

# ASPECTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS NORMAS NÃO VINCULATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO: O *SOFT LAW* ADMINISTRATIVO

Por Fábio Pereira da Silva(\*)

## SUMÁRIO:

**Resumo.** 1. A necessária inserção do fenómeno na Teoria do Direito Administrativo. 2. Uma primeira aproximação conceptual ao *instrumentarium soft*. 3. Continuando a desbravar o caminho conceptual. 4. À procura de um conceito operativo de *soft law* administrativo. 5. A problematização inicial do dilema dos efeitos jurídicos: uma hipótese merecedora de toda a atenção. 5.1. O *soft law* como instrumento auto-vinculativo: um passado recuperado. 5.1.1. Refracções processuais do reconhecimento de um momento discricionário transformado em vinculado. 5.2. O *soft law* enquanto “direito existencial”: os efeitos *ad extra*. 5.2.1. Sentido e alcance do regime de impugnabilidade directa do *soft law*. 6. Reflexão final.

## Resumo:

Construir e cunhar em termos dogmaticamente logrados um instituto como aquele que agora temos entre mãos é tarefa homérica, visto que o esforço de navegar na imensidão conceptual do *soft law* atormenta quem se aventura em tal epopeia. Não obstante, perante esta inconfinada criatura, é nosso desiderato captar a essência unitária de uma realidade tão fluída e multifacetada, tentando assim delimitar o discurso retórico a um dispo-

---

(\*) Advogado. Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas.

sitivo orientador de coordenadas metodológicas aptas a imprimir tangibilidade e coerência sistémica. Para cumprir performativamente tal anseio, cumpre-nos desde logo sublinhar que a compreensão da tarefa radicada na abordagem-problematização do *soft law* leva imanente um discursivo colimado a ensaiar uma aproximação compreensiva de uma actividade administrativa assente em instrumentos tendencialmente não vinculativos, uma *tertiary rule* apta a cunhar a normatividade vigente, um referente de sentidos que impregna a validade do direito, conferindo-lhe uma abertura e adaptabilidade até aqui nunca antes vistas. Estamos, portanto, perante uma técnica normativa, um *modus normandi* que se afasta das tradicionais formas do agir da Administração, mas que no fundo prescreve modelos de conduta que apesar de não produzirem efeitos jurídicos plenos são susceptíveis de gerar “efeitos práticos”.

## 1. A necessária inserção do fenómeno na Teoria do Direito Administrativo

Se partirmos do pressuposto que “a direcção social através do Direito não se esgota nos meios característicos do exercício da autoridade ao dos que são próprios de uma execução forçada para aplicação imperativa da lei”<sup>(1)</sup>, forçoso se torna concluir, através de uma moderna visão sobre como o Direito influi na sociedade, que outros instrumentos de direcção deverão ser integrados num sistema jurídico pluridimensional, reconhecendo, assim, uma mudança de paradigma no poder regulatório da administração<sup>(2)</sup>. Se assim for, como julgamos que seja, tal cenário contribui para o aparecimento de técnicas normativas diferentes da prática habitual, onde o debate em torno da teoria da direcção ter-se-á de fazer em termos abertos e reformadores, reconhecendo a mescla de instrumentos que perpassam hoje o Direito Administrativo e olhando para o fenómeno regulatório já não tão centrado exclusivamente no Estado, para então reconhecer outros elementos e perspectivas que pos-

---

(1) Cf. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, in JAVIER BARNÉS (coord.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, 2006, p. 15, ss.

(2) “Os administrativistas devem reapropriar-se de uma fonte própria, e não somente prestar atenção à normação secundária, pelo que devem reconstruir um inteiro quadro de fontes, devendo igualmente analisar como esse se coloca no específico subsistema do direito administrativo”. Neste sentido, MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, in *Convegno AIPDA*, 2015, Padova, p. 5.

sibilitem incorporar a distinção entre um direito duro e um mais “*blando*”<sup>(3)</sup>.

Nesta medida, o direito administrativo deve estabelecer um marco de ordenação geral em que tenham cabimento todos os instrumentos de direcção, onde o *soft law* deve ser justificadamente reconhecido, adoptando novos modelos teóricos ao estudo da nossa disciplina capazes de explicar as mudanças que têm sido sentidas.

## 2. Uma primeira aproximação conceptual ao *instrumentarium soft*

Propomo-nos apresentar uma noção inicial e descritiva do fenómeno em análise, abordando os seus elementos constitutivos. Tal recorte será, naturalmente, complementado pela comparação da noção apresentada com as figuras típicas do agir administrativo. Com efeito, face à multiplicidade fenomenológica do *soft law*, o esforço dogmático despendido levar-nos-á a uma aproximação indiciária daquilo que consideramos ser os elementos chaves do instituto em discussão, partindo, no entanto, para uma abordagem metodológica de tons de teoria geral, centrando a análise na delimitação teórico-conceptual do círculo de actos normativos que merecem ser qualificados ou enquadrados neste hemisfério, traçando e propondo, consequentemente, um regime jurídico que revele uma dogmática conciliante.

Assim, partindo da leitura das manifestações típicas do exercício do poder administrativo, observamos que nenhuma das formas tipificadas de actuar dos sujeitos públicos permite subsumir na sua órbita conceptual os instrumentos presentes na dimensão normativa do *soft law*. Assim, se por um lado, excluímos do universo do regulamento o instrumentário *soft* que — apesar de comungar do carácter geral e abstrato das suas disposições — não coloca no altar o *iter* formal-procedimental daquele e, diametralmente oposto, mas com idênticas consequências, a exclusão do *soft law* como categoria conceptual englobada no fenómeno do acto administrativo, isto porque estamos agora no terreno do individual e concreto — em que a dificuldade já não é tanto a forma mas sim o conteúdo do instrumento com intencionalidade normativo<sup>(4)</sup> — por outro lado, podemos igualmente sus-

---

(3) No mesmo sentido, E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 51.

(4) O mesmo se passando com o contrato administrativo, que pretende regular relações contratuais jurídicas administrativas em geral (art. 200.º CPA).

tentar que ao *soft law*, face ao segmento da falta de carácter autoritário que o densifica, se lhe defere uma “categoria residual”(5), já que o acto administrativo, o contrato administrativo e o regulamento, enquanto conformadores de uma relação jurídica, são dotados de uma vinculatividade — como manifestação típica de autotutela declarativa e executiva da Administração — que o *soft law* não possuiu.

Relativamente a esta questão e em termos genéricos, ao *soft law* não se reconhece obrigatoriedade de cumprimento imediato da sua regulação, visto que estes instrumentos prescindem da sanção para tornar eficazes os seus objectivos práticos, ainda que a sanção apenas se apresenta como predicativo do direito na sua dimensão normativa-positivista, visto que ela implica a sua exigibilidade e executabilidade(6) imediata.

Com efeito, se a solução inicial passará por não incorporar este conjunto de actos normativos nas actuações integradas na trilogia clássica do sistema de actos jurídico-públicos, visto que não seria metodológico e dogmaticamente correcto conceptualizações forçadas com o objectivo de reconduzir, de forma duvidosa e discutível, estas actuações ao regime dos instrumentos típicos do agir administrativo(7), isto significa, obviamente, que seremos forçados a impactar o instrumentário de *soft law* no terreno de uma teoria própria que lhe dê sentido no plano jurídico, com o “fim de aclarar a sua posição no conjunto de técnicas da Administração dentro da teoria da actividade administrativa”(8).

Em rigor, estando num domínio em que as posições se multiplicam até à irrisão, talvez seja metodologicamente preferível apresentarmos a nossa visão da questão, julgando acertado apostar na criação de uma nova categoria ao lado das fórmulas típicas da actividade administrativa e que se caracteriza por um conjunto de instrumentos que apresentem traços específicos e que podemos conduzir aos seguintes parâmetros:

---

(5) Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 13.

(6) Fazendo referência à exigibilidade e executabilidade da norma, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 74.

(7) Levando, assim, em linha de conta, as advertências de VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 1200, autor este citado por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 4.ª ed., Almedina, 2017, p. 229, uma vez “que não há hoje razão para alargar o conceito de acto administrativo com o objectivo de abrir o acesso aos tribunais”.

(8) Cf. DANIEL SARIENTO, *El Soft Law Administrativo, Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, 2008, p. 95.

- i) o *soft law* administrativo — enquanto instrumento de acção — constitui-se através de actos normativos dirigidos a uma pluralidade de destinatários<sup>(9)</sup>.
- ii) a sua força vinculativa apresenta-se condicionada, o que quer dizer que não produz efeitos jurídicos imediatos<sup>(10)</sup>.
- iii) logo, *ab initio*, não é parâmetro de cumprimento obrigatório, podendo, no entanto, sê-lo, por força de reenvios<sup>(11)</sup> e por imposição de princípios gerais de direito.

---

<sup>(9)</sup> Actos “normativos” na medida em que comungam de características próprias da lei e do regulamento, como a generalidade, a abstracção e a idoneidade para inovar sobre o ordenamento jurídico. No mesmo sentido, FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC, si pareri del c.d. precontenzioso e sul raccomandazioni di ANAC”, in *Diritto Processual Amministrativo*, anno 35, n.º 2, 2017, p. 381, ss.

