

Uma Questão De Princípio
O Princípio Da Autonomia Local

M Matter Of Principle
The Principle Of Local Autonomy

ANA ESCHER

VOL. 5 Nº 2 JULHO 2018

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

**UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO
O *PRINCÍPIO* DA AUTONOMIA LOCAL**

**A MATTER OF PRINCIPLE
THE *PRINCIPLE* OF LOCAL AUTONOMY**

ANA ESCHER1*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
anaescher@campus.ul.pt

Resumo: O artigo propõe uma releitura do imperativo constitucional da autonomia local que se desenvolve a partir da premissa de o enunciado do artigo 6.º CRP, relativo à autonomia local, conter uma norma de princípio. Os problemas resultantes de uma aparente abertura semântica são reconduzidos à abertura da previsão da norma de princípio – deslocamento da questão para uma situação de concorrência normativa. Esta situação resulta do enunciado plural do artigo 6.º, do qual decorrem várias normas de princípio, unidas por um pressuposto de previsão comum, o que permite identificar, logo no plano abstracto, o conflito entre a norma de princípio da autonomia local e a norma de princípio da unidade do Estado. Através da utilização crítica de um *case study* o conflito é identificado e resolvido, agora em concreto, mediante o método da ponderação. As consequências desta operação são contrapostas ao enquadramento clássico da autonomia local enquanto garantia institucional.

Sumário: 1. Texto; 2. Norma; 3. Norma de princípio; 4. Determinação semântica; 5. Concorrência normativa e ponderação; 6. Ponderação versus núcleo essencial; 7. *Case study*: o acórdão do Tribunal Constitucional; 8. *Case study*: proposta com ponderação.

Palavras Chave: Autonomia local, norma de princípio, garantia institucional, colisão normativa, ponderação.

Abstract: The paper suggests a re-reading of the constitutional imperative of local autonomy, which flows from the premise that the formulation of article 6.º of the Portuguese constitution, with regard to local autonomy, contains a principle norm. Difficulties stemming from an apparent semantic openness are redirected to the openness of the legal hypothesis, hereby characterizing the issue as a typical situation of norm concurrence. This situation is a result of the plural norm formulation of article 6.º, from which several principle norms arise, united

1. * *Ph.D. Student* em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade - Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa – Portugal. Membro do LxLTG (Lisbon Legal Theory Group) e Investigadora do CIDPCC. Email: anaescher@campus.ul.pt. Não sigo as normas do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

by a shared condition of the antecedent. This allows for the identification, at the abstract level, of a conflict between the principle norm of local autonomy and the principle norm of State unity. By critically assessing a case-study, this conflict is now identified at the concrete level and solved by balancing. The consequences of this operation are contrasted with the classical framing of local autonomy as an institutional guarantee.

Summary: 1. Text; 2. Norm; 3. Principle norm; 4. Semantic determination; 5. Norm concurrence and balancing; 6. Balancing versus essential core; 7. Case study: the decision of the Constitutional Court; 8. Case study: proposal with balancing.

Keywords: Local autonomy, principle norm, institutional guarantee, norm collision, balancing.

1. Texto

Os enunciados constitucionais plurais e dispersos que se referem, de um modo geral, à autonomia local, vedam o acesso normativo imediato ao princípio da autonomia local. Referências normativas (diretas e indirectas) à autonomia local surgem em momentos distintos. Num primeiro momento, no artigo 6.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), inserido no título primeiro “Princípios Fundamentais”. O artigo 6.º opera a positivação primeira do princípio da autonomia local, colocando-o em diálogo quer com o princípio (potencialmente de sinal contrário) do Estado unitário (epígrafe), quer com os princípios da descentralização democrática da Administração Pública e da subsidiariedade, com os quais se encontra numa relação de estreita interdependência. Num segundo momento, a autonomia local surge no título II “Direitos, Liberdades e Garantias” relativamente ao direito de habitação e urbanismo, consagrado no artigo 65.º: a referência nesta secção (alínea b do número 2 e número 4) destina-se a reforçar o papel do poder local na conformação de alguns direitos fundamentais. Num terceiro momento, a autonomia local surge inserida no título VII “Poder Local”. Os artigos 235.º e seguintes visam concretizar o princípio, dando-lhe uma configuração normativa mais ou menos concreta. Surge, finalmente, a propósito da Garantia e Revisão da Constituição (Parte IV) enquanto limite material de revisão consagrado na alínea n) do artigo 288.º. Esta consagração (enquanto limite material de revisão) releva na medida em que torna inequívoco o elevado valor constitucional (*Verfassungsrang*²) que a matéria goza no ordenamento jurídico-constitucional português.

Dentro do complexo normativo aqui descrito e para o presente propósito (análise estrutural do princípio da autonomia local), relevará apenas o enunciado do número 1 do artigo 6.º, isolado *infra*³:

(i) O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.

O acesso ao princípio da autonomia local é ainda dificultado por não haver uma correspondência directa entre enunciado e norma: o enunciado expressa mais do que uma norma. De um novo isolamento do enunciado decorre:

2. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, p. 33 ss., tradução livre para o português. Todas as citações e/ou expressões retiradas de obras consultadas nos idiomas originais ou em obras não traduzidas para a língua portuguesa, são apresentadas em tradução da minha responsabilidade.

3. Assim, parte do complexo normativo corresponderá já à concretização normativa constitucional do princípio da autonomia local em forma de verdadeiras regras (mais ou menos completas). Para maior desenvolvimento desta temática, ver ALEXY, *Theorie*, pp. 119 ss. Terá pouca utilidade entrar aqui em considerações sobre a bondade e o sucesso desta técnica legislativa, embora pareça claro que um enunciado plural e impreciso tenda a contribuir para a perda de operatividade normativa. Comparativamente, a constituição alemã (GG) dedica, à matéria da autonomia local, um artigo único – 28.º GG.

(ii) O Estado respeita, na sua organização e funcionamento, a autonomia das autarquias locais⁴.

2. Norma

Logrado o acesso textual, procedendo à determinação da norma por correspondência com os elementos normativos, obtém-se, provisoriamente, a seguinte norma: a= na organização e funcionamento do Estado (o Estado) I=deve b= respeitar a autonomia das autarquias locais⁵.

(iii) Na organização e funcionamento do Estado (o Estado) (a) deve (I) respeitar a autonomia das autarquias locais (b).

Esta norma, para além de eventuais imprecisões *semânticas*, caracteriza-se sobretudo pela sua abertura *estrutural*. Isto vale particularmente para a previsão (oportunidade de realização normativa), parecendo apenas indicar o pressuposto “na organização e funcionamento do Estado”.

3. Norma de princípio

A identificação da abertura estrutural em geral e da previsão em particular permite a afirmação da (expectável) premissa central: o enunciado do artigo 6.º, relativo à autonomia local, contém uma *norma de princípio*.

