretensão, para a Administração ter o ónus de provar a existência de uma adequada ponderação de interesses.

### 3) IMPUGNAÇÃO DA DIRECTIVA

Será possível impugnar directamente uma directiva, ou ela só poderá ser atacada através da anulação de um acto que a execute?

Defendem alguns que não é necessário o recurso directo contra a directiva, bastando o controlo caso-a-caso através da anulação do acto que lhe dê execução.<sup>76</sup>

Outros entendem que a directiva não poderá ser impugnada directamente por não ter carácter regulamentar.<sup>77</sup>

Parece-nos que tais argumentos poderão ser rebatidos:

1 - Por vezes o controlo do acto de execução da directiva poderá não ser suficiente. Pense-se numa directiva de aplicação sem necessidade de um acto que a execute.

Consideremos a seguinte norma atribuidora de poder discricionário:

“O Governador-Civil poderá exigir aos particulares que se façam acompanhar do Bilhete de Identidade em zonas de elevada criminalidade.”

A directiva fixaria o seguinte:

---

<sup>76</sup> Schmidt, Walter – Einführung ..., pág. 84.

<sup>77</sup> Laubadère/ Venezia/ Gaudenet – Traité ..., pág. 587-589, CE. – casos “Crédit Foncier de France” de 11/12/70 e “Société Géa” de 29/6/73. O caso “Société Géa” diz respeito a uma directiva que fixava as condições para concessão de uma autorização de importação de produtos derivados do petróleo. Não foi atribuída a referida autorização à Société Géa e ela alegou, sem êxito, a falta de publicidade das directivas, a sua inadequação face ao fim da norma atribuidora de poder discricionário e a sua aplicação discriminatória.

“Na zona “x” os indivíduos de raça cigana terão de se fazer acompanhar do Bilhete de Identidade.”

Ora, tal directiva não necessita de um acto de execução para ser cumprida. Como impugná-la se não se admitisse um recurso directo contra ela?

2 – Como vimos, a directiva não é um regulamento.

Porém, através dela estabelece-se uma regra à qual estão associados efeitos jurídicos.<sup>78</sup> A sua semelhança com o regulamento é de molde a justificar um tratamento análogo. Realmente, um comando com uma previsão e uma estatuição a ela associada.

Além disso, não será possível deixar de lhe reconhecer uma certa aptidão para inovar no ordenamento jurídico.<sup>79</sup>

Parece, pois, que se deve aplicar por analogia o regime da impugnação de normas regulamentares (art.º 63.º a 68.º da LEPTA, 26-1-i e 51-1-e do ETAF).

Realmente, não parece possível deixar de existir uma impugnação directa contra a directiva, pois isso violaria o princípio da efectiva tutela dos direitos e interesses dos administrados (art.º 268-5 CRP). De facto, se assim fosse, existiria uma lacuna no elenco dos meios contenciosos, que impediria a tutela completa das suas posições.<sup>80</sup> Tal circunstância seria ainda mais evidente quando se tratasse de uma directiva que não necessitasse de um acto de execução.

---

<sup>78</sup> Abreu, Jorge M. Coutinho de – Sobre os regulamentos ..., pág. 175-179; Cliquennois/ Lascombe – Les Directives ..., pág. 137-138.

<sup>79</sup> Flamme, Maurice-André – Droit Administratif, tomo 1, Ed., Bruylant, Bruxelas, 1989, pág. 397.

<sup>80</sup> No mesmo sentido, afirmando que o art.º 268-5 CRP garante a tutela da posição subjectiva do particular, mesmo que não esteja previsto um meio processual apropriado para a defesa dos seus interesses – Canotilho, Gomes/ Moreira, Vital – Constituição da República Portuguesa anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 937 (nota IX)

## VIII

### ALGUMA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Analisaremos, a título de exemplo, três casos da Jurisprudência do STA que definiram posições quanto ao problema da admissibilidade da autovinculação e das directivas.