<sup>(10)</sup> Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 18, ou seja, a expressão “efficacia non immediatamente vincolante” va quindi intesa in senso ampio e atecnico: piuttosto, pare più corretto sostenere che gli atti in esame abbiano un’efficacia dimidiata, nel senso che essi sono strutturalmente produttivi solo di alcuni tipi di effetti, altri restando loro preclusi. Il carattere differenziale degli strumenti è dunque l’assenza di reazione al mancato adempimento delle norme da esso poste. Esse si caratterizzano per non essere assistite, per lo meno in via diretta, né da sanzione né da coazione, intesa in senso specifico”.

<sup>(11)</sup> Reenvio, quer seja pela lei, regulamento ou mesmo por cláusulas acessórias dos actos administrativos. Por isso, ao atribuir-se relevância operativa ao *soft law*, tal fenómeno mostra-se susceptível de se lhe reconhecer efeitos jurídicos plenos, tornando-se elemento integrante da legalidade administrativa, provocando, deste modo, o relacionamento inter-sistemático entre as duas dimensões normativas. Assim, num exemplo prático, veja-se o *Acórdão do STA de 21.09.2017, processo 328/17*, relativamente ao facto de entender que uma Recomendação da ACT mencionada na norma do Convite a apresentar propostas (art. 115.º CCP) era destituída de força vinculativa mas que não impede que as entidades adjudicantes nas peças conformadoras do convite a elegessem como referência das exigências mínimas a considerar com o custo dos trabalhadores do sector, pelo que, “tendo sido fixado nas peças do procedimento um limiar abaixo do qual as propostas seriam consideradas anormalmente baixas, ainda que por remissão indirecta através da Recomendação da ACT, é esse o valor do preço anormalmente baixo a considerar”, o que nos conduz a perspectivar neste relacionamento inter-sistemático uma delicada questão sobre a circunstância que presidirá à discussão sobre a sindicabilidade da validade da Recomendação. Tudo começa por saber se a norma do Convite pode ser configurada como norma receptora dos efeitos jurídicos aparentes da recomendação da ACT, levando assim a indagar do conteúdo do *soft law* e não do acto que o incorpora, que por esta via pode gerar a sua sindicância junto do juiz administrativo. O que propomos é perspectivar um pensamento que tenha em linha de conta uma tutela jurisdiccional efectiva dos particulares, um direito fundamental de primeiríssimo plano. Como o que está em causa são os efeitos jurídicos aparentes ou os resultados juridicamente relevantes e não a recomendação propriamente dita, diríamos que aqueles efeitos transitam de uma dimensionalidade para outra, por forma a poder ser possível a propositura de uma acção judicial que possibilite a sua presença como objecto do litígio. Portanto, ao conceder à dimensionalidade normativo-positiva a categoria de ente hospedeiro dos efeitos de uma recomendação que acabam por circular por todo o sistema jurídico, a verdadeira substância deste nosso pensamento é erigida no pressuposto de uma transmigração dos efeitos de um instrumento atípico para que estes possam ser plenamente objecto de apreciação pelo juiz administrativo. Podemos ainda acrescentar que a “Administração Pública ao auto-subordinar-

- iv) não possui, como regra geral, procedimentos de elaboração, pelo que se edifica à margem das regras formais-procedimentais<sup>(12)</sup>.
- v) pode ser impugnado contenciosamente.
- vi) tem como principal virtualidade dar sentido às disposições do ordenamento normativo-positivo, coadjuvando este no processo hermenêutico<sup>(13)</sup>.

### 3. Continuando a desbravar o caminho conceptual

Num esforço contínuo para vencer a incerteza que sobre esta nublosa criatura paira, é desiderato do presente apartado problematizar as coordenadas manifestadas anteriormente, oferecendo uma retórica que proporcione uma melhor compreensão do fenómeno em estudo.

Numa proposta de compreensão do complexo problema que temos entre mãos, devemos começar por sublinhar que a legalidade formal não poderá constituir um limite inultrapassável para a Administração, visto que esta se pode conceber e orientar também por critérios de eficácia e eficiência na actividade que pretende desenvolver. Isto significa, consequentemente, que a ciência jurídico-administrativa deve orientar a construção dogmática de categorias e institutos que pressuponham a eficácia e a eficiência administrativa<sup>(14)</sup>. Com efeito, é nesta circunstancial verdade prá-

---

-se a normas que, sendo pelo procedimento administrativo objecto de recepção, geram uma subordinação dos actos da entidade receptora ao [*soft law*], assistindo-se aqui a uma certa abdicação pela entidade administrativa dos seus poderes de regulação próprio, transferindo para o instrumento de [*soft law*] o estatuto de norma fundamental". Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Público — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, 2011, p. 503.

<sup>(12)</sup> O *soft law* administrativo, apesar de ter um carácter geral e materialmente identificar-se com o conteúdo típico de toda a disposição geral, afasta-se conceptualmente desta, fundamentalmente, devido a razões de ordem formal. É de notar que este instrumentário normativo presente no direito administrativo, "não tem um procedimento fixado de elaboração, nem conta com regras uniformes de competência, nem necessariamente deve ser objecto de publicação". Neste último sentido, DANIEL SARMENTO, *El Soft Law Administrativo*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>(13)</sup> Cf. G. ALDO GIUFFRÈ, "Le 'nuove' dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC", in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n.º 2, 2017, p. 11, que atribui uma "funzione di ausilio per la migliore e più efficace attuazione della normativa di riferimento, mediante istruzioni e raccomandazioni privi di immediata e diretta cogenza sui diritti e sugli obblighi dei consociati".

<sup>(14)</sup> Neste sentido, E. SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho", *op. cit.*, p. 66, onde o autor afirma que "La flexibilidad y la apertura a la

tica que reconhecemos valor jurídico ao *soft law*, uma vez que estes instrumentos tentam — numa fundamentação eficiente — resistir a contextos múltiplos e diversos e, por outro lado, dirigidos essencialmente a ampliar as exigências de sentido que a normatividade pré-objectivada não consegue revelar — momento confirmativo da observada eficácia administrativa — parece excessivo conceber à axiologia meramente formal da legalidade um valor absoluto e, consequentemente, descaracterizar a decisiva importância jurídico-prática do *instrumentarium* normativo *leggero*.

Com efeito, num passo atrás cronológico, podemos constatar que estes instrumentos, apesar de não cumprirem a exigência constitucional da forma, estão revestidos por um *plus* axiológico em relação aos tradicionais instrumentos de acção administrativa, uma vez que estão assentes numa base de verdadeiro co-envolvimento entre os sujeitos reguladores e regulados, onde o consenso dita ser a regra de primeiro plano no momento criativo da norma.

Assim, apesar de não existir um regime procedimental prescrito para a adopção destes instrumentos, a verdade é que muitos deles manifestam uma propensa preocupação pelo diálogo efectivo com os destinatários das normas, tendentes a erigir uma verdadeira co-constituição da decisão administrativa<sup>(15)</sup>, visto que grande parte das entidades administrativas que adoptam este tipo de actos normativos, preferem consultar e dialogar, de forma pública, com os eventuais operadores económicos no sector sujeito a normação<sup>(16)</sup>. Por outro lado, e ainda num último esforço para recuperar alguma materialidade axiológica que a clivagem formalista possa ter desintegrado, seria igualmente útil, na nossa perspectiva, que os instrumentos de *soft law* indicassem, preventivamente e *ex ante*, aos possíveis destinatários as vantagens que se visam alcançar através da intervenção da *moral suasion*, o que deveria incluir uma ponderação dos custos e

---

innovación son también, junto a la seguridad jurídica y la confianza legítima, importantes elementos del sistema jurídico”.

(15) Diga-se, de passagem, que a razão básica da procedimentalização do regulamento perde hoje algum sentido à luz do carácter meramente ritual da participação-auscultação dos interessados. Na verdade, no âmbito da democratização do exercício do poder regulamentar, a denominada audiência dos interessados tem sido um teorema estafado, que sustenta artificialmente uma administração dialogante, tendente à co-constituição da decisão administrativa.

(16) Cf. SIMONE MORETTINI, “Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?”, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, 2011, p. 28. No direito português, podemos apontar como exemplo daquilo que acaba de se afirmar, a Recomendação da CMVM, que em face do novo regime da participação nas assembleias gerais das sociedades com acções admitidas ao mercado regulamentado, foi possibilitada uma consulta efectiva, que consistiu em sondar a relevância e a necessidade de certos aspectos relacionados com a participação nas Assembleias Gerais serem objecto de tratamento regulamentar. Disponível em <<http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Recomendacoes/Pages/Recomendacoes.aspx?pgem>>.

benefícios das medidas projectadas através daqueles instrumentos, bem como prever um sistema de avaliação *ex post* da escolha efectuada, acompanhada de uma nota justificativa.

Pode, em definitivo, dizer-se que esta transformação do Direito Administrativo, impulsionada pela teoria da direcção, encontra uma certa tendência de desligamento de um direito demasiadamente densificado pela ideia da formalização face a um direito assumidamente consensual, assente em acções colaborativa-informativas que favorece um prévio entendimento e acordo<sup>(17)</sup>. Neste ponto, parece-nos que o direito administrativo terá que interiorizar este *tertium* regulativo, indutor da formação da vontade do cidadão nas decisões administrativas futuras, incrementando, assim, uma maior administração democrática<sup>(18)</sup>, visto que as decisões futuras de imposição obrigatória de condutas terão, naturalmente, de reflectir o intercâmbio alcançado, já que reconhecemos um importante papel conformador da concreta realização da normatividade vigente aos instrumentos normativos a que agora aludimos.