Pressuposta a distinção entre regras e princípios, o único critério verdadeiramente operativo e conducente à identificação do conteúdo da norma de princípio é o critério estrutural, que distingue os dois tipos de normas com base na configuração da previsão normativa⁶. Nesta linha, é característico das normas de princípio a indeterminabilidade das acções humanas ou estados de coisas que compõem a sua previsão (vs. determinabilidade das acções humanas ou estados de coisas que compõem a previsão da norma regra)⁷. Esta genericidade (ou indeterminabilidade) da previsão resulta desta ser formada por um conjunto ilimitado de condições disjuntivas, cada uma suficiente para accionar a consequência normativa. Esta característica está também por detrás da abertura estrutural geral (graduabilidade da consequência): a indeterminabilidade da previsão afecta também a estatuição, uma vez que previsão e estatuição estão necessariamente conectadas: oportunidade para realização e conteúdo. Assim,

4. Para facilitar o acesso ao significado normativo, eliminou-se a formulação linguística redundante: o Estado deve respeitar (*o princípio d*) a autonomia local.

5. O operador deontico está, obviamente, implícito na formulação “respeita” enquanto sinónimo de “deve respeitar”.

6. Para um resumo crítico dos possíveis critérios de distinção ver PEDRO MONIZ LOPES, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles” in *Ratio Juris*, Vol. 30, No. 4, December, 2017, 472 ss.

7. Sigo aqui MONIZ LOPES, *Ratio Juris*, 476 ss. bem como DAVID DUARTE, “An Experimental Essay on Its Antecedent and Its Formulation”, *i-lex*, 16, Luglio 2012, 37-60.

a consequência será mais ou menos aplicável, dependendo do número de condições disjuntivas a que é aplicada. É, no entanto, concebível que a norma (de princípio) contenha condições adicionais para além da oportunidade de realizar o que está previsto no seu conteúdo. No caso, “na organização e funcionamento do estado” é uma condição adicional para além da oportunidade de realização do seu conteúdo: o respeito pela autonomia local. A partir desta nova compreensão e de nova simplificação, obtém-se algo do género:

(vi) Para qualquer caso (xn) em que há uma oportunidade para o respeito da autonomia local (a) na organização e funcionamento do Estado (c) é obrigatório respeitar a autonomia local (a) ⁸.

Que corresponde a:

(vii) Dado qualquer x (n), se houver uma oportunidade para [a] nas circunstâncias c, então obrigatório a⁹.

Em que x(n)= Condutas genéricas que compreendem condutas específicas disjuntivas. No caso:

X1: definir autorizações de construção urbanística no município y¹⁰;

X2: criar um novo órgão político municipal¹¹;

X3: definir regras sobre afixação de propaganda política no município x¹²;

X4: atribuir competências de regulação sobre infraestruturas municipais a um órgão da administração central¹³.

É, pois, inequívoco que o enunciado *o Estado respeita, na sua organização e funcionamento, a autonomia das autarquias locais* formula uma norma de princípio¹⁴.

8. Autonomia das autarquias locais e autonomia local são aqui sinónimos. Ver ponto 4.

9. Formulação adaptada a partir de MONIZ LOPES, *Ratio Juris*, 480 ss.

10. Cf. Acórdão n.º 432/93 de 13 de julho de 1993, proferido no processo 420/93, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

11. Cf. Acórdão n.º 296/13 de 28 de Maio de 2013, proferido no processo 354/13, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

12. Cf. Acórdão n.º 74/84 de 10 de Julho de 1984, proferido no processo 72/83, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

13. Cf. Acórdão n.º 560/99 de 19 de Outubro de 1999, proferido no processo 299/97, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

14. Por comparação:

(i) Para qualquer caso (xn) em que há uma oportunidade para exercer a liberdade de expressão (a) é permitido fazê-lo (a) dado qualquer x, se houver uma oportunidade para a então permitido a). Em que x(n)= Condutas genéricas que compreendem condutas específicas disjuntivas. No caso:

X1: fazer um cartoon do Presidente da República;

X2: chamar alguém de ‘assassino nato’;

X3: pintar uma suástica na parede;

X4: recitar um poema de Kontantinos Kavafis.

(ii) Para qualquer x em que há uma oportunidade para fumar (a) em locais frequentados por menores (c) é proibido fumar(a) (dado qualquer (xn), se houver uma oportunidade para a nas

4. Determinação semântica

A indeterminabilidade (abertura) encontrada não é semântica, mas normativa. Embora a incerteza semântica possa conferir indeterminabilidade, esta é meramente contingente quanto à indeterminabilidade estrutural ou normativa.

No caso, não se colocam especiais problemas de acesso aos significados linguísticos do enunciado normativo. Há um detalhe quanto à utilização indiferenciada do singular e do plural: os conceitos constitucionais de autonomia local e autonomia das autarquias locais são sinónimos, apenas com uma nuance – a de, em conjunto, ancorarem este poder de autodeterminação em entes territoriais sub-estatais específicos – as autarquias locais (cf. artigo 235.º ss.). E há os clássicos problemas relativos à determinação semântica do conceito (e articulação com os conceitos de democracia, descentralização e subsidiariedade) que aqui importa reconduzir a uma situação de concorrência normativa, distinguindo entre expansibilidade da previsão (que levará mais facilmente a um confronto com um princípio de sinal contrário e, com isto a uma situação de concorrência) e indeterminação semântica projetada no domínio normativo¹⁵.

5. Concorrência normativa e ponderação

O recorte específico da previsão das normas de princípio torna-as particularmente aptas a entrar numa situação de concorrência normativa¹⁶. A realização de

circunstâncias c, então obrigatório a). Em que X= conduta específica cuja realização pode variar apenas de acordo com propriedades diferenciadoras.

A formulação (ix) evidencia a estrutura de uma norma de princípio. A formulação (x) evidencia a estrutura de uma norma de regra. Novamente adaptadas a partir de MONIZ LOPES, *Ratio Juris*, 480 ss.

15. É comum relacionar o conceito de democracia com a dimensão política da autonomia local e o conceito de descentralização (administrativa) com a dimensão de organização administrativa. Em conjunto espelhariam um primeiro conteúdo do conceito, mas também uma opção (ou compromisso) histórico-ideológico: o peso da dimensão democrática é evidenciado nas discussões na assembleia constituinte de 1976 que deram depois origem à consagração, no texto normativo fundamental relativo à autonomia local, a variados elementos de cariz político – democrático. Menos óbvia de relacionar seria a subsidiariedade que, embora não se encontre suficientemente explicitada do ponto de vista normativo e a sua inserção sistemática seja ambígua, o sentido que lhe é atribuído é o auxílio no esboço concreto da autonomia local - enquanto ‘parâmetro de organização competencial relativo à repartição vertical de poderes entre o estado e outros entes territoriais’. É evidente que este relacionar de conceitos é, na verdade, já uma camuflada primeira aproximação normativa que baliza as normas de princípio que serão relevantes ao nível da ‘concorrência normativa’. Ver, para uma síntese desta matéria JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Direito das Autarquias Locais”, in Paulo Otero/Pedro Costa Gonçalves (coords.) *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume IV, Coimbra, Almedina, 2010, 52 e ss.; JORGE MIRANDA, “O poder Local na Assembleia Constituinte” in ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA (coord.) *30 anos de poder local na Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, 177-190. Veja-se ainda, neste ponto, *Diário da Assembleia Constituinte*, prop. Secretariado da Assembleia Constituinte, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1975-1976, 3369 e ss..

