

**direito**



# ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI\*

Jorge Miranda\*\*

## 1. A PROBLEMÁTICA JURÍDICO-POLÍTICA DA LEI

I — A lei como acto da função legislativa — ou, tantas vezes, em alcance conexo com ela, como Direito decretado pelo Estado — constitui um dos temas recorrentes da ciência juspublicística e, antes e para além desta, da filosofia política e jurídica.

Desde a antiguidade clássica têm sido objecto de indagação constante a sua essência, o seu fundamento e os seus limites, a sua relação com o bem comum ou com o princípio da unidade política e a autoridade donde deve emanar. As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que já seja (ou deva ser) a lei.

Recordem-se, assim, nos últimos séculos:

- A lei, ordenação da razão (S. Tomás de Aquino e, de certo modo, ainda Suarez);
- A lei, vontade do soberano (Hobbes);
- A lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (Locke);
- A lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (Montesquieu);
- A lei, expressão da vontade geral (Rousseau);
- A lei, vontade racional (Kant);
- A lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (Bentham);
- A lei, manifestação imediata do poder soberano (Austin);
- A lei, instrumento do domínio de classe (Marx, Engels);
- A lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (Kelsen);
- O concelho político de lei (Schmitt)<sup>1</sup>.

---

\* Publicado no Manual de Direito Constitucional Anotado.

\*\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

<sup>1</sup> (Cfr. Roque Cabral, *Lei*, in *Verbo*, XII págs. 1662 e segs.; Guido Fassò, *Legge (teoria generale)*, in *Enciclopédia del Diritto*, XXIII, 1973, págs. 783 e

II — Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.

Não é por acaso que Locke considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes formas de governo<sup>2</sup>. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, Rousseau admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana<sup>3</sup>. Ou que, pelo contrário, Montesquieu a pretende limitar<sup>4</sup>.

## 2. A LEI NA EVOLUÇÃO DO ESTADO

I — A cada tipo histórico de Estado corresponde uma certa configuração da lei no âmbito das ordens jurídicas positivas (em interacção com as correntes doutrinárias prevalecentes). E em cada uma das grandes fases de desenvolvimento de cada tipo histórico oferece ainda a lei características incontornáveis.

Castanheira Neves fala, por isso, em historicidade e condicionabilidade da função legislativa, sublinhando a sua referência específica ao poder político: pode não ter sido sempre a legislação a forma eminente e mais eficaz da afirmação desse poder, como o é hoje, mas se, por um lado, ela foi a partir do século XVI «o corolário essencial da sobera-

---

segs.; Christian Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, trad. castelhana *El concepto de la ley en la Constitución Alemana*, Madrid, 1979, págs. 159 e segs.; Castanheira Neves, *O instituto dos «assentos»*, cit., págs. 492 e segs.; A junção jurídica dos supremos tribunais (Coimbra, 1983); Jean-Marie Trigend, *Leprocéssus législatif: éléments de philosophie du droit*, in *Archives de Philosophie du droit*, 1985, págs. 245 e segs.; Francesc de Carreras, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, in *Diez años de desarrollo constitucional — Estudios en homenaje al Profesor Luis Sanchez Agesta*, obra colectiva, Madrid, 1989, págs. 289 e segs.; Maria Rosaria Donnarumma, *La nozione di legge nella cultura francese*, in *Diritto e Società*, 1990, págs. 467 e segs.; José Adelino Maltez, *Princípios gerais de Direito*, policopiado, II, Lisboa, 1991-1992, págs. 156 e segs.; Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva da lei*, Porto, 1992, págs. 75 e segs.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, págs. 817 e segs.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1985, págs. 21 e segs..

<sup>2</sup> «A forma de governo depende do poder supremo que é o poder legislativo. Sendo impossível conceber-se que o poder inferior prescreva ao supremo ou que outro qualquer que não o poder supremo faça as leis, conforme se coloca o poder de fazer leis assim também é a forma da comunidade» (*Second Treatise of Government*, cap. X).

<sup>3</sup> «No corpo político distinguem-se a força e a vontade; esta sob o nome de autoridade legislativa, a outra sob o de autoridade executiva... O poder legislativo pertence ao povo... O governo é um corpo intermediário que não existe senão pelo soberano» (*Du contrat Social*, cap. I do livro III).

<sup>4</sup> «Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se encontra reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque pode temer-se que esse monarca ou esse senado faça leis tirânicas para as executar tiranicamente» (*De l'Esprit des lois*, cap. VI do livro XI).

nia», por outro lado, a cada espécie de poder político corresponde um tipo particular de legislação — como for o poder político, assim será a legislação<sup>5</sup>.

II — Tal como a respeito do fenómeno constitucional, sobressai aqui a contraposição entre o período anterior ao iluminismo e à Revolução francesa e o período subsequente. São, no essencial, as mesmas as causas do aparecimento da Constituição material e formal e das metamorfoses da lei<sup>6</sup>.