1) A ADMINISTRAÇÃO PODE CRIAR REGRAS GERAIS E ABSTRACTAS NO ÂMBITO DE PODERES DISCRICIONÁRIOS, MAS ESTAS TÊM CARACTÉR DE MERAS ORIENTAÇÕES (AC. STA-1 DE 24/MAI/1989, AD N.º 340, ANO XXIX)<sup>81</sup>

O art.º 5.º do DL 308-A/75 atribuía ao Governo um poder discricionário para conceder, ou conservar, a nacionalidade portuguesa a indivíduos nascidos nas antigas colónias que, apesar de preservarem uma ligação íntima com Portugal, não preenchiam as condições que lhes permitissem a manutenção da dita nacionalidade.

Posteriormente, o Conselho de Ministros emitiu a Resolução n.º 347/80 para “enquadrar o exercício da competência prevista no art.º 5.º”. A utilização do poder discricionário deveria “ter em conta as seguintes orientações:

- a)...
- b)...
- c)...

---

<sup>81</sup> Vejam-se quanto ao mesmo assunto as decisões do STA (pleno) de 11/Mai/89 (AD n.º 337), ano XXIX), 23/Jan/90 (AD n.º 346, ano XXIX); STA-1 de 31/Mai/84 (AD n.º 276, ano XXIII, 8/Abr/86 (AD n.º 304, ano XXVI), 21/Mai/87 (AD n.º 312, ano XXVI).

- d) A inserção efectiva e actual dos requerentes na comunidade portuguesa;
- e) A prevenção da situação de apátrida;
- f)...
- g)...

O requerente recorreu de um acto que lhe negava a concessão da nacionalidade portuguesa. Sustentou tal pretensão no risco de se poder tomar apátrida, e no facto de a entidade decisória ter considerado que a circunstância de o dito requerente ser sócio e gerente de uma sociedade e possuir um imóvel em Portugal não era suficiente para demonstrar a efectiva inserção na comunidade.

O STA teve, portanto, de verificar qual o valor da norma criada pelo Conselho de Ministros, no âmbito do poder discricionário que lhe havia sido concedido. Efectivamente, era preciso analisar se a Administração se havia obrigado a conceder a nacionalidade a quem estivesse em risco de se tomar apátrida.

Decidiu que tal norma não tinha valor auto-limitador do poder discricionário. A resolução teria carácter de mera orientação.

Parece-nos que a solução é acertada. O próprio texto da resolução indicava, como se viu, o seu carácter de mera orientação. Parece, portanto, que não se tratava de uma norma auto-vinculadora, na medida em que não impunha à Administração a obrigação de conceder a nacionalidade a quem se encontrasse em risco de se tomar apátrida. Consequentemente, nenhum direito foi criado na esfera do particular.

Por outro lado, sustentou o recorrente que a Administração havia exercido inadmissivelmente o poder discricionário que lhe era conferido. De facto, pretendia ele que o facto de os seus filhos estudarem em escolas portuguesas, de habitar num imóvel próprio e de

ser sócio e gerente de uma sociedade portuguesa, seriam razões suficientes para demonstrar a sua “inserção efectiva” na comunidade portuguesa. Ora, a Administração entendeu que essas circunstâncias não provavam a mencionada “inserção”, afirmando-o expressamente. Discordando dessa opinião, o recorrente alegou a existência de um erro de facto nos pressupostos, por entender que aqueles factos provam a ligação em causa.