Com efeito, “no se puede seguir admitiendo que el Derecho Administrativo moderno siga instalado en la tradición formalista del Estado de Derecho tal como lo concibiera Otto Mayer. La concepción de la Administración como Administración cooperativa ejerce, precisamente, una influencia definitiva en la evolución desde una Administración centrada en la actuación imperativa y unilateral, hacia una Administración situada en el plano del intercambio para la actuación convenida”<sup>(19)</sup>.

---

(17) Na mesma direcção, E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 45, e SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 84, 1977, p. 529.

(18) E não nos parece tão obtuso assim tal entendimento. Não é novidade para ninguém que a necessidade de “democratizar a democracia” (BAPTISTA MACHADO) conduziu ao aprofundamento da democracia participativa como forma de completar a democracia representativa. Em homenagem ao que ficou dito, verifica-se que os parceiros sociais pretendem fazer valer os seus interesses junto do poder legislativo, aparecendo tais forças sociais como co-decisores da juridicidade, gerando um fenómeno de bilateralidade constituinte do direito. Neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administración Pública*, *op. cit.*, p. 141.

(19) Cf. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *op. cit.*, p. 529.



#### 4. À procura de um conceito operativo de *soft law* administrativo

Se é verdade que a dinâmica social, económica e tecnológica contribui decisivamente para estruturar uma dimensionalidade normativa assente na informalidade criativa dos seus instrumentos de acção, não é menos verdade que esta mesma mentalidade participa na transacção de uma norma rígida e imperativa para uma norma “que seja capaz de orientar o comportamento dos sujeitos face a um objectivo, sem necessidade de impor um determinado comportamento<sup>(20)</sup>, deixando a efectividade da acção administrativa dependente, em grande medida, da cooperatividade dos destinatários dessa mesma actividade<sup>(21)</sup>, convertendo uma boa parte do direito administrativo num conceito onde os meios de execução forçada são frequentemente suplantados por estratégias destinadas a convencer ou persuadir comportamentos, incidindo sobre a formação da vontade dos cidadãos com o objectivo de adequar as suas condutas às expectativas da Administração.

Não obstante, a verdade é que as proibições e obrigações jurídicas em muitos casos revelam-se insuficientes para lograr o cumprimento dos seus objectivos, mostrando-se mais efectiva a aceitação prévia da decisão por parte do destinatário da mesma<sup>(22)</sup>, perfilhando-se assim a ideia de que o “direito não depende apenas do reconhecimento formal e procedimental, mas também da sua capacidade de ser efectivo, isto é, de ser respeitado pelos cidadãos e aplicado pelos órgãos institucionais”<sup>(23)</sup>.

Deste horizonte discursivo resulta que o denominador comum que preside à categoria do *soft law* é a ideia de que as suas normas não são vinculativas. Partindo desta premissa, podemos afirmar que a generalidade dos autores que se têm ocupado do tratamento dogmático do *soft law* reconhecem que as suas normas apresentam uma intensidade prescritiva meramente orientadora em relação às normas de *hard law*, já que se tratam de normas que propõem e não impõem modos de comportamento<sup>(24)</sup>, um direito que prefere dar sugestões ou indicações em vez de prescrever

---

(20) Cf. BALDASSARE PASTORE, “Soft Law y Teoría de las Fuentes del Derecho”, in *Revista Euro-Americana de teoría de la política y del derecho*, Vol. 1, n.º 1, 2014, p. 80.

(21) Neste sentido, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *op. cit.*, p. 530.

(22) Cf. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *op. cit.*, p. 531.

(23) Cf. BALDASSARE PASTORE, “Soft Law y Teoría de las Fuentes del Derecho”, *op. cit.*, p. 79.

(24) Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 125.

regras taxativas<sup>(25)</sup>, *steering instruments*<sup>(26)</sup> que animam o direito com uma “textura mais aberta”<sup>(27)</sup>, capazes de oferecer de maneira sistemática marcos de referência claros e coerentes que presidem a um determinado sector<sup>(28)</sup>.

Por outro lado, uma segunda forma de aproximação hermenêutica da categoria de norma não vinculativa exprime-se mediante a dicotomia sanção e não sanção.

Relativamente a esta questão, acrescentaremos que o carácter vinculativo de uma norma dependerá da existência de outra norma que prescreva uma sanção para o caso do incumprimento do dispositivo daquela<sup>(29)</sup>. Ora, numa observação empírica do fenómeno, verificamos que não existe esta norma no caso do *soft law*, pelo que o carácter de *morbidezza* que o contradistingue é de imputar à sua incapacidade de impor-se coactivamente<sup>(30)</sup>. Procurando aprofundar o significado desta ideia, emerge desta perspectiva um pensamento definitório do *soft law* como um instrumento que não tem a “capacidade de coagir imediatamente com outra norma do ordenamento jurídico que disciplina o exercício da força legítima, com o objectivo de garantir no plano concreto aquilo que a norma prescreve”<sup>(31)</sup>.

Em extrema síntese, diríamos que o elemento diferencial do *instrumentarium soft* compreende-se pelo facto de aquela supra-ordenação não ter como contrapartida a sombra de uma infra-ordenação, não podendo — e aqui reside o verdadeiro âmago da questão — produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem aos destinatários das normas.

Portanto, podemos dizer que nesta dimensionalidade normativa a ordem jurídica é apenas princípio de acção, prescindindo do critério da sanção<sup>(32)</sup>. A ordem jurídica mobiliza, para tornar eficazes as suas prescri-

<sup>(25)</sup> Cf. GIUSEPPE MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fascicolo 2, 2016, p. 1.

<sup>(26)</sup> Cf. LINDA SENDEN, “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?”, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9, n.º 1, 2005, p. 24.

<sup>(27)</sup> Cf. EILIS FERRAN & KERN ALEXANDER, “Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic Risk Oversight and the special case of the European Systemic Risk Board”, in *European Law Review*, n.º 37, 2011, p. 6.

<sup>(28)</sup> Cf. RICARDO ALONSO GARCIA, “El Soft Law Comunitario”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 154, Enero-Abril, 2001, p. 72.

<sup>(29)</sup> Cf. RAFAEL ESCUDERO, “El concepto de Soft Law”, in *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*, Imperia en Barcelona, 2010, p. 103.

<sup>(30)</sup> Neste sentido, EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 7.

<sup>(31)</sup> Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 8, sufragando o pensamento de F. MODUGNO, “Norma giuridica”, in *Enc. dir.*, Vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 338.

<sup>(32)</sup> Para um estudo aprofundado e afinado da ordem jurídica como critério de sanção, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, op. cit., p. 62, ss.

ções a sanção, pelo que radicados nesta nuclear ideia, se afirma que uma das características idiossincráticas destes actos normativos é precisamente a ausência dela, daí que o cumprimento das prescrições contidas nos actos de *soft law* residir, fundamentalmente, na adesão voluntária dos cidadãos em geral.

Julgamos, assim, adequada e suficiente as preposições traçadas precedentemente, que nos foram delimitando as fronteiras conceptuais do *soft law*, capazes de o compreender em termos normativamente adequados.

## 5. A problematização inicial do dilema dos efeitos jurídicos: uma hipótese merecedora de toda a atenção

O florescimento do *soft law* fora do contexto da relação entre o Estado e a política induziu a uma querela propiciatória de interrogações quanto aos efeitos que tais actos produzem. Com efeito, aponta-se como parâmetros fortemente presentes na morfologia do *soft law* a sua subsunção em regras de conduta privadas de coercibilidade em sentido tradicional e não integrável entre as fontes de direito, mas no entanto tal regra pode, todavia, produzir efeitos práticos, efeitos que se traduzem, sobretudo, num contexto de influência sobre os seus destinatários<sup>(33)</sup>.

Por isso, parece-nos que o discurso posterior deverá então incidir sobre a resposta a dar à questão acerca do que realmente se deve entender por “efeitos práticos”<sup>(34)</sup>, questionando-se, com legitimidade, se os efeitos práticos são juridicamente relevantes? Ou, por outras palavras, são efeitos jurídicos?

Para o efeito, é fundamental partir da distinção entre relevância e eficácia jurídica. E no que concerne a tal domínio, socorrer-nos-emos, fundamentalmente, a uma lição do nosso insigne Mestre<sup>(35)</sup>. Apesar de ilustrar a importância da distinção entre relevância e eficácia jurídica no âmbito da nulidade do acto administrativo, parece-nos que o pensamento ali vertido se revela aqui da maior prestabilidade.

---

(33) Entre outros, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 2. O “droit souple”, igualmente analisado num estudo do Conseil d’État de 2013 dedicado ao tema, foi catalogado como “il y a identité de fonction entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d’influencer le comportement de leur destinataire”.

(34) Cf. FRANCIS SNYDER, “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, in *The Modern Law Review*, Vol. 56, January, 1993, p. 34.

(35) Cf. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa, Noções Fundamentais*, Almedina, 2016, p. 360, ss.

Nesta controvérsia, se esclarecidamente nos predispuermos a partir do ponto de vista da mais alta dogmática, desenhamos o nosso pensamento em termos que consideram o conceito de eficácia jurídica como a capacidade de um acto produzir efeitos jurídicos, o que equivale a afirmar a existência de uma ligação de um certo dado de facto indicado numa norma a uma determinada consequência<sup>(36)</sup>, consequências essas normalmente atribuídos pelo ordenamento jurídico.