16. Ver ponto 6. A expressão “concorrência de normas” é usada no sentido lato que lhe é dado por DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da nor-*

uma das indetermináveis condutas específicas disjuntivas que compõem a conduta genérica na previsão de uma norma de princípio pode, em simultâneo, compreender a realização de uma das condutas específicas que compõem a conduta genérica da norma de princípio conflituante. Uma vez que a conduta genérica descrita no antecedente das normas de princípio aumenta a oportunidade para a realização do seu conteúdo normativo, é na situação de concorrência normativa que é definido o limite dessa realização – sem uma norma de sinal contrário a estatuição abarcaria toda e qualquer conduta específica¹⁷.

Assim, da afirmação da premissa central (o enunciado do artigo 6.º, relativo à autonomia local, contém uma norma de princípio), da compreensão da largura da hipótese legal e consequente extracção da norma de princípio (*para qualquer caso em que há uma oportunidade para o respeito da autonomia local na organização e funcionamento do Estado é obrigatório respeitar a autonomia local*), bem como da constatação da reduzida utilidade da determinação semântica para minorar esta abertura, resulta o necessário situar da determinação normativa da autonomia local no plano da concorrência normativa. O que se resume a uma mera aplicação ao caso especial (autonomia local) de considerações geralmente válidas para normas de princípio – a tendência para gerar situações de incompatibilidade aplicativa devido à abertura da previsão e, consequente, irreconciliabilidade da estatuição.

A norma de princípio 1 (P1), relativa à autonomia local, e a norma de princípio 2 (P2), relativa à unidade do Estado, conflituam facilmente, até porque têm (tal como todas as normas de princípio contidas no enunciado do número 1 do artigo 6.º) um pressuposto de previsão (a2) em comum¹⁸.

(viii) Em que:

P1: para qualquer caso em que há uma oportunidade para o respeito da autonomia local (a1) na organização e funcionamento do Estado (a2) é obrigatório (b) respeitar a autonomia local (c);

*P2: para qualquer caso em que há uma oportunidade para o respeito da unidade do Estado (a1) na organização e funcionamento do Estado (a2) é obrigatório (b) respeitar a unidade do Estado (c)*¹⁹.

ma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória, Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, FDUL, 2005, 141. Não obsta, por isso, à utilização das expressões mais específicas de colisão (que, segundo a teoria dos princípios, é guardada para a concorrência entre normas de princípio) e inaplicabilidade normativa (situação concreta de afluência normativa que, em rigor, não representa uma verdadeira contradição).

17. MONIZ LOPES, *Ratio Juris*, 480 ss

18. Ambas resultantes do número 1 do artigo 6.º CRP.

19. Procedeu-se aqui ao desenvolvimento do enunciado constante na primeira parte do número 1 do artigo 6.º CRP. “O Estado é unitário” ou “O Estado *deve ser* unitário” corresponde a “Deve ser respeitada a unidade do Estado” a que acresce a condição adicional comum do enunciado do artigo 6º “na organização e funcionamento do Estado”.

Conflituam sempre que se trate de uma conduta relativa à organização e funcionamento do Estado que seja também uma conduta relativa à autonomia local e à unidade do Estado (condições de aplicação), uma vez que as suas consequências jurídicas são incompatíveis (relação entre oportunidade para realização (a1) e conteúdo (c)). Trata-se, por isso, de um conflito abstracto (identificável no plano deontico) do tipo parcial-parcial (as previsões normativas partilham apenas algumas condições de aplicação)²⁰.

Já as normas de princípio da descentralização administrativa (P4) e da subsidiariedade (P5), apesar de, pela abertura e semelhança da sua previsão, partilharem frequentemente das *condições de aplicação*, não tendem a protagonizar, logo no plano abstracto, um conflito com a autonomia local²¹.

(ix) Em que:

P4: para qualquer caso em que há uma oportunidade para o respeito da descentralização administrativa (a1) na organização e funcionamento do Estado (a2) é obrigatório (b) respeitar a descentralização administrativa (c);

P5: para qualquer caso em que há uma oportunidade para o respeito da subsidiariedade (a1) na organização e funcionamento do Estado (a2) é obrigatório (b) respeitar a subsidiariedade (c).

A situação de concorrência normativa entre estas normas de princípio (no caso P1 e P2) é, na ausência da aplicabilidade de uma norma de conflitos (superioridade, posterioridade, especialidade), solúvel mediante o método da ponderação, com tudo o que implica (escolha de meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, numa qualquer apreciação meio-fim)²². A adequação “exclui a adopção de um meio que impeça a realização de pelo menos um princípio sem promoverem qualquer outro princípio ou fim”²³. A necessidade “exige que entre dois meios igualmente aptos a promover P1 se adopte aquele que é menos

20. Para maior desenvolvimento dos requisitos de situações de concorrência normativa (incompatibilidade das consequências e semelhantes condições de aplicabilidade) ver DAVID DUARTE, “Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances”, in: *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*, Edited by Jan Reinard Sieckmann, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, 51-62.

21. Ambas resultantes da segunda parte do número 1 do artigo 6.º CRP.

22. Neste sentido, DUARTE, *Legal Reasoning*, 2010, 51ss.. O facto de, na ausência de norma de conflito, uma situação de concorrência normativa dever ser resolvida mediante o método da ponderação (fronteira negativa) implica uma leitura distinta da de Robert Alexy: conexão necessária entre normas de princípio e o princípio da proporcionalidade. Para um conciso, mas completo resumo do princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes ver ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Postscript, New York, Oxford University Press, 394 ss. e ROBERT ALEXY, “Formal principles: Some replies to critics”, in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 12, No. 3, 511–524.

23. Formulação por ROBERT ALEXY, “Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”, in *O direito*, Ano 146, nº 4, Editora Almeida, 2014, 820.

nocivo em relação a P2”²⁴. O método da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) na formulação dada por Alexy²⁵, desenvolve-se em torno de três elementos: a lei de colisão (“As circunstâncias segundo as quais um princípio tem prevalência sobre o outro constituem a previsão de uma regra que tem a mesma estatuição do princípio prevalecente”); a lei de ponderação (“Quanto maior for o grau de não realização ou de afectação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio colidente”) e a fórmula do peso²⁶. A fórmula do peso é uma matematização que permite a compreensão da estrutura da ponderação através da definição do peso concreto de um princípio (P1) resultante da colisão com outro princípio (P2) por meio da atribuição dos valores leve, moderado e grave (que por sua vez podem ser representados numericamente²⁷) às três variáveis “intensidade da interferência no princípio”; “peso abstracto do princípio” e “grau de fiabilidade das premissas subjacentes”²⁸.