Qual foi a solução dada pelo STA? Afirmou, em primeiro lugar, que não estávamos perante uma violação da al. d) da Resolução em causa. Assim é. Como vimos, a Resolução, por ter um valor meramente indicativo, não permite a criação de direitos na esfera do particular, nem pode, como tal, ser tomada como uma directiva. Porém, a partir do momento em que é o próprio órgão decisório a afirmar, na fundamentação do acto praticado, que não estava provada a satisfação do índice da al. d) da Resolução (a “inserção efectiva”), a veracidade dessa conclusão pode ser posta em causa. Por outras palavras, a Administração elegeu com fundamento de recusa da concessão a inexistência de uma ligação efectiva, afirmando que a propriedade do imóvel e as outras razões invocadas não provavam qualquer ligação à comunidade portuguesa. Se o fez, a correcção dessa afirmação pode ser atacada, não com base em violação da Resolução, mas advogando um erro nos pressupostos.<sup>82</sup>

O STA, admitindo esta possibilidade, analisou a possível existência de um vício deste tipo. Ou seja, verificou se as circunstâncias alegadas pelo requerente para a prova da “inserção efectiva” eram de molde a, efectivamente, o demonstrar, ou se, como entender a Administração, não eram motivos suficientes.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Mais precisamente, um erro de direito quanto ao preenchimento dos pressupostos. Veja-se Oliveira, Mário Esteves de – Direito Administrativo ..., pág. 566.

<sup>83</sup> Talvez se pudesse questionar a possibilidade de o Tribunal efectuar tal controlo. Na verdade, tudo dependerá de saber se a “inserção efectiva na comunidade portuguesa” é, ou não, um conceito cujo preenchimento pela Administração beneficie de uma margem de liberdade não sindicável pelos tribunais. Se o for, não poderia o STA discutir se aquelas razões alegadas pelo requerente provam a mencionada ligação.

Veio o mencionado Tribunal a concluir que não existia qualquer erro porque as razões aduzidas pelo requerente não provavam qualquer inserção na sociedade.

2) A ADMINISTRAÇÃO PODE AUTO-VINCULAR-SE ATRAVÉS DE DIRECTIVAS NÃO PERMANENTES (AC. STA-1 DE 7/DEZ/1978, AD N.º 206, ANO XVIII) <sup>84</sup>

O art.º 260 § 1º do Estatuto do Funcionalismo Público Ultramarino atribuía ao Ministro do Ultramar um poder discricionário para decidir acerca de reembolso de quantias que os funcionários hajam despendido em passagens de retorno a Portugal.

O Secretário de Estado da Descolonização elaborou dois Despachos (4 e 13 de Abril de 1976) que militavam aquele poder discricionário, determinando as situações em que seria de conceder o reembolso, e outras em que tal não sucederia.

Neles se previam as seguintes situações, entre outras:

- Não seria reembolsado o funcionário que, antes da independência dos territórios, se houvesse antecipado à decisão sobre o pedido de concessão da passagem (al. a) do Despacho de 13/4/76 do Secretário de Estado da Descolonização).

- Não seria reembolsado o funcionário que:

---

<sup>84</sup> Sobre o assunto veja-se Sêrvulo Correia – Legalidade ..., pág. 749-752.

- Houvesse despendido uma soma para gozar em Portugal as suas férias ou licenças e que tivesse resolvido aqui permanecer, não regressando ao local onde prestava os seus serviços (al. b) do Despacho do Secretário de Estado da Descolonização de 4/4/76).

- Tivesse despendido o valor das passagens para os seus familiares, antecipando-se ao direito (al. c) do Despacho de 4/4/76).

Perante este panorama, pretendia um funcionário que lhe fosse reembolsado o valor que este havia gasto, consigo e com a sua família, nas passagens de Angola para Portugal.

O recorrente requereu a passagem de guias que lhe dessem o direito de levantar as passagens para vir a Portugal, com fundamento no direito que tinha a gozar férias pagas. Como, porém, a emissão das guias tardava, decidiu pagar do seu bolso a passagem, ainda que antes da independência do território em questão.

O STA admitiu a possibilidade de o Despacho do Secretário de Estado limitar o poder discricionário por se tratar de uma “directiva não permanente, destina à resolução de uma massa predeterminada de casos verificados em certo período de tempo.”