Antes do iluminismo e da Revolução francesa, o peso da lei era (a despeito do esforço centralizador do Estado absoluto) relativamente pequeno<sup>7</sup>; lei e Direito objectivo não se confundiam, não só devido ao papel desempenhado pelo costume mas também devido à aceitação de certos princípios ético-jurídicos; eram estes, mais do que a lei, que conformavam sociedades alicerçadas em hierarquias de classes e funções; a autoridade da lei ou era pressuposta ou estribava-se na legitimidade tradicional do monarca; e era tanto mais respeitada quanto mais antiga.

Diversamente, a partir do constitucionalismo, a lei tende a dominar todo o ordenamento jurídico estatal e chega a querer-se reduzir a tarefa dos juristas à sua exegese; as sociedades são agora sociedades em movimento, com múltiplas vicissitudes, não raro revolucionárias, que a lei acompanha, nuns casos e, determina (ou supõe-se que determina), noutros casos; a lei dir-se-ia estar na disponibilidade do poder; multiplica-se e renova-se sem cessar; e a sua autoridade é apenas imanente ou parece justificar-se por si mesma<sup>8</sup>.

A teoria do Estado absoluto levava já ao contraste entre razão e vontade nos domínios da criação e da aplicação da lei. Com a modernidade, o conflito passa a ser entre liberdade e soberania popular. Na vertente liberal, lei implica separação de poderes e primado dos direitos individuais; na democrática, primado da soberania popular e da sua tradução maioritária; e essa tensão dialéctica vai prolongar-se dentro do Estado de Direito democrático.

---

<sup>5</sup> *O instituto...*, cit., pág. 479.

<sup>6</sup> Jorge Miranda, *Manual do Direito Constitucional II*, 3.<sup>a</sup> edição, (Coimbra, 1991), págs. 13 e segs., e autores citados.

<sup>7</sup> Cfr., quanto a Portugal, António Manuel Hespanha, *A perspectiva histórica e sociológica*, in *A Feitura das Leis*, obra colectiva, II, Oeiras, 1986, págs. 65 e segs.; Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1996, págs. 191 e segs., 256 e 294 e segs.; António Barbas Homem, *A «Ciência da Legislação». Conceptualização de um modelo jurídico no final do Ancien Régime*, in *Legislação*, n.º 16, Abril-Junho de 1996, págs. 15 e segs.

No sistema de direito comum só se recorria à lei quando o rei tinha que ofender direitos adquiridos (António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 69). E, se no despotismo iluminado há um aumento de cadência de produção legislativa, é mais por razões simbólicas do que propriamente por razões regulativas (*ibidem*, pág. 73).

<sup>8</sup> Sobre a lei na Inglaterra e na França, cfr. por todos, Maurice Hauriou, *Precis de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1929, págs. 224 e segs. e 232 e segs..

III— Se bem que o enquadramento da lei surgido com a Revolução francesa perdure até aos nossos dias, há diferenças sensíveis entre a lei na época do Estado liberal e a lei no século XX.

No século XX, a lei integra-se na visão de uma sociedade de indivíduos livres e iguais, homogénea, bem estruturada frente ao poder e cujo funcionamento se pauta de acordo com a razão. Prescrição normativa àqueles dirigida, define-se pela generalidade e pela abstracção. Instrumento neutro incindível de fins permanentes e universais, tem na sua certeza um esteio básico a preservar e vê na codificação o seu maior triunfo. Proveniente do Parlamento, reveste forma unitária.

A lei assenta na majestade da razão e, por isso, a racionalidade é o seu limite intrínseco, único e necessário. Aliás, a Constituição, dominada quase por completo por normas organizatórias, não interfere na grande maioria das matérias legais, nem é entendida como parâmetro de validade da lei. E, como bem se sabe, a ideia de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, acolhida nos Estados Unidos, não acharia terreno útil na Europa desse tempo<sup>9</sup>.

Naturalmente, a sociedade (ou a consciência de sociedade) do século XX não poderia deixar de alterar a posição da lei. O legislador — seja o Parlamento, seja o Executivo enquanto investido também de com-petências legiferantes — defronta-se com uma sociedade cada vez mais heterogénea mutável e conflitual de grupos, de interesses e de forças políticas e ideológicas e tem de utilizar, não raro, a lei para intervenções contingentes nos mais variados sectores da vida social, económica e cultural. A complexidade torna-se inelutável, nem sequer se esgota na conhecida dicotomia lei-regra (*Rechtsgesetz*) e lei-medida (*Massnah-mengesetz*)<sup>10</sup> e entremostram-se fluídas as fronteiras entre legislação e administração.

---

<sup>9</sup> Sobre a lei no Estado liberal, cfr. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, trad. castelhana *Teoria de la Constitution*, México, 1966, págs. 161 e segs., e *Legalitat, Legitimitat*, trad. francesa *Légaliité, légitimité*, Paris, 1936, págs. 59 e sefs.; Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931 (há reimpressão de 1984); Georges Burdeau, *Essai sur la notion de la loi en droit français*, in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1939, págs. 7 e segs., e *Traité de Science Politique*, 2.<sup>a</sup> ed., VI, 1971, págs. 340 e segs.; Castanheira Neves, *O instituto dos «assentos»...*, cit., págs. 526 e segs.; Gustavo Zagrebelsky, *Manual di Diritto Costituzionale*, I (Pádua, 1998), pág. X; Nuno Piçarra, *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, 1989, págs. 155 e segs.; Eduardo Garcia de Enterría, *La lengua de los derechos. La formation del Derecho Publico tras la Revolution Francesa*, Madrid, 1994, págs. 75 e seg. e 114 e seg.; Roberto Blanco Valdes, *La supremacia de la ley y sus consequências en la teoria constitucional de la Revolution francesa*, in *Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentaria* (Múrcia), n.º 6, 1994, pág. 77 e segs.; Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo pedido*, (Lisboa, 1995), págs. 48-49.