6. Ponderação versus núcleo essencial

A demonstração da premissa (o enunciado do artigo 6.º, relativo à autonomia local contém uma norma de princípio) colide com o actual quadro dogmático em matéria de autonomia local. O tratamento da figura da autonomia local na doutrina e jurisprudência portuguesas é ambíguo²⁹. Por um lado, atendendo

24. Formulação por ALEXY, *O direito*, 820.

25. Não cabe, naturalmente, aqui, o confronto detalhado com outras concepções relativas ao “desenho” do método de ponderação, nomeadamente através do chamado modelo de otimização (que se contrapõe a fórmula do peso alexiana). Para maior desenvolvimento ver JAN REINARD SIECKMANN, «Balancing, Optimisation, and Alexy’s ‘Weight Formula’» in *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*, Edited by Jan Reinard Sieckmann, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, 101 ss. Também não se pretende passar ao lado das críticas ao método da ponderação em geral (essencialmente a crítica do poder do judiciário). Neste ponto ver desde logo ALEXY, *Theorie*, 143 e ALEXY, *International*, 511-524.

26. ALEXY, *O direito*, 834, ALEXY, *Theorie*, 83 ss. e 143 ss.

27. Alexy propõe uma progressão do tipo 2⁰, 2¹ e 2². que permite que a força dos princípios aumente: ALEXY, *O direito*, 823.

28. Que corresponderá a $Pc_{1,2} = \frac{I1 \cdot Pa1 \cdot F1}{I2 \cdot Pa2 \cdot F2}$, onde (Pc) corresponde ao peso concreto. As variáveis (I) são normalmente determinantes. (I1) representa o grau de interferência com o P1; (I2) representa a importância em satisfazer o princípio colidente P2. I2 pode ser compreendido também como grau de interferência - o grau de interferência com P2, através da não interferência com P1. (Pa) representam o peso abstracto dos princípios colidentes, normalmente igual. (F) representam a dimensão epistémica da ponderação. Dizem respeito às premissas empíricas e normativas que baseiam, primeiro, o grau de interferência com P1 e segundo, quão intensa seria a interferência de P2 se a interferência de P1 fosse omitida. Numa primeira formulação, Alexy referia-se, através das variáveis (F) apenas às premissas empíricas, introduzindo num segundo momento, a “equação da fiabilidade” em que estariam incluídas as premissas empíricas e normativas. Isto é, a variável F, desdobrada agora em (Fe) e (Fn), diz respeito, em geral, à fiabilidade das premissas subjacentes (Alexy chamou-lhe *refined complete weight formula*). Para tudo ver ALEXY, *O direito*, 820 ss. e ALEXY, *International*, 511-524. A análise da fórmula em abstracto terá utilidade reduzida e será retomada no *case study* (ponto 7).

29. Também na leitura doutrinária alemã, que influenciou a portuguesa, a questão não é inequívoca. Contra a tese ainda predominante da garantia institucional têm, mais recentemente, sido defendidas interpretações alternativas como a interpretação dogmática da autonomia local

à referência literal, generosamente empregue no texto constitucional, não surpreende que a autonomia local seja classificada enquanto princípio (surge enquadrada ora no princípio do Estado unitário³⁰, ora no princípio democrático ou de Estado de Direito democrático³¹, ora no princípio da divisão de poderes³², no princípio da liberdade ou autonomia da pessoa humana e até no tão generoso princípio da dignidade da pessoa humana³³). Por outro lado, esta classificação (enquanto princípio) não parece colidir com uma aplicação prática e dogmática do tipo institucional (é o que acontece na jurisprudência constitucional³⁴), nem impossibilitar a convivência de ambas as interpretações³⁵. O conceito de princípio parece ser utilizado, pois, em sentido semântico (ou retórico) e não em sentido técnico (definição da norma estruturalmente, na sua operatividade e na sua aplicação). O entendimento maioritário, por fim, é coerente (embora contra-textual), entendendo que se trata de uma garantia institucional³⁶.

Esta figura resulta do conceito estreito de direito fundamental desenhado por Carl Schmitt na sua análise à constituição de Weimar (1928)³⁷. A definição é vaga ('instituição anterior à constituição, de uma importância política tal que se encontra institucionalmente conectada com o Estado e, por isso, deve ser especialmente protegida contra uma potencial eliminação pelo legislador') e construída a partir de exemplos, sendo a autonomia local uma referência central. Visa a atribuição de um carácter de protecção reforçada a determinadas 'instituições', e não a definição

enquanto direito subjectivo ou enquanto norma de princípio. Para maior desenvolvimento, ver ANDREAS ENGELS, *Die Verfassungsgarantie Kommunaler Selbstverwaltung, Eine dogmatische Rekonstruktion*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 53 ss., e *Besonderes Verwaltungsrecht*, Eberhardt Schmidt-Assman (hrsg.) 13 Aufl., Berlin, Walter de Gruyter, 2005, 1- 120.

30. Entre outros, embora com pequenas divergências, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, 225, JOSÉ CASALTA NABAIS, "A autonomia financeira das autarquias locais", in António Cândido de Oliveira (coord.) *30 anos de poder local na Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, 16 e PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, vol. I – Identidade Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2010, 141 e ss.

31. Entre outros, JOSÉ MANUEL SÉRVULO DE CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, FDUL, 263.

32. NUNO PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, 265.

33. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Participação e descentralização democratização e neutralidade na Constituição de 76*, Almedina, Coimbra, 1982, 94 ss.

34. Para maiores desenvolvimentos em matéria de jurisprudência constitucional, ver *infra* ponto 7, bem como ARTUR MAURÍCIO, "A garantia constitucional da autonomia local à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional" in: *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa / Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 625-658.

35. Parece ser o caso de ALEXANDRINO, *Tratado*, 52 ss. e ainda JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 3ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, 883.

36. eja-se aqui, entre outros, ALEXANDRINO, *Tratado*, 52 ss., MAURÍCIO, *Estudos*, 625-658.

37. Desconsiderando os inícios conceptuais de Friedrich Giese e Martin Wolff, de resto mais relacionados com a histórica figura civilística do instituto, a garantia institucional resulta do estreito conceito de direitos fundamentais desenhado por Carl Schmitt na sua análise à constituição de Weimar (1928). Ver CARL SCHMITT, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien in der Reichsverfassung*, Berlin, Hobbings, 1931, 1-32.

de critérios de delimitação do conteúdo dessa ‘garantia’. A garantia institucional integra a clássica tipologia de normas fundamentais: direitos liberdades e garantias (para Carl Schmitt: direitos de liberdade, direitos democráticos de cidadania, direitos sociais a prestações e garantias institucionais)³⁸. O problema é a diferença entre estes tipos normativos ser meramente histórico-política (todas as categorias criadas são, de alguma forma, referentes ao Estado: antecedem o Estado, pressupõem o cidadão, pressupõem uma prestação estatal, normativa e/ou fáctica) e não normativa. O conteúdo histórico-político do objecto não pode determinar, à partida, uma diferenciação normativa. A existir, a diferença terá de resultar da análise da estrutura e funcionamento normativos (por exemplo na distinção regra/princípio).

A classificação enquanto garantia institucional implica a aplicação da teoria do núcleo essencial: visa a protecção de um conteúdo objectivo ou institucional para garantir a não abolição de uma instituição³⁹. A teoria, ao contrário do que acontece na clássica aplicação a restrições de direitos fundamentais (onde é completada por um juízo de proporcionalidade), é aqui aplicada na sua versão absoluta: a determinação apriorística de núcleos essenciais sem a definição de um critério adicional capaz de substituir o juízo de proporcionalidade⁴⁰. Por isso, a teoria do núcleo essencial na sua versão absoluta, reduz-se a uma camuflada opção de preferência do legislador por um dos princípios em colisão⁴¹.