Assim, e tendo os referidos Despachos valor vinculativo, o funcionário não poderia ser reembolsado, estando a entidade decisória obrigada a indeferir o pedido de reembolso. De facto, a situação do recorrente subsume-se nas hipóteses acima mencionadas (al. b) e c) do Despacho de 4/4/76 e al. a) do despacho de 13/4/76), as quais não permitiam qualquer reembolso. Reconhece-se, portanto, eficácia externa a determinadas normas elaboradas pela entidade apta a tomar a decisão.

Isso talvez não seja necessariamente assim. De facto, existiria sempre a possibilidade de a directiva ser derogada face às particularidades do caso. Na decisão parece aceitar-se a autovinculação através de uma norma que não admita derrogações e dispense a análise do caso concreto (chamando-lhe “directiva”). Ora, tal não parece ser correcto. Sempre seria possível, ao particular, demonstrar que o seu caso concreto merecia tratamento diferente do da directiva. Uma vez provada a excepcionalidade do caso, teria a Administração de procurar uma solução fora dos quadros traçados pela norma que criou. Portanto, deveria ter sido reconhecido e afirmado o carácter não absoluto das directivas, consubstanciado na possibilidade de o funcionário provar que a sua situação merecia tratamento diferente do prescrito na directiva em causa. Poderia assim demonstrar que as normas dos Despachos deveriam ser derogadas, não servindo para solucionar o seu problema.

Por outro lado, o STA admitiu a figura da norma autovinculadora-medida (por analogia com a lei-medida), denominando-a “directiva não permanente”. Que argumentos existirão para admitir a “directiva não permanente” e negar a auto-vinculação nos termos normais?<sup>85</sup> Qual a especialidade da directiva-medida?

### 3) A POSSIBILIDADE DE AUTO-VINCULAÇÃO ATRAVÉS DE CRITÉRIOS DE ESCOLHA (AC. STA-1 DE 26/MAI/1977, APÊNDICE AO DR DE 10/JUL/80)

O conselho de Administração da Caixa Geral de Depósitos detinha um poder discricionário para decidir sobre o resultado de um concurso para o preenchimento de cinco vagas.

Veio, em função disso, a auto-vincular-se através de um Despacho do seguinte teor:

---

<sup>85</sup> Veja-se Sérvulo Correia – Legalidade ..., pág. 751.

“1.ª A Selecção ... terá em conta os seguintes critérios:

- a) Data de conclusão do curso (com preferências para as datas mais antigas);
- b) Antiguidade como empregado da caixa;
- c) Apreciação sobre o grau de preparação e as qualidades de trabalho do candidato”

Após a realização do concurso, um concorrente que havia sido preterido decidiu recorrer. Ora, um dos fundamentos do recorrente era, exactamente, a violação do despacho mencionado. Afirmava-se, portanto, o valor do despacho como norma autovinculadora que poderia ser alegada pelo particular.

Qual foi a posição do STA face a esta questão?

Este Tribunal entendeu que o Despacho do Conselho de Administração era uma norma autovinculadora e que, como tal, poderia ser utilizada pelo particular se lhe conferisse um direito. O STA reconheceu, portanto, a eficácia externa desta normas.

Não veio, no entanto, a ser dada razão ao recorrente. De facto, o referido Tribunal entendeu que o particular não se encontrava em condições de beneficiar do disposto na directiva, porque esta não lhe atribuía qualquer direito. Na realidade, de entre os dez concorrentes, o recorrente classificava-se em 9º quanto à antiguidade como funcionário da Caixa (al. b) do Despacho), e em 4º quanto ao item da al. a). Ora, sabendo que apenas cinco lugares seriam preenchidos, o STA julgou que aquelas classificações não habilitavam o recorrente a afirmar que o Despacho lhe conferia um direito.

Por outro lado, o Tribunal entendeu que não poderia controlar o preenchimento da al. c) pelo recorrente, uma vez que aquela conferia à entidade decisória uma discricionariedade que não poderia ser judicialmente controlável.

Não seria, pois, possível, verificar se a directiva conferia um direito ao particular. Além disso, existiam indícios de que tal não sucedia, uma vez que as suas classificações quanto aos outros critérios não eram de molde a sustentar essa posição.