<sup>10</sup> Cfr. outras distinções: entre lei de garantia e lei de programa (*Contributo...*, cit., págs. 70 e segs., *maxime* 81 e 83) ou entre lei de arbitragem e lei de impulso (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *op. cit.*, págs. 249 e segs. e 258 e segs.).

A dilatação de campos, a especialização por diversos objectivos e procedimentos e a pulverização decisionista — conduzindo àquilo a que se tem chamado inflação legislativa — não reforçam a autoridade da lei. Muito pelo contrário: a função garantística transfere-se para a Constituição — doravante a sede ou o repositório dos valores fundamentais da comunidade e com normas imediatamente aplicáveis e vinculativas. Em vez de soberania da lei, impõe-se o princípio da cons-titucionalidade e implantam-se sistemas de justiça constitucional. Ao mesmo tempo, a intensa comunicação entre os povos leva à subordinação da lei às normas de Direito internacional convencional e de Direito próprio das organizações internacionais<sup>11</sup>.

Por fim, a tudo isto cabe acrescentar as tendências mais recentes de descentralização de poderes normativos, de participação e até de contratualização nos procedimentos legislativos e de desregulação ou

---

<sup>11</sup> Sobre a lei no século XX, cfr. Garcia Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1967, págs. 68 e segs.; Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade* (Lisboa, 1998), cit., págs. 80 e segs.; Georges Burdeau, *Traité...*, 2.<sup>a</sup> ed., VIII, 1974, págs. 451 e seg.; Mário Bigotte Chorão, *Lei*, in *Polis*, III, págs. 1042 e segs.; Silvano Labriola, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Diritto e Società*, 1983, págs. 723 e segs.; Casta-nheira Neves, *O instituto dos «assentos»...*, cit., págs. 583 e segs.; Manoel Gon-çalves Ferreira Filho, *op. cit.*, págs. 21 e segs., e *Estado de Direito e Constitui-ção*, São Paulo, 1988, págs. 19 e segs.; Luís S. Cabral de Mendonça, *A problemá-tica jurídica do planeamento económico*, Coimbra, 1985, págs. 174 e segs.; Ro-gério Soares, *Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo*, in **A feitura das leis**, II, págs. 431 e segs.; Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, págs. XI, XII e 156 e segs., e *Il Diritto Mite*, Turim, 1992, págs. 43 e seg.; Porras Nadales, *Introducción a le teoria del Estado postsocial*, Barcelona, 1988, págs. 203 e segs.; Francês de Carreras, *op. cit.*, págs. 293 e segs.; Nuno Piçarra, *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional* (Coimbra, 1998), págs. 253 e segs.; Franco Modugno e Damiano Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e Società*, 1989, págs. 411 e segs.; Gomes Canotilho, *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de teoria da legislação*, Coimbra, 1990, págs. 43-44 e 48 e segs.; Manuel Afonso Vaz, *op. cit.*, págs. 147 e segs.; Marcelo Rebelo de Sousa, *A lei no Estado contemporâneo*, in *Legislação*, n.º II, Outubro-Dezembro de 1995, págs. 5 e segs.; Giandomenico Majone, *L'État et les problèmes de la réglementation*, in *Pouvoirs*, n.º 70, 1994, págs. 133 e segs.; Vasco Pereira da Silva, *op. cit.*, pág. 83; Clemerson Merlin Clève, *A lei no Estado contemporâneo*, in *Génesis — Revista de Direito Administrativo Aplicado*, 1996, págs. 346 e segs..

Vale a pena transcrever um passo deste último Autor (pág. 352): «Instru-mento de conservação ou de reforma, a lei é também um instrumento de integração da sociedade. A lei conforma um corpo simbólico que integra as pessoas que habitam determinado território. — Numa sociedade pluralista, a lei veicula uma vontade política provisória. Provisória, porque decorrente de compromissos e negociações alcançados no seio do Parlamento e do Poder Executivo. A lei configura então o último momento de um processo: o da cristalização da condensação das relações de força que se fazem representar no seio do Estado. Por sua vez esta relação de forças é sempre provisória e instável».

de deslegalização. Porventura, sob alguns aspectos, elas podem prelu-  
diar uma nova noção de lei<sup>12</sup>.

### 3. LEI EM SENTIDO MATERIAL E LEI EM SENTIDO FORMAL

I — A ideia de lei esteve tradicionalmente sempre ligada à de cri-  
ação ou de revelação do Direito e, de modo directo ou indirecto, a nor-  
ma, prescrição, regra.