Posta a questão nestes termos, um acto jurídico — facto jurídico voluntário — caracteriza-se, portanto, por ser a causa imediata da verificação de um resultado querido pelo ordenamento jurídico, produzindo, *ex lege*, uma constituição, modificação e extinção de relações jurídicas<sup>(37)</sup>. Sendo assim, devemos então reconhecer que o *soft law* se situa no plano de uma “eficácia diminuída”, visto que estes instrumentos, apesar de não conformarem o mundo das relações jurídicas, não deixem de ter uma certa relevância jurídica a que a lei liga determinados efeitos jurídicos<sup>(38)</sup>.

De harmonia com o que acaba de ser dito, na mediada em que o ordenamento jurídico não imputa ao *soft law* — em termos de transformação da realidade jurídica — qualquer alteração do *status quo* existente e carecendo, igualmente, de capacidade para impor-se coactivamente aos próprios destinatários, não lhe é reconhecido efeitos jurídicos reguladores, sendo apenas qualificado como “meras actuações administrativas que não produzem efeitos jurídicos vinculativos, mas apenas efeitos reais, materiais ao de facto”<sup>(39)</sup>, formas de actividade administrativa relegadas para o mundo dos actos reais.

No entanto, sem deixar de precisar o alcance com que entendemos este fenómeno, esta qualificação do *soft law* como instrumento integrante na categoria de actos reais não deve ser vista como uma actividade ausente de relevância jurídica. Mesmo “os actos reais ou operações jurídicas traduzem-se na efectivação ou realização de um resultado material ou factual a que a lei liga determinados resultados”<sup>(40)</sup>. Por isso, parece-nos igualmente acertado perfilhar o pensamento de COLAÇO ANTUNES sobre a construção da teoria dos efeitos de facto de um acto jurídico nulo, onde a

<sup>(36)</sup> Cf. RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, citado por E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>(37)</sup> Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 751.

<sup>(38)</sup> Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2012, p. 358.

<sup>(39)</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, *op. cit.*, p. 751.

<sup>(40)</sup> Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 358.

prestabilidade do seu discurso se edifica na ideia de o que antes se consideravam meras consequências práticas do acto administrativo devem ser hoje entendidas como consequências jurídicas da actividade administrativa. Nesta doutrina, o acto administrativo nulo produz efeitos jurídicos aparentes. Numa palavra, trata-se de uma actividade administrativa que, embora não produza efeitos jurídicos, não pode deixar de ter consequências jurídicas<sup>(41)</sup>.

Do quadro conceptual traçado, parecemos que a servilidade dos seus termos é fundamental para nos desvelar os aspectos elementares da noção de *soft law*, transportando para o seu processo reconstrutivo elementos que sejam idóneos a compreender o fenómeno nas profundezas da sua essência. Desta construção teórica parece resultar o fundamento dos diversos efeitos acoplados ao *soft law*, uns decorrentes da imputação de efeitos *ad intra* — virados essencialmente para o interior da Administração — e outros de efeitos *ad extra* — com incidência na esfera jurídica de terceiros<sup>(42)</sup>.

Desta perspectiva, transpondo alguns dos termos daquela teoria para o nosso estudo, consideramos que a causalidade deste acto normativo não fica fechada aos factos produtivos de efeitos jurídicos “directos”<sup>(43)</sup>, “imediatos”<sup>(44)</sup>, que normalmente não produz, mas inclui os efeitos que determinam certos resultados, consequências de facto que são juridicamente relevantes<sup>(45)</sup>. O vector explicativo está no conceito de resultado. Não se trata de um efeito prático *tout court* mas de uma consequência da actividade administrativa que tem relevância jurídica ao desencadear as medidas previstas no ordenamento<sup>(46)</sup>.

Portanto, se é verdade que a lei não imputa ao *soft law* a produção de alterações jurídicas na esfera dos seus destinatários<sup>(47)</sup>, não é menos verdade que a ele se ligam incontornáveis consequências jurídicas.

Compreendida e demonstrada a pertinência da tese dos resultados juridicamente relevantes, impõe-se então fazer uma pequena pesquisa

---

(41) Neste sentido, COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa*, *op. cit.*, p. 365, ss.

(42) Adoptando esta sistematização, MARGHERITA RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fascicolo 2, 2016, p. 64.

(43) Cf. G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 2.

(44) Cf. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 17.

(45) Falando na produção de consequências jurídicas “secundárias” ou “laterais”, ÁNGELES MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces?”, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 8, 2004, p. 22.

(46) Cf. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa*, *op. cit.*, p. 366.

(47) Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, *op. cit.*, p. 751.

sobre o sentido específico dos mecanismos reaccionários do ordenamento face ao *soft law*, demonstrando as nervuras que irrompem de tal meio-ambiente.

### 5.1. O *soft law* como instrumento auto-vinculativo: um passado recuperado

Uma das questões directamente tributárias da compreensão dos efeitos do *soft law*, como oportunamente acentuámos, caracteriza-se por uma actuação material à qual subjaz uma resposta do ordenamento, não em termos de imediata alteração da realidade jurídico existente, mas numa mediata alteração por mediação de certas válvulas reaccionárias do sistema jurídico, que a maioria da doutrina as identifica aos princípios jurídicos. Assim, numa leitura sistemática do aqui proposto, parece-nos adequada a compreensão desta polimórfica figura — numa das suas variantes — como uma actividade auto-vinculativa da Administração Pública<sup>(48)</sup>, que em homenagem a certos parâmetros principiológicos<sup>(49)</sup>, manda que a Administração siga de perto as normas que dita, ainda que corporizadas em instrumentos de *soft law*<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Centro de Estudos Judiciários*, 2016, disponível em <www.cej.mj.pt>.

<sup>(49)</sup> Em sentido próximo, D. M. TRUBEK / L. G. TRUBEK, “New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry and Transformation”, in *Columbia Journal of European Law*, n.º 13, 2007, p. 549, e OANA STEFAN, “Hybridity before the Court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law”, in *European Law Review*, n.º 37, 2012, p. 58, onde esta última autora refere que “legal effects of soft law instruments are recognized through the mediation of general principles of law, such as legitimate expectations, legal certainty, non-retroactivity, and equality”. Abordando ainda o tema, falando na aplicação de princípios como o “estoppel o la buena fe” a acordos não jurídicos, de maneira a gerar consequências jurídicas, ÁNGELES MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces?”, *op. cit.*, p. 22.

<sup>(50)</sup> Neste hemisfério temático parece não andar muito longe as propostas da doutrina portuguesa. O facto de se tratar de instrumentos que têm força conformadora, “na medida em que sejam capazes de suscitar a adesão daqueles que querem cumprir e adequar as suas condutas às exigências públicas (...) tal actuação afigura-se que não pode deixar de auto-vincular a própria autoridade emissora. A eficácia da actividade informativa baseia-se no princípio da confiança mútua”. Neste sentido, FERNANDA MAÇAS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto, 2006, p. 42. Por sua vez, cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 913, refere que “existe aqui uma exteriorização de uma declaração que ganha natureza auto-vinculativa para o órgão emitente, incluindo a possibilidade de gerar responsabilidade civil, além de, por efeito da proibição de *venire contra factum proprium*, aquele que agiu em

Numa primeira aproximação prática do fenómeno, atente-se aos efeitos da circular e da directiva, instrumentos que comunga das características que revestem o conceito de *soft law*. Estas têm um efeito claro de auto-vinculação da administração, cuja sua eventual inobservância se traduz num vício de excesso de poder<sup>(51)</sup>. Por outras palavras, a verdade é que o regulador circunscreve o seu poder discricionário através da emissão destes instrumentos *soft*, com a consequência que a sua inobservância redonda num vício do acto final, por violação de princípios gerais de direito<sup>(52)</sup>.

Portanto, na medida em que o *soft law* nos vai desvelando alguns modelos do processo constitutivo da normatividade jurídica que se impõem, dentro de determinados condicionalismo, à Administração Pública — ou não tão genericamente, ao órgão público que o emite — devemos reconhecer que o seu carácter regulador lhe advém de forma reflexa, “contribuindo para uma maior coerência e previsibilidade da decisão, facilitando igualmente o controlo jurisdicional, dotando o juiz de um instrumento igualmente útil para verificar o respeito pelo princípio da imparcialidade e proporcionalidade no caso concreto”<sup>(53)</sup>.

Insistindo um pouco mais, não se pode ignorar e excluir do direito administrativo um discurso assente numa “*praxis anticipata*”<sup>(54)</sup>, vertida em normas administrativas com efeitos vinculativos *ad intra*<sup>(55)</sup>, cujo o

conformidade com tal declaração não poder ser objecto de qualquer censura ou sancionamento administrativo”. Igualmente neste sentido, CARLA AMADO GOMES, “O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal”, in *O Direito*, n.º 144, Vol. III, Coimbra, 2012, p. 545. Embora referindo-se à actuação informal, julgamos que o espírito que subjaz no seu discurso é extensivo ao nosso específico objecto de estudo, na medida em que a autora reconhece efeitos jurídicos mediatos assentes no princípio da confiança.

<sup>(51)</sup> Neste sentido, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 2, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 23, 1957, p. 153, e JOSÉ ORTIZ DÍAZ, “Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 23, 1957, p. 338.