Que dizer desta decisão do STA?

Em primeiro lugar dever-se-á mencionar o facto de ter sido reconhecido valor a uma directiva. De facto, estamos perante uma norma criada pelo órgão decisório, visando regular a utilização desse mesmo poder de decisão. O Tribunal reconheceu, simultaneamente, que o comportamento do órgão era admissível e que a norma criada poderia conferir direitos ao particular.

Deveremos verificar, portanto, se a norma em causa atribuía um direito ao recorrente.

A resposta é negativa. Apesar de a Administração da CGD ter exteriormente a inexistência de discricionariedade, isso não acarreta necessariamente a inexistência de discricionariedade. Na verdade, é a própria directiva que lhe atribui uma margem de livre decisão. Onde Surge essa margem de liberdade?

Ela depara-se-nos em dois momentos:

- Por um lado, a apreciação do “grau de preparação” e “qualidades de trabalho” do candidato envolvem juízos de prognose a efectuar pela entidade decisória. Ora, como se sabe, quando estamos perante conceitos que necessitem de um juízo deste tipo para serem densificados, deparam-se-nos verdadeiros conceitos vagos e indeterminados cujo preenchimento não é jurisdicionalmente controlável. Assim, sendo, a CGD gozava de uma margem de liberdade quanto à avaliação do preenchimento destes conceitos pelos candidatos.

- Por outro lado, ainda a outro nível gozava a Administração da CGD de uma margem de liberdade. É que o Despacho não determina qual o peso relativo de cada um dos critérios

de decisão. De facto, em parte alguma dessa directiva se quantifica a importância de cada um dos critérios de decisão face aos outros. Significa isso que a entidade decisória é livre para determinar quanto pesam os critérios enumerados no Despacho, qual deles valerá mais e em que medida.

Assim, nunca poderia o particular afirmar um direito a ter êxito no concurso, uma vez que ao Tribunal não seria possível verificar determinados aspectos da avaliação dos candidatos.

Só se o recorrente provasse uma violação do Princípio da Proporcionalidade no exercício da margem de livre decisão (p. ex. desvalorizando totalmente um dos critérios de decisão, o que acarretaria um inadmissível exercício da margem de liberdade quanto ao peso a atribuir a cada item do Despacho), poderia alegar um direito proveniente da directiva.

Portanto, e face à ampla margem de decisão que a entidade decisória ainda possui neste caso concreto, só face a situações-limite seria possível utilizar a directiva com êxito. Supondo que o candidato se classificava entre os cinco primeiros (uma vez que o concurso respeitava ao preenchimento de cinco vagas) quanto aos critérios das als. a) e b), e que seria contrário ao Princípio da Proporcionalidade classificá-lo abaixo da 5ª posição quanto aos itens que envolvam a formulação de um juízo de prognose (al. c)), aí poderia o particular sustentar que a directiva lhe atribuía um direito.

Se tal sucedesse, caberia à Administração demonstrar que a directiva deveria ser derogada naquele caso concreto. Como se viu anteriormente, cabe à Administração o ónus de provar a necessidade de derrogação.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade, Almedina, 1987

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira – Lições de Direito Comunitário, vol. I, 2ª ed., Coimbra, 1992

AMARAL, Diogo Freitas do – Curso de Direito Administrativo, vol. I, 2ª ed., Almedina, 1994

- Direito Administrativo (Lições policopiadas), vol. II (1988), vol. III (1989), vol. IV (1988), Lisboa

ANDRADE, Vieira de – O Ordenamento Jurídico Administrativo Português, in Contencioso Administrativo, Braga, 1986

CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo, vol. I, 10ª ed., Almedina, 1991

CAMPOS, João Mota de – Direito Comunitário, vol. II, 4ª ed., Ed. Calouste Gulbenkian

CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional, 6ª ed., Almedina 1993

CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993

CASTELANI, Alessandro – Aspetti e Attualità Delle Circolari Normative Della Pubblica Amministrazione, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, IV, 1993