Com o constitucionalismo o poder legislativo foi atribuído ao Par-  
lamento (sozinho ou com a sanção do monarca). Mas, ao mesmo tempo,  
tendeu a ser lei todo o acto do Parlamento (e, mais tarde, de outro ou  
outros órgãos com análoga competência), desde que produzido através  
de procedimento específico e exteriorizado por determinada forma.  
Donde, o falar-se ali em lei em sentido material e aqui em lei em  
sentido formal (conforme já atrás dissemos).

A lei em sentido material corresponde a lei como acto da função  
legislativa tal como ficou recortada no capítulo I; e é sempre, necessa-  
riamente, também lei em sentido formal. Já não a lei em sentido for-  
mal, que pode ou não ser revestida de conteúdo legislativo.

II — É corrente estabelecer-se correspondência entre Estado libe-  
ral e conceito material de lei e entre a situação do século **XX** (seja qual  
for a natureza do regime político) e o domínio de um conceito mera-  
mente formal.

Tal maneira de ver deve ser, porém, considera com algumas reservas.

Em primeiro lugar, a distinção — e, mais do que a distinção, a  
dissociação — dos dois sentidos remonta já ao século XIX (lançada  
pela doutrina alemã da época, embora muito marcada pelos  
condicionalismos da monarquia limitada)<sup>13 14</sup>.

Em segundo lugar, não faltam Autores bem identificados com as  
concepções do liberalismo e do positivismo jurídico que definem a lei  
com apelo exclusivamente a elementos formais e ao princípio da sua  
supremacia frente a quaisquer outros actos<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. Gomes Canotilho, *Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal*, Coimbra, 1988, págs. 7 e segs.; Marcelo Rebelo de Sousa, *A lei...*, cit., loc. cit., págs. 15-16.

<sup>13</sup> Cfr. Laband (*op. cit.*, págs. 345-346): entre lei em sentido material e lei em sentido formal não há uma relação de género e espécie, ou de sentido restrito e subordinado e sentido lato; são dois conceitos essencialmente diferentes, cada um com características próprias — um diz respeito *ao fundo*, outro *à forma* da declaração de vontade.

<sup>14</sup> Sobre a doutrina dualista alemã, v. Christian Starck, *op. cit.*, págs. 117 e segs., e, entre nós, Rui Machete, *Contencioso administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública II*, págs. 691 e segs.; Gomes Canotilho, *A lei do orçamento na teoria da lei*, Coimbra, 1979, págs. 7 e segs.; Manuel Afonso Vaz, *op. cit.*, págs. 113 e segs..

<sup>15</sup> Cfr. a doutrina francesa da 3.<sup>a</sup> república, em especial Carré de Maberó, *La loi...*, cit., *maxime* págs. 38-39.

Em terceiro lugar, além da tese da generalidade, outros entendimentos materiais de lei têm sido propostos, com mais ou menos êxito, entre os quais o da regra de direito, o da novidade, o da interferência na esfera de liberdade e propriedade das pessoas, o da execução imediata ou da concretização da Constituição.

Em quarto lugar, se a abstracção enquanto característica da lei vem sendo posta em causa ou abandonada, sobretudo devido à emergência das leis-medidas, nem por isso a generalidade deixa de continuar a aparecer, senão como propriedade *essencial*, pelo menos (na expressão de Laband<sup>16</sup>, seguido por tanto outros Autores<sup>17</sup> como propriedade *natural* da lei.

Em quinto lugar, se a exigência de generalidade se compagina historicamente com a conquista do princípio da igualdade perante a lei e se a sua crítica vem a ser formulada hoje com frequência em nome de uma igualdade efectiva e real, aberta a diferenciações e a discriminações positivas, não menos seguro é que em Estado social de direito não há antagonismo entre as duas vertentes; muito pelo contrário, elas completam-se numa tensão dialéctica, em que se interpenetram igualdade e proporcionalidade<sup>18 19</sup>.

---

<sup>16</sup> *Op. cit.*, II, pág. 262.

<sup>17</sup> Cfr., entre nós, Fezas Vital, *A noção de lei no direito constitucional português*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 55, págs. 401 e segs..

<sup>18</sup> V. *Manual...*, IV, 2.<sup>a</sup> edição (Coimbra, 1993), págs. 104 e segs. e 202 e segs., e autores citados.

<sup>19</sup> Sobre lei material e lei formal, v., designadamente, L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.<sup>a</sup> edição, II (Paris, 1928), págs. 160 e segs.; Hermann Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, 1927, trad. italiana *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, in *La Sovranità ed altri scritti*, Milão, 1987, págs. 303 e segs.; Henry Dupeyroux, *Sur la généralité de la loi*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, obra colectiva, Paris, 1933, págs. 137 e segs.; Gustavo Ingresso, *Sulla distinzione fra leggi in senso materiale e leggi in senso formale*, in *Studi in onore di Francesco Cammeo*, obra colectiva, I, Páfua, 1933, págs. 701 e segs.; Cario Esposito, *La Validità delle Leggi*, Páfua, 1934 (há reimpressão de 1964), págs. 77 e segs.; Carl Schmitt, *Teoria de la Constitution*, págs. 170 e segs.; Balladore Pallieri, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, págs. 811 e segs.; Vexo Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, 1959, págs. 245 e segs., e *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 2.<sup>a</sup> ed., II, Páfua, 1971, págs. 18 e segs.; Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, II (Coimbra, 1962), págs. 78 e 79; Franco Bassi, *op. cit.*, págs. 12 e segs.; Franco Modugno, *L'invalidità della legge*, I, Milão, 1970, págs. 157 e segs., e *Legge*, in *Enciclopédia del Diritto*, XXIII, pág. 885, nota; Marcello Caetano, *Direito Constitucional*, I, cit., págs. 198 e segs.; António Ruggeri, *Fonti e nome nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, Turim, 1993, págs. 29 e segs.; Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, trad. castelhana *Ley y Administración*, Madrid, 1978; Christian Starck, *op. cit.*, págs. 41 e segs. e 272 e segs.; Domenco Farias, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milão, 1981, págs. 3 e segs. e 26 e segs.; Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1982, pág. 163; Ignacio de Otto, *op. cit.*, págs. 162 e segs.; João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Coimbra, 1983), págs. 91 e segs.; Castanheira Neves, *O instituto...*, cit., págs. 315 e