Em síntese, a figura da garantia (enquanto instituição de relevo anterior ao Estado que, por isso, deve ser especialmente tutelada no seu núcleo essencial) não permite: i) identificar um critério diferenciador das condições disjuntivas individualmente aptas a fazer accionar a consequência normativa; ii) consequentemente, diagnosticar a existência conflito normativo (por a realização de uma destas condições poder compreender, em simultâneo, a realização de uma condição de um princípio conflituante) e iii) a solução do conflito mediante o método da ponderação.

Finalmente, e em especial quanto ao enquadramento dogmático da autonomia local no ordenamento jurídico-constitucional português, a classificação enquanto garantia institucional é contra-textual e tem como consequência o recurso a um critério apriorístico não racional e não fundamentado de escolha mais ou menos arbitrária entre duas normas colidentes. Viola, por isso, a obrigatoriedade de vinculação do legislador à constituição e aos direitos fundamentais: “se o legislador puder limitar arbitrariamente um direito fundamental não está vinculado a ele⁴²”.

38. SCHMITT, *Freiheitsrechte*, 1-32.

39. Esta implicação não resulta dos criadores da figura (Schmitt e outros) mas dos posteriores desenvolvimentos jurisprudencial e doutrinário. Para o caso concreto da autonomia local, a *landmark decision* é a decisão *BVergGE 79, 127 Rastede*: acórdão do segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* de 23 de Novembro 1988, no processo 2 BvR 1619/83, pesquisável em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>.

40. Sobre a distinção versão absoluta e relativa do núcleo essencial e, em geral, no mesmo sentido da crítica aqui deixada, ver ALEXY, *Theorie*, 122 ss.

41. ALEXY, *Theorie*, 122 ss.

42. ALEXY, *Theorie*, 267 ss.

Sumariando as consequências retiradas:

(x) *O enunciado do artigo 6.º, relativo à autonomia local contém uma ‘garantia institucional’.*

Apenas o ‘núcleo essencial’ é salvaguardado; o resto cede perante normas conflitantes. Tudo depende da definição do ‘núcleo essencial’. A operação de definição do ‘núcleo essencial’ é arbitrária, não normativa e racionalmente verificável.

(xi) *O enunciado do artigo 6.º, relativo à autonomia local contém uma norma de princípio.*

Devido à indeterminabilidade da previsão a norma é vulnerável a situações de concorrência normativa (identificação do conflito normativo concreto). Na ausência de norma de conflito aplicável as normas colidentes são sujeitas a harmonização mediante ponderação.

7. Case study: o acórdão do Tribunal Constitucional

A análise do *leading case* em matéria de autonomia local –acórdão 432/93 de 13 de Julho do Tribunal Constitucional (doravante TC) – tem aqui um particular interesse por desenvolver a fórmula decisiva em matéria de autonomia local, citada em todos os casos posteriores. Estavam em causa duas disposições do Programa de Realojamento e de Construção de Habitações Económicas nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto (Decreto-Lei nº 164/93, de 7 de Maio) que entregavam a um instituto público (doravante IP) a realização de concursos públicos para apresentação de propostas de construção bem como a emissão de licenças de utilização das habitações construídas (artigo 2.º), impondo ao município em cuja área se insira a construção assegurar a ligação de todas as infra-estruturas existentes às do empreendimento a construir (artigo 4.º). A questão que se colocava em sede de fiscalização preventiva, e à qual o TC respondeu negativamente, não se pronunciando pela inconstitucionalidade das normas, era se estas violavam o princípio da autonomia local.

O TC começa por enquadrar as normas em causa no espaço de conformação do legislador (poder de conformação legislativa) questionando se houve interferência deste poder de conformação legislativa nos ‘espaços de autonomia do poder local’. Depois de uma breve caracterização abstracta da figura da autonomia local, o TC desenvolve, a partir do enunciado normativo do artigo 237.º (“interesses próprios”), lido enquanto “interesses específicos” das comunidades locais, a teoria de um ‘conteúdo essencial’ definido precisamente por estes interesses: “O espaço incompressível da autonomia é, pois, o dos assuntos próprios do círculo local”. Na definição destes assuntos próprios, recorre a uma fórmula do *Bundesverfassungsgericht*: “assuntos próprios do círculo local são

apenas aquelas tarefas que têm a sua raiz na comunidade local ou que têm uma relação específica com a comunidade local e que por esta comunidade podem ser tratados de modo autónomo e com responsabilidade própria (...und von dieser örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können)” (Sentença do Tribunal Constitucional alemão n.º 15, de 30 de Julho de 1958)”⁴³. Esta lógica é aplicada, em concreto, à análise das normas em questão.

Quanto ao artigo 2.º (números 1 e 2), o TC entende que, não sendo as matérias de território e planeamento *privativas* das autarquias locais, mas antes do interesse geral da comunidade (“Estas matérias transcendem o universo dos interesses específicos das comunidades locais (...))”, não é afectado o espaço irredutível da autonomia local com estas medidas. Entende que a matéria de habitação social é uma incumbência primária do Estado (porque respeita ao interesse geral do Estado) e não deve ser tratada pelas autarquias de modo autónomo. Na análise da conformidade de tais medidas com o número 4 do artigo 65.º, o TC refere que não há uma interferência injustificada ou desproporcionada na competência aí prevista⁴⁴. Tal é fundamentado com o facto de os municípios conservarem (outros) poderes de controlo urbanístico; de a competência atribuída ao IP pela norma do número 2 do artigo 2.º, ser necessária para manter a coerência do sistema; de o resultado da dispensa de licenciamento municipal para obras realizadas por particulares, resultante do mesmo artigo, ser relativa a terrenos do IP que estaria isento de licenciamento municipal e, finalmente, de ser sempre necessário o respeito pelas regras do ordenamento sobre o planeamento territorial⁴⁵.

Quanto ao artigo 4.º, o TC considera que não é posta em causa a auto-determinação financeira das autarquias locais. Primeiro, por não se tratar de uma competência nova dos municípios: o Tribunal compara esta competência com a competência base de abastecimento público e saneamento básico, concebendo a questão como um mero acréscimo de despesas resultante do alargamento desta competência base a uma nova realidade. Entende, segundo, que, devido à possibilidade de compensação através das taxas de urbanismo, já previstas, não é trazido nada de novo ao ordenamento jurídico-financeiro das autarquias locais.

Facilmente se compreende que este caso não se destina a ilustrar, em concreto, a descrição teórica da colisão de princípios e da ponderação. A sua utilidade reside, antes, numa dialética negativa, de contrários. Duas notas se impõem a partir da leitura proposta: i) a directa transposição de um critério de um tribunal estrangeiro; ii) a ausência de uma rigorosa análise de ponderação na decisão de uma situação de concorrência normativa.

43. Decisão BVerfGE 8, 122 *Volksbefragung Hessen*: acórdão do segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* de 23 de Novembro 1988, no processo 2 BvR 1619/83, pesquisável em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>.