CAUPERS, João/ RAPOSO, João – Contencioso Administrativo anotado e comentado, Aequitas, 1994

CHAPUS, René – Droit Administratif Général, Tomo I, Ed. Montchrestien, 5ª ed., 1990

CHARLESWORTH, Andrew/ CULLEN, Holly – European Community Law, Ed. Pitman, 1994

CLIQUENNOIS, Martine/ LASCOMBE, Michel – Les Directives, Puf

CORREIA, Fernando Alves – O Plano urbanístico e o Princípio da Igualdade, Almedina, 1989

CORREIA, José Manuel Sérvulo – Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Almedina, 1987

- Separation of Powers and Judicial Review of Administrative decisions in Portugal in Control In Constitutional Law, Ed. Martinus Nijhoff, 1993

- Notas Fundamentais de Direito Administrativo, vol. I, Ed. Danúbio, 1982

DEBBASCH, Charles – Institutions de Droit Administratif, Vol. 2, Puf, Paris, 1978

DUARTE, David – Igualdade e Imparcialidade na Auto-vinculação (Relatório de Mestrado não publicado), 1982

FLAMME, Maurice-André – Droit Administratif, Tomo 1, Ed. Bruylant, Bruxelas, 1989

GIVAUDAN, Antoine – Du virus de la directive aux toxines des lois d'aménagement, in Revue française de droit administratif, n.º 4, 1987

GOMES, José Osvaldo – Fundamentação do Acto Administrativo, Coimbra, 1979

ISAAC, Guy – Droit communautaire général, 4ª ed., Ed. Masson, 1994

LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean Claude/ GAUDEMET, Yves – *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, 11ª ed., Ed. LGDJ, 1990

MAURER, Hartmut – *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ª ed., Ed. Verlag C.H. Beck, Munique, 1988

MAURÍCIO, Artur/ LACERDA, Dimas de/ REDINHA, Simões – *Contencioso Administrativo*, 2ª ed., Ed. Rei dos Livros, 1987

MIRANDA, Jorge – *Funções, Órgão e Actos do Estado* (policopiado), Lisboa, 1990

MOCKLE, Daniel – *Recherche sur les Pratiques Administratives Pararéglementaires*, Ed. LGDJ, Paris, 1984

OLIVEIRA, Mário Esteves de – *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1980

OLIVER, José Mª. Boquera – *Estúdios sobre el Actos Administrativo*, 6ª ed., Civitas, 1990

OSSENBÜHL, Fritz – *Die Quelle des Verwaltungsrechts*, in *Allgemeines Verwaltungsrechts*, 5ª ed., Ed. H-U. Erichsen und W. Martens, 1981

OTERO, Paulo – *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Ed. Coimbra, 1992

PAVLOPOULOS, Procopios – *La Directive en Droit Administratif*, Ed. LGDJ, Paris, 1978

PEREIRA, André Gonçalves – *A Garantia de Recurso Contencioso no texto Constitucional de 1971*, Ática, Lisboa, 1973

QUEIRÓ, Afonso – *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1976

RIVERO, Jean/ WALINE, Jean – *Droit Administratif*; 14ª ed., Précis Dalloz, 1992

SCMIDT, Walter – *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Ed. Verlag, C.H. Beck, Munique, 1982

SCHWARZE, Jurgen – European Administrative Law, Sweet & Maxwell e Office for Official Publications of the European Communities, 1992

VEDEL, Georges/ DEVOLVÉ, Pierre – Droit Administratif, Vol 1, 11<sup>a</sup> Ed, Thémis, 1990

VENTURA, Marina – Circolari Amministrative e Stato di Diritto, in Diritto e Società, 1993/4

WADE, Sir William – Administrative Law, 6<sup>a</sup> ed., Clarendon Press, Oxford

WOLFF, Hans J./ BACHOF, Otto – Verwaltungsrecht I, 9<sup>a</sup> ed, Ed. Verlag C.H. Beck, Munique, 1974