III— O fenómeno das leis concretas e gerais (independentemente do que seja aí a generalidade) não se dá apenas com as leis-medidas. Ele manifesta-se há muito com as leis orçamentais, as leis de amnistia e as de declaração de estado de sítio e de outros estados de excepção.

Mas as leis-medidas (*massnahmengesetze, leggi-provvedimento*) estão ligadas à complexidade cada vez maior da vida hodierna e à sua aceleração, ao alargamento das tarefas do Estado e à diversidade de veículos de comunicação entre a sociedade e o poder. São leis de intervenção em situações concretas para precisos efeitos e que se traduzem, pois, em medidas ou providências dirigidas à resolução destes ou daqueles problemas em tempo útil; ou, numa fórmula conhecida<sup>20</sup>, leis em que a *actio* dir-se-ia suplantar a *ratio* ou a *constitutio*<sup>21</sup>.

O legislador querendo intervir a dirigir a economia e a conformar a sociedade, para dar satisfação aos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos, tem de actuar, sob uma forma fragmentária e assistemática, descendo ao particular, ao diferente, ao concreto, ao contingente, ao territorialmente circunscrito, ao adequado e ao graduado — prescindindo dos actos administrativos de execução e realizando ele mesmo o efeito ou resultado desejado<sup>22</sup>.

A natureza das leis-medidas é bastante controversa. Alguns falam em desvalorização da lei, em correspondência com o Estado funcional<sup>23</sup>; outros consideram estar aí um fenómeno de administrativização pelo Executivo<sup>24</sup>; outros realçam aspectos específicos como a decisão, o objecto, o círculo de destinatários, a duração da sua vigência ou a excepcionalidade<sup>25</sup>.

---

segs., 399 e segs., 475 e segs. e 590 e segs.; Maria Diez Picazo, *Concepto de ley y tipos de leyes*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Set.-Dezembro de 1988, págs. 8 e segs. e 191 e segs.; Manuel Afonso Vaz, *op. cit.*, págs. 17 e segs.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., págs. 819-820; Clémerson Merlin Clève, *Atividade do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo, 1993, págs. 43 e segs., e *A lei no Estado contemporâneo*, cit., *loc. cit.*; Elevai da Silva Ramos, *op. cit.*, págs. 15 e segs.; Martim de Albuquerque, *Da igualdade — Introdução à jurisprudência*, Lisboa, 1993, págs. 33 e segs.; Garcia de Enterría e Tomás Ramón-Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., I, Madrid, 1993, reimpressão de 1994, págs. 105 e segs.; Oliveira As-censão, *O Direito...*, cit., págs. 531 e segs..

<sup>20</sup> Difundida por Forsthoff.

<sup>21</sup> Um exemplo recente é a Lei n.º 3/97, de 27 de Janeiro, destinada a atenuar as consequências do incêndio ocorrido semanas antes no edifício da Câmara Municipal de Lisboa.

Outro exemplo é o decreto-Lei n.º 85/97, de 18 de Abril, sobre regime excepcional de execução de empreitadas de obras públicas nos Açores, especialmente nos locais afectados pelas condições climatéricas desfavoráveis.

<sup>22</sup> Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo* (Coimbra, 1976), pág. 342.

<sup>23</sup> Cfr. Burdeau, *Traité...*, cit., VIII, págs. 451 e segs..

<sup>24</sup> Cfr., de novo, Afonso Queiró, *op. cit.*, pág. 343.

<sup>25</sup> Cfr. Carl Schmit, *Der Hüter der Verfassung*, trad. castelhana *La Defensa de la Constitución*, Barcelona, 1931, págs. 147 e segs.; Costantino Mortati, *Le*

Seja como for, elas não saem do campo da função legislativa, porque estribam-se em opções políticas<sup>26</sup> alheias à Administração e, ainda quando auto-exequíveis, não são (ou quase nunca são) consuntivas de actos de aplicação às situações da vida.

IV — Pode outrossim haver leis individuais, leis real ou aparentemente individuais, contanto que, por detrás deste ou daquele comando aplicável a certa pessoa, possa encontrar-se uma prescrição ou um princípio geral<sup>27</sup>.