44. Esta frase ‘não há uma interferência injustificada ou desproporcionada’ é a única referência, em toda a decisão, feita ao princípio da proporcionalidade.

45. Os poderes que os municípios conservariam são a emissão de pareceres não vinculativos relativamente a obras sem licenciamento municipal bem como o embargo e demolição de obras em manifesto desrespeito com as normas legais.

A ‘fórmula mágica’ em matéria de autonomia local radica de uma transposição (incompleta) de um critério usado por um tribunal estrangeiro (acórdão *BVerfGE* 8, 122 - *Volksbefragung Hessen*). O TC cita um parágrafo do acórdão, sem qualquer contextualização, quer em abstracto, quanto ao diferente ordenamento jurídico-constitucional (está em causa outra norma), quer em concreto, quanto à facticidade jurídico-constitucional subjacente (estão em causa factos diversos)⁴⁶. Ao copiar a fórmula de um outro sistema normativo, o Tribunal, que parece até classificar a autonomia local enquanto princípio e não enquanto garantia institucional, copia também a lógica de aplicação garantística (teoria absoluta do núcleo essencial) – com o efeito agravante de este se ter tornado o *leading-case* na determinação do princípio da autonomia local no sistema normativo-constitucional português. Embora o Tribunal invoque pontualmente um juízo de proporcionalidade, não o utiliza sequer como critério adicional para definição do

46. É apenas citada a definição de interesses das comunidades locais. Este critério foi desenvolvido pelo *Bundesverfassungsgericht*, em 1958, integralmente como se segue: “As autarquias locais (...) estão juridicamente limitadas às tarefas do círculo local, sendo estas, apenas aquelas tarefas que têm a sua raiz na comunidade local ou que têm uma relação específica com a comunidade local e que por esta comunidade podem ser tratados de modo autónomo e com responsabilidade própria.”. No entanto o Tribunal, logo de seguida, concretiza afirmando que a autarquia local ultrapassa os seus limites legais quando toma posição relativamente a questões gerais, de supremo interesse político geral (*hochpolitischen Fragen*) que não a atingem apenas a si, enquanto autarquia, mas a toda a comunidade, onerando-a. Para além de copular os interesses locais com a definição de um núcleo essencial da autonomia local (tal como é feito também na decisão do Tribunal Constitucional português) identifica um conteúdo mínimo das atribuições, fora deste mínimo, a garantia constitucional do 28 GG não poderia evitar aquilo a que os alemães chamam de *Hochzonung* (o retirar de atribuições da esfera local e a sua transferência para uma esfera superior). O legislador não poderá assim afectar o conteúdo essencial da garantia da autonomia local, isto é não pode afectar a estrutura e o tipo. O conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) é afectado quando a instituição da autonomia local “é reduzida ou esvaziada de tal forma que as autarquias locais não têm mais qualquer *Spielraum* (margem) para o seu exercício (...) quando, portanto, a autonomia local estaria condenada a uma existência aparente (*Scheindasein*).” Ver a decisão *BVerfGE* 103, 332 *Naturschutzgesetz Schleswig-Holstein*: acórdão do segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* de 7 de Maio de 2001, no processo 2 BvK 1/00, pesquisável em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/> bem como a decisão *BVerfGE* 8, 122 - *Volksbefragung Hessen*: acórdão do segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* de 23 de Novembro 1988, no processo 2 BvR 1619/83, pesquisável em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>.

O enquadramento normativo é dado pelo artigo 28 GG. Entre outros, a questão acerca do sistema de cláusula geral (cláusula habilitativa implícita de atribuições) é ponto assente no ordenamento jurídico-administrativo alemão. Compreende-se por isso (face a atribuições essencialmente concorrenciais ou partilhadas) que a batalha se trave em matéria de definição de critério distintivo ou de repartição. Parece duvidoso transpor um critério eventualmente mais apertado que visa complementar a distinção entre interesses concorrentes num sistema de cláusula aberta para a decisão de um caso em que esta em causa um interesse tradicionalmente considerado local por um sistema maioritariamente concebido como de enumeração taxativa.

Quanto aos factos: o critério foi desenvolvido no caso em análise -*Volksbefragung Hessen*- em que estava em causa a realização de referendos locais de tomada de posição relativamente a utilização de armas nucleares pela *Bundeswehr* (forças armadas alemãs). O Tribunal entendeu que não sendo possível o referendo sobre utilização nacional de armas nucleares, seria já admissível a tomada de posição local relativo à instalação de um centro militar naquela região. É interessante notar o diferente desfecho na utilização da fórmula; no caso alemão invalidou-se uma tomada de posição local quanto a um assunto de defesa nacional; no caso português invalidou-se a tomada de posição local quanto a matéria urbanística daquele município, indicador de como o critério dos interesses locais/nacionais é impreciso e manipulável.

núcleo essencial que já definiu aprioristicamente, mas faz uma utilização retórica do mesmo, utilizando-o como reforço argumentativo no sentido da definição já traçada (o núcleo da autonomia local é composto por assuntos puramente locais). No caso, o Tribunal entende que não há uma interferência desproporcional na norma da autonomia local porque ela não é esvaziada por completo (o principal argumento)⁴⁷. Do conjunto dos argumentos centrais apresentados para fundamentar a proporcionalidade (há proporcionalidade porque os municípios conservam competências, porque se mantém a obrigação de observância das normas de ordenamento territorial local em vigor e porque a medida é necessária para assegurar a coerência do sistema) poder-se-ia retirar que o Tribunal procurou fazer uma análise de necessidade e procurou justificar o inexistente grau de interferência da medida no princípio da autonomia local (com o facto de ser devido o respeito pelos instrumentos de ordenamento do território locais e com o facto de as autarquias conservarem algumas competências em matéria urbanística). No entanto, e além de manifestamente incompleta, a argumentação relativa à proporcionalidade da medida é feita num momento posterior à definição do núcleo essencial e à classificação desta matéria (urbanismo) como não pertencente a esse núcleo.

O errado enquadramento dogmático e a ausência de uma rigorosa análise de ponderação permitiram que, perante uma colisão de princípios (autonomia local e unidade do Estado), se decidisse de forma mais ou menos arbitrária em função de uma preferência relativamente a um princípio (unidade do Estado).

8. Case study: proposta com aplicação da ponderação

Procurando corrigir este resultado é, perante os factos do caso, proposta uma solução em linha com as premissas apresentadas: o enunciado do artigo 6.º CRP relativo à autonomia local contém uma norma de princípio que, enquanto tal, é especialmente vulnerável a situações de concorrência normativa; na ausência de norma de conflito aplicável, as normas colidentes são sujeitas a harmonização mediante ponderação.