<sup>(52)</sup> Cf. M. RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 66.

<sup>(53)</sup> Nestes termos, M. RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>(54)</sup> Cf. M. MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>(55)</sup> Os regulamentos internos com a natureza de circulares, diretrizes, instruções e códigos de conduta assumem natureza vinculativa (...). A vinculatividade daqueles, na medida em que as respetivas normas tenham uma estrutura deontica, parece ter sido tornada clara, com a submissão inequívoca dos regulamentos internos, pelo n.º 4 do art. 136.º do CPA, ao princípio da legalidade. Neste sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no novo Código do Procedimento Administrativo”, *op. cit.*, p. 9.

seu fundamento se revela no princípio da não contradição e da igualdade, terminando indirectamente por assumir uma valência perceptiva no confronto de uma série de casos futuros<sup>(56)</sup>.

Perscrutando o pulsar da mais alta doutrina, estamos convencidos que este parâmetro preceptivo de legalidade — que decorre directamente do reconhecimento dos seus efeitos jurídicos aparentes — reforça a nossa tese no sentido de conferir a estes instrumentos uma notável capacidade de ilustrarem, preventiva e genericamente, o modo como se entende valorar uma determinada situação jurídico-factual idónea a gerar impacto sobre os particulares, “assegurando uma maior transparência e carácter objectivo da própria decisão *puntuali*”<sup>(57)</sup>. Na verdade, esta *tertiary rule* tem uma clara função de dar indicações operativas no sentido de enformar o comportamento posterior da Administração vagamente contido em preceitos normativos e densamente povoados de significativas obscuridades interpretativas. A perspectiva que aqui adoptamos vai no sentido de imputar a estes instrumentos uma importante ferramenta hermenêutica, que observando certas exigências racionais, vai codificando o sentido da discricionariedade da Administração, podendo eles actuar sobre a norma que confere o poder discricionário, deixando intacta, contudo, a legitimidade da norma que atribui esse mesmo poder discricionário<sup>(58)</sup>, transformando assim um poder discricionário num poder vinculado<sup>(59)</sup>.

Em conformidade com estas valências estruturantes, julgamos acertado referir que o *soft law* consegue albergar uma cláusula geral de derrogabilidade das suas prescrições que os regulamentos não conseguem suportar<sup>(60)</sup>, não levando a um “ilegal esgotamento de apreciação e de ponderação das circunstâncias de cada caso concreto”<sup>(61)</sup>. Em suma, o *ins-*

---

<sup>(56)</sup> Cf. M. MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>(57)</sup> Neste sentido, M. RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 63. Projectando o *soft law* como “standardizes discretion in legislation, it provides a justification for individual decisions, makes these decisions verifiable and is demanded from a perspective of principles like equality and legal certainty”, ALBERTJAN TOLLENAAR, “Soft Law and policy rules in the Netherlands”, in *Netherlands Administrative Law Library*, July-September, 2012, p. 8.

<sup>(58)</sup> A não ser que a norma criadora do poder discricionário possibilite, expressamente, a auto-limitação através de um regulamento.

<sup>(59)</sup> Neste sentido, a propósito da directiva, JOÃO TIAGO SILVEIRA, “Directivas de Auto-Vinculação em poderes Discricionários”, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 18/19, Dez-Jan, 1996, p. 188.

<sup>(60)</sup> Reconhecendo esta derrogabilidade, ainda que por mediação de certos princípios, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO e ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA, “Natureza, Limites e Efeitos das Recomendações e pareceres genéricos da CMVM”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 12, 2001, p. 280.

<sup>(61)</sup> Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 853.



*trumentarium soft*, ao não ser catalogado como regulamento, admite a possibilidade de não ser aplicado a um caso concreto, não dispensando assim a análise de todos os aspectos do caso<sup>(62)</sup>, instrumentos que permitem ao órgão que os emite conservar a necessária possibilidade de ponderação das circunstâncias subjacentes a cada situação e a subsequente maleabilidade e adaptabilidade da solução a definir, traduzindo aspectos inerentes ao exercício normal do poder discricionário<sup>(63)</sup>.

No entanto, diríamos que tais instrumentos têm um elemento cognitivo de primeira referência, que nos permite adscrever-lhe uma “presunção de vigência”, uma presunção cujo significado reside no entendimento de que o conteúdo regulativo daquela ordenação será a alma, a materialidade axiológica e prática do acto a praticar pela Administração, corporizando nos seus instrumento típicos de acção uma realidade que se pré-objectiva a eles como elemento volitivo, dimensão implicitamente reconhecida, segundo julgamos, como fenómeno de um “*effetto esistenziale*”<sup>(64)</sup>, que lhe atribui assim um papel impregnante — existencial — no ordenamento jurídico.

É obvio que este contexto de debate sobre os efeitos do *soft law* não constitui uma simples análise teórica que paira livremente nas nuvens, no reino depurado da lógica. Toda esta retórica é orientada para a prática, para a acção, ou seja, uma análise que se preocupa com as actividades reais que a Administração estabelece. A tal propósito, demonstrámos que as constelações que se estruturam sobre “disposições administrativas internas, como os projectos, planos e programas, cumprem uma função capital, podendo falar-se de um retorno à concepção objectiva do princípio de Estado de Direito, (...) como garantia de racionalidade do funcionamento do Estado”<sup>(65)</sup>. Ou seja, e à luz de um exemplo prático colhido no estudo de SCHMIDT-ASSMANN, discernimos da utilidade de tal discurso: uma entidade pública ambiental conhece que numerosas empresas industriais infringem normas ambientais, mas no entanto não pode encerrar simultaneamente todos as instalações porque isso conduziria a um agravamento das condições do mercado de trabalho e da economia local. Pergunta-se,

---

(62) Em termos idênticos, JOÃO TIAGO SILVEIRA, “Directivas de Auto-Vinculação em poderes Discricionários”, *op. cit.*, p. 179.

(63) Referindo-se à necessidade de o regulamento deixar esta possibilidade em aberto, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 850, o que julgamos de difícil concreção.

(64) Cf. FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 395.

(65) Cf. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 64.

então, se o órgão dessa entidade pode seleccionar uma ou várias de entre elas, deixando as restantes em funcionamento, ou, pelo contrário, deverá renunciar ao poder de encerrar a actividade na medida em que estaria a tratar algumas discriminadamente?

O que nos parece é que devemos mesmo exigir, antes de mais, que a Administração estabeleça esquemas de actuação que permitam conhecer os critérios conformes com os quais pretende proceder contra aquelas empresas lesivas do meio ambiente<sup>(66)</sup>. E como bem reconhece SCHMIDT-ASSMANN, “estos criterios pueden ser, por ejemplo, la antigüedad de la instalación, la importancia de las emisiones, la localización espacial de las distintas instalaciones o, también, consideraciones de orden social. El deber de formulación de un tal esquema impide la arbitrariedad, incrementa la racionalidad y contribuye a que las medidas del órgano sean más fácilmente aceptadas por los afectados”<sup>(67)</sup>, e que apesar de impactados em instrumentos flexíveis, comportam uma base axiologicamente fundamental que constituem os valores que a experiência prática vai exigindo, dando-nos conta que da multiplicidade de critérios que enformavam a decisão, condiciona-se esta a um pré-ordenado sentido logicamente estruturado e subordinado a um adequado critério de decisão<sup>(68)</sup>, sem com isso invalidar, à medida que a solução for experimentada na prática, se vá constituindo com novos valores e critérios<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> Portanto, quanto maior for a extensão da discricionariedade da Administração, maior será a necessidade de ditar regras gerais para justificar a decisão individual e concreta. Neste sentido, ALBERTJAN TOLLENAAR, “Soft Law and policy rules in the Netherlands”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>(67)</sup> Cf. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>(68)</sup> Isto significa, indiscutivelmente, “la realización de una posibilidad electiva de valoración que conlleva una específica determinación dentro de los límites teleológicos que a la actividad administrativa discrecional se le ofrecen. Por las circulares, pues, la Administración particulariza, entre las posibilidades que tiene, aquella que considera la más eficaz y lógica en razón del interés público, presuponiendo siempre, claro es, la adecuación de las mismas al ordenamiento general, pues en caso contrario vendría establecida su invalidez por esta disociación que pudiera presentar”. Neste sentido, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *op. cit.*, p. 154.

<sup>(69)</sup> Em sentido próximo, M. MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 20, dando nota que “La circolare costituisce un parametro che vincola l’amministrazione, ma è privo della rigidità del regolamento, lasciando pur sempre, con una sorta di clausola generale, un margine, beninteso motivato e non arbitrario, di apprezzamento discrezionale del caso concreto e della possibilità dunque di derogare all’atto generale”.

### 5.1.1. Refracções processuais do reconhecimento de um momento discricionário transformado em vinculado

Creemos que a prestabilidade deste discurso mais substantivo importa considerações notáveis ao nível da perspectiva contenciosa administrativa, na medida em que imputar ao *soft law* uma presunção de que as suas prescrições serão observadas e seguidas pela Administração, equivale a afirmar que aquele, sendo parâmetro preceptivo de legalidade dos actos futuros a praticar, poderá ser objecto processual de litígio, na medida em que se pode discutir a legalidade do seu conteúdo normativo. Isto é, sempre que o órgão administrativo intenda, ao adoptar um acto administrativo, não apropriar-se das valorações contidas nos instrumentos normativos de *soft law*, deverá motivar de maneira adequada a sua posição<sup>(70)</sup>, podendo tal derrogação arvorar-se não apenas “na base de elementos de facto que denotam uma especialidade da *fattispecie*, sem se pôr em discussão a intrínseca “*esattezza*” das directrizes”<sup>(71)</sup>, mas também sobre o prisma de “uma motivação que ponha em dúvida a validade e a exactidão intrínseca das directrizes”<sup>(72)</sup>.