Tudo reside em saber se a razão de ser da medida concreta e individual que se decreta (tal como o da lei posta perante a Constituição flexível) leva consigo uma intenção de generalidade, se corresponde a um sentido objectivo, a um princípio geral, por virtude do qual se alarga o âmbito da lei de maneira a abranger aquela medida; ou, se pelo contrário, se esgota em si mesma, desinserida de qualquer novo juízo de valor legal<sup>28</sup>.

---

*leggi-provvdimento*, Milão, 1968; Ernest Forsthoff, *Le leggi provvedimenti*, in *Stato di Diritto un Transformazione*, trad., Milão, 1973, págs. 103 e segs.; Christian Starck, *op. cit.*, págs. 77 e segs. e 341 e segs.; Enoch Alberti Rovira, *Leys medida y distribución de competencias*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Set.-Dezembro de 1986, págs. 141 e segs.; António Nadais, *Lei Medida e Conceito de Lei na Constituição da República Portuguesa*, dissertação inédita, Lisboa, 1986; David Duarte, *Lei medida e democracia social*, in *Scientia Juridica*, 1992, págs. 328 e segs.; Manuel Afonso Vaz, *op. cit.*, págs. 357-358, 509 e 510; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., págs. 821 e segs. e 828-829; Diego Vaiano, *La riserva de funzione amministrativa*, Milão, 1996, págs. 29 e segs.. E ainda Jorge Miranda, *Contributo...*, cit., pág. 83; Miguel Galvão Teles, *Lei*, in *Verbo*, XI, pág. 1672; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, cit., pág. 256; Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1980, pág. 85; Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, I, cit., págs. 20 e segs.; Castanheira Neves, *op. cit.*, págs. 136 e 137; Paulo Bonavides, *Política e Constituição*, Rio de Janeiro, 1985, pág. 379; Luís S. Cabral de Moncada, *op. cit.*, págs. 174 e segs.; Lorenza Carlassare, *Garanzia dei diritti e leggi provvedimenti*, in *Giurisprudencia Costituzionale*, 1986, págs. 1488 e segs.; German Gomez Orfanel, *op. cit.*, págs. 217 e segs.; Nuno Piçarra, *A Separação...*, cit., págs. 255 e segs.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo...*, cit., págs. 261 e 269; Paulo Otero, *O poder de substituição em Direito Administrativo* (Lisboa, 1995), págs. 627-628.

<sup>26</sup> Cfr. Costantino Mortati, *Le leggi...*, cit., págs. 43 e segs..

<sup>27</sup> De resto, se há leis formal ou aparentemente individuais que, no fundo, são gerais, também há leis aparentemente gerais que, no fundo, ditadas por certa *occasio*, acabam por ser individuais. Cfr., por todos, Oliveira Ascensão, *A violação da garantia constitucional da propriedade por disposição retroactiva*, Porto, 1874, pág. 37; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Coimbra, 1993), pág. 152.

<sup>28</sup> Cfr., entre outros tantos, Balladore Palleri, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 819 e segs.; Decreto, cit., pág. 125; Gaspar Ariño Ortiz, *Leys singulares y leys de caso único*, in *Revista de Administration Publica*, 1989, págs. 57 e segs.; Nuno Piçarra, *A reserva de Administração* (Lisboa, 1990), págs. 20 e segs..

Uma coisa é então a lei individual ainda reconduzível ao cerne da generalidade, implícita ou indirectamente<sup>29 30</sup>; outra coisa o acto administrativo sob forma de lei, simples decisão de um caso concreto e individual e que deve (ou deveria) ser simples aplicação de regra preexistente e só válido se com ela se conforma. Entretanto, a distinção nem sempre é fácil, e nem sempre é feita.

O que, em Estados de Direito, em caso algum, podem ser admitidas são leis individuais privativas ou restritivas de direitos. A haver tais leis (quando a Constituição as autorize) a generalidade tem de constar da respectiva previsão, tem de se oferecer imediata e inequívoca<sup>31</sup>.

V — Resta sublinhar que o dualismo *lei material e formal* — *lei formal não material* não se reduz à presença ou ausência de generalidade (ou de outro qualquer elemento substancialístico). Tem de ser encarada no quadro geral das funções do Estado, como temos vindo a fazer.

Lei em sentido material não é apenas a lei enquanto dotada de generalidade. É a lei, repetimos, como acto da função política e sujeita imediatamente à Constituição. Sem essa localização, sem a ponderação prospectiva do interesse geral, sem a visão ampla da comunidade política, sem a discricionariedade que lhe é inerente, não existe lei.

Em suma, a lei é o meio de acção essencial do poder sobre a vida social<sup>32</sup>. Com a lei trata-se de programar e promover, pelas suas prescrições, uma ordem politico-social; trata-se de legitimar e normalizar, juridicamente, uma política global do Estado<sup>33</sup>. Conteúdo adequado ou apropriado à forma de lei há-de ter, em princípio, especial relevância para os particulares e/ou para a comunidade<sup>34</sup>.

Por isso, os regulamentos não podem ser leis em sentido material<sup>35</sup>. E tão pouco o podem ser as declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral; ou o poderam ser (recorde-se) os assentos do Supremo Tribunal de Justiça.