Começando por isolar, dentro do conjunto normativo em causa na decisão (artigos 2.º e 4.º do Decreto-Lei nº 164/93, de 7 de Maio), as seguintes medidas:

(xii) Medida 1.1.: Resultante do número 1 do artigo 2.º, que cumula duas medidas que, por dependerem de enquadramento normativo avulso, não se tornam imediatamente perceptíveis⁴⁸. A medida remete para o que já

47. “(...) não interferem por forma injustificada ou desproporcionada no sistema de poderes que constituem aquela competência (...)” já que “é possível reconhecer a “conservação” pelos municípios de poderes de controlo urbanístico”. Ver acórdão 432/93 de 13 de Julho de 1993, proferido no processo n.º 420/93, pesquisável em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

48. O número 1 do artigo 2.º, prevê que os loteamentos, as obras de urbanização e de construção civil e os procedimentos administrativos no âmbito do Programa de Construção de Habitações Económicas sejam equiparados aos promovidos pela administração indirecta do Estado.

estava previsto no Decreto-Lei n.º 164/93 de 7 de Maio que estabelece o Programa de Construção de Habitações Económicas e prevê a realização do mesmo mediante concurso público promovido pelo IP.

Todos os procedimentos (nomeadamente concurso públicos) a desenvolver na construção de habitações económicas são da responsabilidade do IP.

(xiii) Medida 1.2.: Resultante do número 1 do artigo 2.º, que cumula duas medidas que, por dependerem de enquadramento normativo avulso, não se tornam imediatamente perceptíveis. A medida remete para o Decreto-Lei n.º 448/91 de 29 de Novembro, que aprova o regime jurídico dos loteamentos urbanos. As operações de loteamento urbano e as obras de urbanização estão, por regra, sujeitos a licenciamento municipal (número 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 448/91). Estão dispensadas de licenciamento as operações e obras de urbanização promovidas pelas próprias autarquias locais, pela administração directa do Estado ou pela administração indirecta do Estado quando esta prossiga fins de interesse público na área da habitação (número 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 448/91). O artigo em causa no caso (número 1 do artigo 2.º) equipara os loteamentos e obras realizados por particulares no âmbito deste programa aos promovidos pela administração indirecta do Estado, com isto estendendo a isenção de licenciamento municipal a estas situações.

Os loteamentos e obras de construção realizados por particulares no quadro deste programa ficam isentos de licenciamento municipal.

(xiii) Medida 2: Resultante do número 2 do artigo 2.º. _

A emissão de licenças de utilização das habitações construídas no âmbito do Programa de Construção de Habitações Económicas, bem como os demais actos de autorização e aprovação, são realizados pelo IP.

(xv) Medida 3: Resultante do artigo 4.º.

Compete ao município em cuja área se insira a construção assegurar a ligação de todas as infra-estruturas existentes às do empreendimento a construir no âmbito do Programa de Construção de Habitações Económicas.

A estas medidas correspondem as condutas específicas disjuntivas x1, x2, x3 e x4, adiante descritas, que, estando contidas nas condutas genéricas dos princípios da autonomia local e da unidade do Estado (trata-se da *organização e funcionamento do Estado e há uma oportunidade para o respeito da autonomia local e da unidade do estado*), accionam ambas as estatuições, determinando uma colisão entre o princípio autonomia local (imputação às autarquias locais de competências destinadas a salvaguardar a sua autonomia) e o princípio da unidade Estado (imputação ao Estado central de competências destinadas a

salvaguardar a acção unitária, harmonizada e coerente do Estado)⁴⁹.

(xvi) Em que:

X1: nos municípios x e y, atribuir competência para loteamento, urbanização e construção bem como para realização de procedimentos administrativos necessários (concursos públicos) a um IP.

X2: nos municípios x e y, isentar de licenciamento municipal os loteamentos e obras de construção realizados por particulares.

X3: nos municípios x e y, atribuir competência para a emissão de licenças de utilização das habitações construídas a um IP.

X4: atribuir aos municípios x e y a competência para assegurar a ligação de todas as infra-estruturas existentes às do empreendimento a construir.

É concebível que estas condutas accionem também uma terceira norma de princípio, o direito a habitação adequada contido no enunciado do artigo 65.º CRP, lido enquanto *para qualquer caso em que há uma oportunidade para a assegurar o direito à habitação adequada é obrigatório assegurar o direito à habitação adequada*. Tal é invocado no acórdão do TC, em especial, enquanto argumento para a preferência dada ao princípio da unidade do Estado (habitação adequada enquanto tarefa a ser prosseguida pelo Estado central). No entanto, podendo embora ser convocada num conflito multinormas, esta norma situa-se a jusante, estabelecendo apenas uma incumbência estatal que, por si só, não permite responder ao concreto conflito normativo na acção estatal resultante do enunciado do artigo 6.º CRP. Acresce que, no caso, estando em causa a ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, esta repartição (Estado central, autarquias e regiões) na acção estatal decorre directamente do enunciado normativo referente ao direito à habitação adequada – número 4 do artigo 65.º, CRP.

Perante este conflito normativo a solução é, a ausência de norma de conflito aplicável, a harmonização das normas de princípio mediante ponderação – quer o princípio da autonomia local (doravante P1) quer o princípio da unidade do Estado (doravante P2) devem ser aplicados na maior medida possível. Isolando as medidas e procedendo ao teste da proporcionalidade:

A **medida 1.1.** (atribuir a um Instituto Público todos os procedimentos prévios à construção de habitações económicas) começa por colocar dúvidas logo ao nível do teste da adequação: o ganho obtido em P2 (unidade do Estado) com a lesão em P1 (autonomia local) não é evidente. Mas admitindo que é adequada, por se vislumbrar um ganho obtido ao nível da harmonização destas construções económicas (mesma lógica de construção, por exemplo), a medida coloca

49. Esta contraposição resulta também da jurisprudência alemã, que opõe a competência do Estado à competência das Autarquias Locais – ver por exemplo a decisão *BVerfGE 8, 122 Volksbefragung Hessen*: acórdão do segundo Senado do *Bundesverfassungsgericht* de 23 de Novembro 1988, no processo 2 BvR 1619/83, pesquisável em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>.