Deste modo de ver as coisas, parece-nos que este segundo caminho permite que a Administração — e *a fortiori* os particulares — possa(m) fazer uma avaliação de conformidade das directrizes em função daquilo que a lei reivindica, uma consideração da sua legalidade à luz da validade do interesse público prosseguido, ultrapassando o plano dos factos para colocar em crise a fundamentação prático-axiológica proposta pelos instrumentos *soft*.

Centrando-nos nesta *quaestio disputata*, ao considerar-se como materialmente adequado o afastamento de um instrumento *soft* por questões atinentes à sua validade, num juízo em consonância com as valências específicas de legalidade que neles se afirmam, cremos que em função deste juízo, é possível sustentar que o momento volitivo que se coloca entre a

---

(70) Pode-se mesmo sustentar que a derrogação é restrita a circunstâncias especiais. Apenas quando a administração tenha estabelecido esta “especial circunstância”, reconsiderando os interesse envolvidos e chegado à conclusão que aquela anterior regra não deverá ser aplicada, é que estamos em condições de medir o pulsar da sua legalidade, transformando um momento discricionário em vinculado, podendo ser sindicado pelo juiz administrativo na sua plenitude, aferindo se aquela especial circunstância se verifica e, verificando-se, se o seu *iter* volitivo foi devidamente construído à imagem dos requisitos da legalidade.

(71) Cf. FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 397.

(72) Cf. FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 397.

norma (lei) e a decisão (acto) é susceptível de ser impugnada, ainda que a título incidental, uma vez que é razoável sustentar que o acto administrativo, sendo consequência directa daquele momento cognitivo<sup>(73)</sup>, é o resultado final do exercício do poder discricionário praticado a montante, que constituindo o título executivo que fundamenta a textura axiológica do conteúdo do acto administrativo em concreto, poderá ser causa da sua invalidade, possibilitando assim a sindicância não apenas da discricionariedade do acto por aferição da violação de princípios fundamentais, mas igualmente através da escolha, considerada ou não adequada, à prossecução do interesse público plasmada no *soft law*<sup>(74)</sup>.

Se assim for, já não se trata apenas de apurar esquematicamente o cumprimento dos referidos princípios fundamentais que regem a actividade administrativa, mas de indagar mais profundamente, no controlo jurisdicional da discricionariedade, de uma lógica substantiva que pode conduzir à existência de um vício material, por violação de lei, não através de uma legalidade imediata, objectivamente entendida, mas pelo menos assente numa retórica de juridicidade<sup>(75)</sup>.

Antecipemos o sentido da nossa perspectiva: “quando os efeitos de uma norma não se produzam imediatamente, mas só através de um ato administrativo de aplicação, o lesado pode suscitar a questão da ilegalidade da norma aplicada no âmbito do processo dirigido contra o acto de aplicação a título incidental, pedindo a desaplicação da norma” (art. 73.º, n.º 3 do CPTA)<sup>(76)</sup>.

---

(73) Recorde-se que o art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 58/2008, que aprova o Estatuto Disciplinar do Trabalhadores em Funções Públicas, considera infracção disciplinar o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce, sendo deveres gerais do trabalhador, refere o n.º 2, al. f) do mesmo preceito legal, o dever de obediência, que consiste em acatar e cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal (n.º 8).

(74) Se entendemos bem, parece postular o mesmo entendimento CARLO DEODATO, “Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo: Il caso delle linee guida dell’ANAC”, in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n.º 2, 2017, p. 2, ss., quando afirma que “resta necessaria una verifica giurisdizionale della coerenza del contenuto precettivo da essi prodotto con la causa della potestà regolatoria esercitata, soprattutto per quegli atti (quali le linee guida dell’ANAC) che provengono da un’autorità non legittimata dal circuito della rappresentanza democratica”.

(75) O hùmus do nosso entendimento tem como inspiração algumas das delicadas observações de COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa*, *op. cit.*, p. 287, a propósito da problemática da sindicabilidade do mérito.

(76) Além do direito positivo poder militar a favor da nossa tese, julgamos que na componente doutrinária não caminhamos sozinhos. Em sentido idêntico ao aqui proposto, CARLO DEODATO, “Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo”, *op. cit.*, p. 24, na medida em que o autor refere que “ovviamente, avrà interesse all’impugnazione (essendone anche onerato) l’operatore che intende contestare le linee guida quale atto presupposto di quello applicativo ad esse conforme. Ma

O problema que aqui se põe não é tanto a análise da necessidade de respeito pelos princípios de direito que podem levar à modificação dos critérios de decisão no âmbito do poder discricionário, onde o *soft law* cumpre aqui apenas uma função de parâmetro aferidor da legalidade do acto administrativo, mas, portanto, algo mais profundo, a imperiosa necessidade de controlar a adequada prossecução do interesse público corporizada no *soft law*, que transformada em vinculativa, pode conduzir a um desnecessário afluxo de processos impugnatórios de actos administrativos caso se mantenha a porta fechada aquele núcleo irredutível de projecções materiais.

Em extrema síntese, o interesse público, ao servir-se do *soft law* como seu momento de codificação, atribui a este o papel de critério e de regra, na base da qual a Administração fixa as hipóteses de solução a realizar<sup>(77)</sup>. Portanto, o que pretendemos sindicatizar é a correcta interpretação jurídica do interesse público prosseguido<sup>(78)</sup>.

## 5.2. O *soft law* enquanto “direito existencial”: os efeitos *ad extra*

Retomando considerações genericamente expostas, pode-se agora afirmar que o *soft law* apresenta uma outra dimensão, embora mais problemática, mas igualmente geradora de efeitos jurídicos aparentes, emergente do reconhecimento de que aquele “direito”, inserido que está no sistema jurídico e devendo, portanto, ser lido dentro do seu contexto axiológico, permite fixar-lhe uma “função reguladora integrativa respeitante às normas legais”<sup>(79)</sup>, que “não se limitando a ocupar os espaços deixados em branco

---

le linee guida potranno essere impugnate in via incidentale anche dal soggetto controinteressato in un ricorso proposto contro l'atto applicativo che si è da esse discostato (con o senza motivazione) e che ha interesse ad ottenere l'annullamento delle presupposte linee guida, al fine di escludere l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento (a lui favorevole) che le ha disattese (ovviamente per il limitato profilo di tale osservanza)”.

(77) Um corpo que apresenta “rules might have a sound reasoning that can form a sound reasoning for the individual decisions”. Neste sentido, ALBERTJAN TOLLENAAR, “Soft Law and policy rules in the Netherlands”, *op. cit.*, p. 13.

(78) Louvando-se em WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, “Die Eigenständigkeit der Verwaltung”, in *GVWR*, Vol. 1, (nota 3), § 10, núm. marg. 15, SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 93 dá-nos conta que é necessário perspectivar a vinculatividade ao Direito não como um sistema que tem por objecto apenas estabelecer e impor limites e proibições, mas dar ênfase à incorporação de novos cânones e parâmetros juridicamente reconhecidos e que devem sujeitar a actividade da Administração.

(79) Cf. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 127.

pelo *hard law*, parece mais instaurar com esse um relacionamento hierárquico, que se reflecte não tanto no anulamento do direito formal, mas na restrição do seu espaço e na sua subordinação”<sup>(80)</sup>, deixando uma clara imagem “irenica de um relacionamento virtuoso e conciliante entre direito *soft* e direito *hard*”<sup>(81)</sup>. Estando convictos de que o sistema jurídico assimilou, decerto, os valores que entretecem as dimensões que o compõem, afirmando um “*corpus* jurídico em contínua integração normativa”<sup>(82)</sup>, baseado na assunção de um “*continuum running*” entre instrumentos *soft* e *hard*<sup>(83)</sup>, devemos reconhecer que a normação suave constitui hoje um importante activo na construção do Direito, considerado apropriadamente como “*canoni oggettivi da seguire da parte degli operatori del settore*”<sup>(84)</sup>.

Virados agora essencialmente para o exterior, como fundamento directo e imediato do agir de inúmeros “*players*” sobre uma determinada matéria<sup>(85)</sup>, deverá considerar-se o *soft law* como um “direito existencial” se este estiver em consonância problemática com uma certa prática e poder responder aos problemas juridicamente relevantes que vão emergindo<sup>(86)</sup>.

Olhando hoje para o sistema jurídico como um “arquipélago de fontes em competição entre si”<sup>(87)</sup> e na presença de uma “*gerarchie aggrovigliate*”<sup>(88)</sup>, estamos convencidos que o *soft law* é hoje o sinal claro daquilo que A. PIZZORUSSO apontava, referindo-se à “circulação de modelos jurídicos”<sup>(89)</sup>, na medida em que o *soft law* representa uma bússola que permite

<sup>(80)</sup> Como revela ALESSANDRO PIZZORUSSO, “La produzione normativa in tempi di globalizzazione”, in A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Commentario del Codice Civile, Disposizione sulla legge in generale (art. 1-9)*, 2011, p. 906, a propósito “della fonti extra ordinem”.