---

<sup>29</sup> V.g., atribuição de pensões ou condecorações a personalidades eminente reparação de certas injustiças, concessão extraordinária de benefícios fiscais.

<sup>30</sup> Daí a necessidade de distinguir as leis individuais do *jus singulare* (que, na linha do Direito romano, é aquilo que contradiz princípios fundamentais de Direito e se identifica como Direito excepcional). Cfr. Santi Romano, *Diritto singolare*, in *Frammenti...*, págs. 87 e segs.; Franco Modugno, *Nome singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopédia del Diritto*, XXVIII, 1978, págs. 507 e segs.; Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 9.<sup>a</sup> edição (Coimbra, 1995), págs. 445 e segs..

<sup>31</sup> Cfr., por todos, Gaspar Ariño Ortiz, *op. cit.*, págs. 71 e 77.

<sup>32</sup> Burdeau, *Remarques sur la classification des jonctions étatiques*, in *Revue du Droit Public* (1945), *loc. cit.*, pág. 224.

<sup>33</sup> Castanheira Neves, *op. cit.*, pág. 481 (v. também pág. 487).

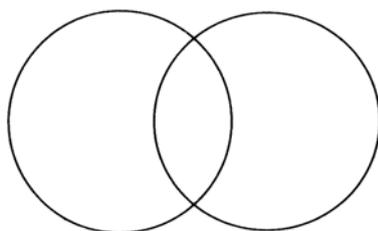
<sup>34</sup> Nuno Piçarra, *A separação...*, *cit.*, pág. 258.

<sup>35</sup> Cfr. Christian Starck, *op. cit.*, págs. 242-243.

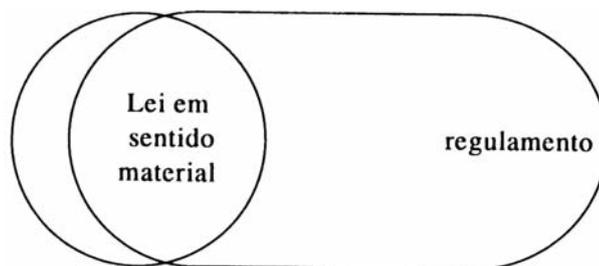
Assim, a relação entre lei em sentido material e lei em sentido formal deve estabelecer-se na base de dois círculos concêntricos



Não na base de dois círculos secantes



Círculos secantes são, sim, os das leis e dos actos normativos



Lei (formal)

acto normativo

#### 4. O SISTEMA LEGISLATIVO DE MACAU

I — A Macau, território sob administração portuguesa até 20 de Dezembro de 1999, corresponde um ordenamento jurídico *a se*, regido pelos princípios fundamentais da Constituição e por um estatuto dota-do de valor constitucional e constante, na versão actual, da Lei n.º 23--A/96, de 29 de Julho<sup>36</sup>.

Daí um dualismo de produção legislativa e um sistema legislativo complexo integrado por leis dimanadas do Estado Português em certas condições<sup>37</sup> e por leis decretadas pelos órgãos de governo próprios locais — o Governador e a Assembleia Legislativa<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> V. *Manual...*, cit., II, págs. 303 e segs., e III, págs. 249 e segs., e autores citados.

<sup>37</sup> Poderia discutir-se um fenómeno de extensão ou se mediante um fenómeno de recepção formal (ou, eventualmente, material).

<sup>38</sup> Cfr. o n.º 12, Junho de 1991, de *Administração* (revista publicada em Macau). E sobre a prática legislativa, Jorge Morbey, *Macau—7999—O desafio da transição*, Lisboa, 1990, págs. 106 e segs.

II — Quais são os diplomas legais provenientes dos órgãos de soberania da República aplicáveis a Macau?

Embora os preceitos do estatuto não se ofereçam claros, devem ter-se hoje por aplicáveis em Macau:

a) Os diplomas sobre matérias reservadas aos órgãos de soberania [arts. 13.º, n.º 1, e 30.º, n.º 1, alínea c)] — ou seja, amnistias e perdões genéricos [*a contrario* dos arts. 30.º, n.º 1, alínea l), e 69.º, n.º 4] e, se houver necessidade de legislar nesses domínios, a segurança exterior e os encargos da República em relação ao Território (arts. 12.º, n.º 1, e 60.º, n.º 1)<sup>39</sup>;

b) Os diplomas sobre determinadas matérias mais sensíveis na perspectiva do Estado de Direito — como direitos, liberdades e garantias, estado e capacidade das pessoas, Direito penal e processo penal [art. 31.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3, alíneas a) a i)] — os quais prevalecem sobre os diplomas dimanados dos órgãos locais, salvo se, tendo em conta a situação especial do Território, não houver colisão com o conteúdo essencial das normas daqueles diplomas (art. 41.º, n.º 2);

c) Os diplomas sobre matérias de competência legislativa reservada da Assembleia Legislativa [art. 31.º, n.º 1 e n.º 2, excepto alínea a)] e sobre matérias de competência legislativa concorrential da Assembleia e do Governador [art. 31.º, n.º 3, alíneas 7), /) e n)], as quais, todavia, não prevalecem sobre os diplomas locais;

d) As leis de bases emanadas de órgãos de soberania da República sobre outras matérias (art. 13.º, n.º 3, 1.ª parte).