também dúvidas ao nível da necessidade. Não é difícil conceber meios menos lesivos, igualmente aptos a fomentar a harmonização destas construções: assim, por exemplo, a atribuição de competências consultivas às autarquias locais (doravante AL), sujeitar os procedimentos a um parecer vinculativo, ou a atribuição dos procedimentos às AL mediante definição de directrizes vinculativas por parte do IP. É, pois, difícil que a medida 1.1. seja necessária, mas admitindo, mais uma vez, que o seria, há ainda que aferir da sua proporcionalidade *stricto sensu*. Recorrendo à fórmula de peso e atribuindo valores ao elemento do grau de interferência, poder-se-ia começar por dizer que a medida que atribui a um IP todos os procedimentos prévios à construção de habitações económicas representa uma interferência moderada no princípio da autonomia local⁵⁰. Qualquer atribuição de grau (leve, moderado, grave) terá de ser fundamentada. São pensáveis, num primeiro momento, argumentos mais gerais, como o facto de se tratar de matéria tradicionalmente e expressamente guardada a intervenções locais (número 4 do artigo 65.º). Ou ainda o recurso a regras de atribuição de grau a interferências desenvolvidas por Matthias Klatt para princípios de competência⁵¹, como, por exemplo, a legitimidade democrática (o grau de interferência num princípio de competência de um órgão é tanto maior quanto maior for a legitimidade democrática desse órgão) ou a proximidade de decisão (o grau de interferência num princípio de competência de um órgão é tanto maior quanto maior for a proximidade de decisão, nomeadamente territorial, desse órgão)⁵². No caso, ambos os critérios apontariam também no sentido da atribuição do grau moderado a esta interferência na autonomia local. Num plano mais específico, a medida (atribuição de procedimentos prévios à construção a um IP) implica a total perda, por parte das AL, de decisão e controlo sobre o desenho urbanístico local (quer quanto a um juízo estético e cultural, quer quanto a um juízo organizatório de distribuição de infra-estruturas municipais) – através da possibilidade de escolha de propostas que violem o traçado urbanístico pretendido pelo município, por exemplo. Implica também a perda da decisão sobre os recursos financeiros envolvidos – possibilidade de escolha de propostas de construção que impliquem uma maior carga ao nível das infra-estruturas municipais afectadas, por exemplo. Implica ainda a perda de decisão quanto a considerações sociais locais relevantes a ter em conta numa lógica de proximidade das populações – possibilidade de escolha de propostas que são incompatíveis com o alojamento cabal de uma população local com carências especiais. Neste último ponto a medida 1.1. é lesiva não apenas da autonomia local (P1) mas potencialmente também do direito a habitação adequada (doravante P3). Para poder justificar a gravidade da interferência no princípio da autonomia local, a interferência no princípio da

50. Não se justifica, no caso, o recurso aos elementos do peso abstracto (cuja pertinência é discutível e discutida) e fiabilidade das premissas.

51. Note-se que estas regras de atribuição de grau a interferências foram desenvolvidas pelo autor no contexto da sua análise dos princípios formais (ou princípios de competência). Não é aqui o lugar para me pronunciar sobre a eventual classificação da autonomia local enquanto princípio formal. A adequação destas regras à situação de atribuição de grau à interferência da unidade do Estado na autonomia local terá de bastar, por ora. Para maior desenvolvimento ver MATTHIAS KLATT, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 226 ss..

52. KLATT, *Die praktische*, 226 ss..

unidade do Estado teria de ser pelo menos tão grave (por aplicação directa da lei de ponderação). No entanto, a não alocação dos procedimentos prévios à construção de habitações económicas nos municípios x e y ao complexo de atribuições do Estado central (mas ao complexo de atribuições das AL) implica apenas uma interferência leve no princípio da unidade do Estado. É leve porque a lesão que uma medida reversa opera na unidade do Estado é diminuta. Perder-se-ia talvez alguma uniformidade no desenho e organização interna da construção nos vários municípios implicados (harmonização). No entanto, este argumento não é totalmente procedente, uma vez que a apresentação de propostas de construção é da competência de privados (concurso público). A harmonização, que por isso seria sempre minimal, seria fixada pelo IP no regulamento e caderno de encargos de cada concurso⁵³. Para além de eventuais considerações de celeridade na acção unitária perseguida por um IP (contornáveis através da imposição de prazos), não são facilmente visíveis mais perdas significativas para a unidade de acção do Estado com a atribuição dos procedimentos prévios aos municípios. Assim, mesmo que se admitisse que a medida 1.1. seria adequada e necessária, ela seria sempre desproporcional *stricto sensu*.

Já a **medida 1.2.** (isentar loteamentos e obras realizados por particulares de licenciamento municipal) falha logo no teste da adequação, uma vez que a lesão na autonomia local não produz sequer um ‘ganho’ perceptível na unidade do Estado. Pode eventualmente produzir um ganho (tornando este tipo de investimento mais atraente para os privados) no direito à habitação adequada (eventual P3) mas este ganho poderia ser obtido sem produzir lesão em P1 (autonomia local), compensando a dispensa de licenciamento com a manutenção de controlo de urbanismo por parte das AL (por exemplo sendo os municípios a gerirem os procedimentos prévios). Na harmonização de P1-P2 a medida 1.2 é desadequada por manifestamente não promover a unidade do Estado. Na eventual harmonização P1-P3 a medida é desnecessária porque são facilmente concebíveis meios menos lesivos de promover o direito à habitação adequada.

Quanto à **medida 2**, a perda da faculdade de emissão de licenças de utilização (competência típica das AL) implica, por parte das AL, uma perda de controlo urbanístico e uma perda de receitas, sem qualquer vantagem visível na unidade do Estado. Não se vê de que forma é promovida a coerência e harmonização da acção estatal através da emissão de licenças de utilização relativas a habitações construídas por privados de acordo com um conjunto de regras harmonizadoras já definidas pelo IP. Aqui não é possível vislumbrar sequer uma vantagem no direito à habitação adequada (eventual P3): a emissão das licenças por um IP (e não pelas AL) não parece acrescentar nada ao direito à habitação adequada. Também a medida 2 é, na harmonização entre P1 e P2, desadequada por não promover sequer a unidade do Estado. É igualmente desadequada na eventual harmonização P1 e P3.

Finalmente quanto à **medida 3**: se nas medidas anteriores a lesão no P1 era evidente, na perda de controlo urbanístico e perda de receitas (através das

53. Cf. número 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 164/93 de 7 de Maio.

taxas de licenciamento e de licenças de utilização), a lesão da medida 3 (AL ser competente para assegurar a ligação de infra-estruturas ao empreendimento urbanístico) na autonomia local pode não ser tao imediatamente visível – e é, aliás, discutida no acórdão. A lesão (que aqui é, sobretudo, económica) é aferida na conjugação desta medida com as restantes e, em particular com a medida 1.2 (dispensa de licenciamento municipal). Uma das principais razões para o indeferimento de licenciamento municipal (número 2 do artigo 13.º e número 2 do artigo 22.º, ambos do Decreto-Lei n.º 448/91 de 29 de Novembro) é a construção implicar uma sobrecarga de infra-estruturas municipais. Aqui, as AL ficam fora do processo de decisão e controlo quanto a construções urbanísticas, não podendo licenciá-las (medidas 1.1. e 1.2.), sendo depois obrigadas a suportar os custos de conexão de infra-estruturas a essas mesmas construções – lesão na autonomia local. Mais uma vez, procurando contrapor esta lesão com uma efectiva promoção da unidade do Estado, a medida revela-se desadequada (não se percebe o que é obtido em termos de harmonização e coerência da acção estatal, aqui até pelo contrario, ficando dependente dos diferentes recursos económicos e meios acção das AL, a conexão às infra-estruturas existentes tenderá a ser desigual). Mais, uma vez, o ganho, a existir, existiria na promoção do direito à habitação adequada. Nesta eventual harmonização P1-P3, no entanto, a medida é desnecessária – são concebíveis meios menos lesivos para promover o direito à habitação adequada garantindo a ligação de infra-estruturas às construções sociais (por exemplo a criação de uma forma de compensação económica por estas despesas adicionais ou a manutenção de mecanismos de controlo urbanístico, nomeadamente licenciamento, por parte dos municípios, prevendo um mecanismo de apoio por parte do IP, para aqueles casos em que as AL se viriam obrigados a recusar licenciamento por sobrecarga de infra-estruturas).