<sup>(81)</sup> Apesar de alguma ironia à mistura, ALESSANDRA ALGOSTINO, “La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordenamento o fine del conflitto democratico? Crisi e conflitti nell’Unione Europea: una prospettiva costituzionale”, in *La Rivista Costituzionalismo*, Fascicolo 3, 2016, p. 270.

<sup>(82)</sup> Cf. BALDASSARE PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, 2014, p. 25.

<sup>(83)</sup> Neste sentido, FABIEN TERPAN, “Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law”, in *European Law Journal*, Vol. 21, Issue 1, 2015, p. 5.

<sup>(84)</sup> Cf. G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>(85)</sup> Sistematizando igualmente o seu pensamento nestes termos, MARGHERITA RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 67, em que “l’atto di *soft regulation* non generi essenzialmente un auto-vincolo per il regolatore, bensì si rivolga a un soggetto terzo, producendo un effetto diretto nella sfera giuridica soggettiva di quest’ultimo”.

<sup>(86)</sup> Embora não se referindo expressamente ao *soft law* enquanto momento que também cunha o horizonte da juridicidade, mas antes à moralidade como fenómeno capaz de se entrelaçar igualmente com o Direito, a nossa ideia nutre-se em algumas passagens de FERNANDO PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 261 e segs.

<sup>(87)</sup> Cf. B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>(88)</sup> Cf. B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>(89)</sup> Cf. A. PIZZORUSSO, “La produzione normativa in tempi di globalizzazione”, *op. cit.*, p. 906.

ao intérprete navegar por um arquipélago jurídico sujeito a fibrilhações e contínuas mutações, orientando-se entre uma estrutura caracterizada por uma multiplicidade de pactos normativos em interação<sup>(90)</sup>, pelo que, atento ao sentido das notas acabadas de expor, é em obséquio à unidade e coerência do direito que reside a vertente constitutiva da normatividade que imputamos ao *soft law*<sup>(91)</sup>, onde o processo hermenêutico é visto numa óptica de interação complexa e fluída entre normas imediatamente válidas e obtidas segundo procedimentos formais e por normas que oferecem apenas ideias, inspiração, “effetti d’indirizzo” não obtidas segundo tal processo, no qual o operador jurídico deverá desenhar a norma aplicável<sup>(92)</sup>.

Regressando ao problema do problema, se numa fase inicial reconhecemos ao *soft law* um processo que racionaliza a acção do órgão administrativo e controla esse mesmo órgão, ao prescrever os termos da sua futura actuação, a verdade é que num segundo momento, o *soft law* contribui, igualmente, para definir posições relativas à outra parte da relação, na medida em que reconhecemos a este *droit souple* um importante momento de institucionalização, que tem como corolário a definição de padrões de conduta tendencialmente subsistentes, estandardizando comportamentos que assimilaram determinados valores. Portanto, estes critérios de acção, ao fornecerem orientação e segurança, vão já estabelecendo um sentido indicativo, “um direito em gestação”<sup>(93)</sup>, “un derecho in statu

---

(90) Com inspiração na metáfora de F. OST / M. VAN DE KERCHOVE, “Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica”, in *Sociologia del diritto*, XXIV, n.º 1, 1997, p. 5, citado por B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 41.

(91) Cf. B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 42, louvando-se em R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, p. 129, que refere que a procura da unidade e coerência do direito encontra o seu fundamento na integridade, como visão unitária e compreensiva a justificar a decisão judicial sob o prisma da sua congruência com um *set* de normas conectadas ao *corpus* jurídico.

(92) Neste sentido, B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 26. Ainda que a doutrina italiana seja apaixonadamente incisiva no tratamento do *soft law* como fonte de direito — “fonte, allora, è termine che rimanda all’insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme” — julgamos que numa prudência esclarecida, a sua delicada abordagem teórica fica precludida no presente estudo. No entanto, por tudo o que já foi sendo dito, parece evidente que o Direito Administrativo terá de enfrentar esta nova zona de combate, desenhando um horizonte discursivo que acomode estes traços descontínuos, mas de todo imprescindíveis à cabal e homérica tarefa de explicar o Direito na sua dialéctica entre estabilidade e evolução. Na doutrina mais significativa sobre o tema, veja-se, BALDASSARE PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 22, ss., FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, op. cit., p. 390, ss., MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, op. cit., p. 15, ss., EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 10, ss. e ALESSANDRO PIZZORUSSO, “La produzione normativa in tempi di globalizzazione”, op. cit., p. 900, ss.

(93) Expressão de ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2016, p. 307.

nascendi”<sup>(94)</sup> que desonera, em parte, os administrados do fadigoso esforço de um exercício correcto das suas condutas, impedindo igualmente a dispersão decorrente de serem sempre várias as possibilidades que se lhes deparam<sup>(95)</sup>.

Por isso nos parece cheia de sentido a ideia de E. MOSTACCI, quando refere que o *soft law*, tendo a pretensão de influenciar a conduta de uma determinada comunidade, dirige essa influência à realização dos objectivos dessa mesma comunidade<sup>(96)</sup>, onde esta *opinio juris*, em última análise, desencadeia uma expectativa geral em ordem à sua observância por parte de todos os sujeitos regulados, desencadeando um fenómeno semelhante ao verificado na norma jurídica, que no seu aspecto interno, é construída pela predisposição psicológica dos destinatários a observarem uma certa disposição<sup>(97)</sup>.

Com efeito, o que acabámos de afirmar ajuda-nos a compreender que este tipo de actividade administrativa tem um momento institucional claro, que “consiste na tentativa de gerar uma adesão aos objectivos prosseguidos através da adopção do *soft law*, gerando igualmente nesse sentido uma comunhão de propósitos entre o regulador e os vários sujeitos regulados”<sup>(98)</sup>. Posta a questão neste termos, e se entendemos bem, avulta de forma explícita a ideia de que se o *soft law* estiver em sintonia com as exigências de sentido axiológico e prático que devem moldar uma autêntica comunidade, na tentativa de legitimar materialmente o seu discursivo normativo, deve-se-lhe reconhecer, no plano do dever-ser, um importante papel de conformação do mundo real, que exprimindo aqueles sentidos “densifica o segmento de validade constitutiva da normatividade vigente”<sup>(99)</sup>, fazendo igualmente parte do fenómeno normativo que se “verifica quando uma validade e um regulativo normativo são assumidos vinculativamente e informam praticamente (...) a vida histórica de uma determinada comunidade social”<sup>(100)</sup>.

No entanto, não abdicando da exigível lucidez crítica, parece-nos que esta vigência a que faz apelo o *soft law* é ainda uma vigência não sedimentada e por isso mesmo “aberta à sobreposição de diversos motivos de oportunidade”<sup>(101)</sup>,

<sup>(94)</sup> Cf. A. MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces?”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>(95)</sup> Para uma extensa análise do fenómeno da institucionalização no Direito, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 122, ss.

<sup>(96)</sup> Por palavras nossas, a Administração prossegue o interesse público primário, ainda que abstractamente definido na lei.

<sup>(97)</sup> Neste sentido, E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>(98)</sup> Cf. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>(99)</sup> Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 587.

<sup>(100)</sup> Cf. CASTANHEIRA NEVES, “As fontes do direito e o problema da possibilidade jurídica”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 116, Coimbra, 1975, p. 116.

<sup>(101)</sup> Cf. GIUSEPPE MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 3.



o que nos leva a afirmar que ao contrário da norma legal, esta apresenta uma “obrigatoriedade voluntária”<sup>(102)</sup> ou uma “obrigatoriedade condicionada”<sup>(103)</sup>, na medida em que tais normas, apesar de constituírem critérios de dever-ser, suportam uma “cláusula de escape” que permite à parte vinculada determinar em que medida é exigível a obrigação<sup>(104)</sup>.

Tal argumento é tributário da ideia de que não se tratando tanto de obrigar mas antes convencer, “criando um estado de opinião favorável ao seu cumprimento”<sup>(105)</sup>, o *soft law* situa-se não no hemisfério da coercibilidade, mas antes no terreno da efectividade, assumindo e interiorizando valores pelos quais pretende modelar determinados comportamentos<sup>(106)</sup>. Deste prisma resulta que o carácter jurídico de uma norma consiste na sua função de “*indirizzare*” o comportamento exterior dos membros de uma determinada comunidade<sup>(107)</sup>.

Por isso, se nos predispuermos a desenvolver tal aceção, reconhecemos que o *soft law*, ao ser capaz de regular em termos concretos as situa-

(102) Cf. FRANCISCO LAPORTA, “Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, in VV. AA., Ruiz Miguel, (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014, citado por ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *op. cit.*, p. 302.

(103) Cf. MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 22, louvando-se no pensamento de N. BOBBIO, “Due variazioni sul tema dell’imperativismo”, in *Riv. int. fil. dir.*, 1960, p. 79, que sustenta a sua ideia na base de que “leggi-direttive come precetti ad obbligatorietà condizionata, nel senso che i comportamenti previsti dalla direttiva sono obbligatori a condizione che, o sino a che, non si provi l’opportunità di non attenersi”. No mesmo sentido, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 4, onde afirma que os actos de *soft law* são semelhantes à norma secundária, sujeitas ao controlo difuso do juiz mas com uma fundamental diferença, são directamente desaplicadas por parte do destinatário, que livres sob a sua responsabilidade, avaliam da coerência com o ordenamento ou reconhecem a sua não adaptabilidade ao caso concreto, segundo um critério de obrigatoriedade condicionada.