É mister, em qualquer caso, que esses diplomas contenham a menção de que devem ser publicados no *Boletim Oficial* de Macau (art. 69.º, n.º 1)<sup>40</sup> e, quanto às leis de amnistia e perdões genéricos — de duvidosa constitucionalidade — que tenham recebido parecer favorável da Assembleia Legislativa (art. 69.º, n.º 4, após 1996)<sup>41</sup>.

III — Sublinhe-se que as relações entre leis dimanadas dos órgãos de soberania e leis dimanadas de órgãos de governo de Macau não se equiparam, de nenhuma sorte, às que se deparam entre leis gerais da República e leis das regiões autónomas; que o papel principal cabe ao Estatuto; e que aqui as matérias reservadas aos órgãos de soberania

---

<sup>39</sup> Das versões de 1976 c 1990 para a actual do estatuto ocorreu uma manifiesta retracção das matérias reservadas.

<sup>40</sup> Só podendo entrar em vigor no Território depois de transcritos no *Boletim* (art. 69.º, n.º 2 e 3).

<sup>41</sup> Estabelece-se uma adstricção da Assembleia da República (o órgão com competência reservada a respeito de amnistias e perdões genéricos) não prevista na Constituição. O Parlamento acha-se condicionado pela Assembleia Legislativa e pelo Governador quanto a alterações ou a substituição do estatuto (art. 292.º, n.º 3 e 4); não quanto a mais nenhuma das suas competências. Todavia, por outra parte, é certo que aquela reserva de competência em relação a Macau advém apenas do estatuto.

estão muito longe de coincidir com as que ficam reservadas à Assembleia da República no confronto das assembleias legislativas regionais.

Os órgãos de soberania e os órgãos das regiões autónomas pertencem ao mesmo aparelho de órgãos constitucionais e os respectivos actos legislativos inserem-se no mesmo sistema. Não seria legítimo fazer extrapolações para Macau — cuja autonomia implica ou deriva de não integração e cujos circunstancialismos sociais, culturais, económicos e políticos são bem diferentes dos do território português.

Em contrapartida, para além de tudo isso, porque *tempus regit actum*, os diplomas editados por órgãos de soberania da República e aplicáveis em Macau de harmonia com anteriores normas constitucionais e estatutárias continuarão em vigor até serem substituídos por diplomas legislativos decretados pelos órgãos do Território à luz das suas normas de competência.

IV — Ao contrário do que sucedia na versão originária (de 1976) do estatuto<sup>42</sup>, competência legislativa genérica em Macau cabe, desde as modificações ao Estatuto efectuadas pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio, e pela Lei n.º 23-A/96, ao Governador. Este pode legislar sobre todas as matérias, salvo as reservadas aos órgãos de soberania da República e à Assembleia Legislativa quando a Assembleia não tenha sido dissolvida (art. 13.º).

A competência legislativa da Assembleia Legislativa é uma competência específica. Apenas pode legislar sobre certas matérias, umas vezes a título de reserva absoluta ou relativa (art. 31.º, n.ºs 1 e 2), outras vezes concorrentemente com o Governador (art. 31.º, n.º 3). Mas, ao lado desta competência — imediata — ela dispõe de uma competência mediata, mas ampla, através do instituto da ratificação de decretos-leis (art. 15.º).

V — Na competência do Governador importa distinguir:

a) Competência legislativa de reserva absoluta (por insusceptível de sujeição a recusa de ratificação ou a emenda pela Assembleia Legislativa) — a que se traduz no desenvolvimento das leis de bases dos órgãos de soberania da República e na aprovação dos diplomas de estruturação e funcionamento do órgão executivo (art. 13.º, n.º 3);

b) Competência legislativa de reserva absoluta virtual — todas as matérias não incluídas na competência da Assembleia, mas em que pode haver recusa de ratificação, ou emendas (art. 31.º);

c) Competência legislativa derivada — por via de autorização legislativa da Assembleia sobre matéria de reserva relativa desta (art.

---

<sup>42</sup> V. *Funções, Órgãos e Actos do Estado* (Lisboa, 1990), págs. 261 e segs.; e acórdão n.º 332/90 do Tribunal Constitucional, de 13 de Dezembro de 1990, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 65, de 19 de Março de 1991.

*d)* Competência legislativa de substituição — sobre todas as matérias reservadas à Assembleia, estando esta dissolvida (art. 13.º, n.º 2, 2.ª parte).

VI — A coordenação entre o Governador e a Assembleia Legislativa faz-se através de:

*a)* Iniciativa das leis da Assembleia Legislativa indistintamente pelos Deputados e pelo Governador (art. 39.º);

*b)* Assinatura das leis e dos decretos-leis pelo Governador [art. 11.º, n.º 1, alínea b)];

*c)* Veto das leis pelo Governador — quer veto suspensivo (art. 40.º, n.º 2), quer veto translativo com intervenção do Tribunal Constitucional (art. 40.º, n.º 3);

*d)* Sujeição dos decretos-leis, excepto os de reserva absoluta de competência do Governador, a apreciação pela Assembleia Legislativa para efeito de recusa de alteração ou de emenda (art. 15.º).