(104) Em sentido próximo do aqui proposto, FRANCISCO LAPORTA, “Gobernanza y soft law”, citado por ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *op. cit.*, p. 302.

(105) Cf. ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *op. cit.*, p. 318.

(106) Vale a pena recordar R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 39, segundo qual “la chiave dell’efficacia del diritto è il collegamento dello scopo perseguito dalla norma con l’interesse dei soggetti regolati; interesse che può consistere tanto nell’evitare una sanzione, quanto, ad esempio, nell’utilità di seguire le prescrizioni normative al fine di coordinare la propria attività con quella altrui, o ancora nel voler trarre il giovamento derivante da eventuali effetti indiretti della norma medesima”. Texto recolhido na obra de E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 13, nota 36.

(107) “Les normes juridiques (...) tendent, non seulement à prévenir ou à régler les conflits possibles entre les membres d’une population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l’ensemble de leurs activités”. Cf. P. AMSELEK, “L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales”, in *Rev. trim. droit civ.*, 1982, p. 279, citado por E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 13, nota 35.

ções da vida subsumíveis aos seus preceitos, respondendo assim a necessidades e aspirações sentidas pela sociedade ou pela maioria dos seus membros — que perante tais modelos operativos lhe reconhecem aquela exigência concreta que pretendem ver realizada na prática — não vemos como não lhe imputar certos efeitos jurídicos<sup>(108)</sup>.

Em resumo, significa isto que não devemos precluir a possibilidade de imputar a este fenómeno normativo a produção das chamadas obrigações secundárias, que requerem a adopção de medidas necessárias à implementação daquela norma primária, pautando desta forma o nosso comportamento e orientando os nossos juízos decisórios<sup>(109)</sup>, deixando, contudo, uma margem dessa valoração decisória ao destinatário da norma, permitindo que este cubra a outra parte da *fattispecie*<sup>(110)</sup>.

Por outro lado, se tais preceitos apresentam, *ab initio*, “uma intenção normativa em estado de quarentena numa antecâmara do direito”<sup>(111)</sup>, jul-

<sup>(108)</sup> Qualificando por isso o *soft law* como um instrumento de tipo *cripto-hard*, MARGHERITA RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 60, na medida em que sendo a Administração a titular do poder de decidir, não será fácil para um particular convencer aquela autoridade do facto de que, atendendo às características particulares do caso, não se deva aplicar aquela norma. Por outro lado, reconhece ainda a autora que, de um ponto de vista literal, os poderes públicos que adoptam o *soft law* fazem-no através de “un linguaggio *hard*, nel senso di chiaramente prescrittivo e non meramente facoltizzante”.

<sup>(109)</sup> Veja-se, por exemplo, o *Processo de Inquérito n.º ERS/004/15* — Recomendação ao Centro Hospitalar de Lisboa Central — Hospital de São José, em que a Entidade Reguladora da Saúde, considerando que dos factos analisados, não resultou provado que o comportamento do Centro Hospitalar Lisboa Central E.P.E., tenha violado os direitos e interesses legítimos dos utentes, designadamente o direito de acesso dos cidadãos aos cuidados de saúde no âmbito do SNS, arquivou o processo de inquérito, sem com isso deixar de emitir a seguinte Recomendação; “mais delibera o Conselho de Administração da ERS, nos termos e para os efeitos do preceituado na alínea *a*) do art. 24.º, e das alíneas *a*) e *b*) do art. 19.º dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, emitir uma recomendação ao Centro Hospitalar Lisboa Central E.P.E. no sentido de nas situações em que constata não possuir capacidade para a prestação de cuidados de saúde específicos, nomeadamente, realização de cirurgias em situação de rotura de aneurisma cerebral por falta de recursos humanos especializados, essenciais à sua realização, os utentes sejam encaminhados para unidade hospitalar que garanta a prestação dos cuidados de saúde necessários. Com efeito, parece-nos que ao prescrever regras de comportamento claras, a recomendação constitui critério a seguir por parte do destinatário da mesma, cuja sua inobservância poderá constituir elemento relevante de negligência num caso futuro, pelo que o seu cabal cumprimento poderá ser factor dirimente da falta de culpa. Neste último sentido, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della *soft law*”, *op. cit.*, p. 3. Julgamos que demonstrada fica a utilidade da tese que defende a produção das chamadas obrigações secundárias, que aqui se impunha no sentido de possibilitar ao Centro Hospitalar a demonstração de um “inadimplimento eficiente”.

<sup>(110)</sup> Com fundamentação análoga, MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 22.

<sup>(111)</sup> Cf. TOMASZ GIARO, “Dal *Soft Law* Moderno al *Soft Law* Antico”, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 83.

gamos que a sua juridicidade pode igualmente resultar da captação do decisor<sup>(112)</sup> e do legislador por estes impulsos sociais, transformando-os em direito vigente e, *d'altra parte*, mas não menos problemática, a sua juridicidade pode advir da efectiva observância dos membros da comunidade a quem se dirige, desenvolvendo aqui uma clara “função preliminar que acompanha o nascimento de normas jurídicas através de factos sociais, a partir de um direito não autoritário”<sup>(113)</sup>.

Concluindo, recorreremos a uma feliz metáfora anatómica para frisar que a lei, ao fornecer uma espécie de esqueleto com a sua estrutura óssea permite e garante um controlo de forma eficiente dos diversos operadores do mercado, todavia, a estrutura óssea, por si só, pode não ser suficiente, onde a musculatura do *soft law*, constituída por um conjunto de regras assentes num modelo cultural de referência, que nascendo como normas não imediatamente vinculativas se vão afirmando na prática graças à sua crescente relevância jurídica, pelo que, atendendo às normas que vierem a dar prova do efectivo cumprimento da tarefa que lhes é cometida, são elevadas ao *status* de *hard law*, num manifesto processo de progressivo *irrigidimento* do *soft law*<sup>(114)</sup>.

### 5.2.1. Sentido e alcance do regime de impugnabilidade directa do *soft law*

Uma vez tratada a dinâmica dos efeitos do *soft law*, especialmente no sentido de lhe conferir um importante activo na criação de efeitos perante terceiros, no intuito de ordenar a realidade social para além da esfera jurídica da própria administração que o adopta, é tempo de olhar para outro âmbito discursivo-teorético, uma vez que sintoma claro da consagração dos efeitos jurídicos do *soft law* é o reconhecimento pelo juiz da possibilidade de controlo de legalidade relativamente a actos desprovidos de vinculação jurídica<sup>(115)</sup>.

---

(112) Em sentido próximo, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 238.

(113) Cf. TOMASZ GIARO, “Dal Soft Law Moderno al Soft Law Antico”, *op. cit.*, p. 84. Em sentido análogo, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 240, onde refere que “a informalidade subjacente a uma prática social reiterada com convicção de obrigatoriedade constitui “passaporte” de acesso ao mundo da normatividade jurídica”.

(114) Neste sentido, EDMONDO MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 192.

(115) No mesmo sentido, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Agências de Regulação da União Europeia*, Gestlegal, 2017, p. 172.

Se o mapear da perspectiva adoptada nos possibilitou a descoberta metodológico-dogmática dos efeitos jurídicos do *soft law*, impõe-se neste ensejo mais um esforço teórico para não apagar e negligenciar a nuclear tarefa de reconduzir o *soft law* ao controlo jurisdiccional directo pelo juiz administrativo.

Assim, de tudo quanto apurámos, julgamos que quando tais preceitos *soft* possam directamente prejudicar o *status quo* do particular, deve ser-lhe reconhecido o acesso directo à via contenciosa, na defesa da sua tutela jurisdiccional efectiva. Parece significativo, neste aspecto, a pronúncia do Consiglio di Stato, na medida em que reconhece que “sia giustiziabile l’atto amministrativo che, pur non incidendo con effetti costitutivi, accertativi o dichiarativi sulla “realtà giuridica”, produce de facto, attraverso il condizionamento del comportamento dei destinatari dell’atto (...) una modificazione della realtà materiale da cui scaturiscono conseguenze lesive per la sfera soggettiva di terzi soggetti”<sup>(116)</sup>.

Ainda que não reconheça efeitos jurídicos ao *soft law*, o Tribunal, ao considerar que não constituem meras actuações sem relevância jurídica, faz com que aquele universo de instrumentos desencadeie um mecanismo do sistema jurídico, uma resposta que este acciona em face dos resultados juridicamente relevantes que desta actividade administrativa pode advir. Por outras palavras, o facto de esta regulação ser flexível e *soft* não nos induz a pensar que tais características possam aportar para o discurso um horizonte de desligamento da necessária triagem jurisdiccional, não sufragando, pois, a tese de imunidade ao controlo jurisdiccional<sup>(117)</sup>. Pelo menos, devemos reconhecer ao juiz administrativo a possibilidade de qualificar pontualmente tais instrumentos. Próprio de um tempo difícil como aquele que vive o direito administrativo, cabe à jurisprudência o papel de assegurar maior certeza conceptual, visto que é preciso que esta se reaproprie depressa daquilo que lhe pertence<sup>(118)</sup>.

---

<sup>(116)</sup> Cf. CONSIGLIO DI STATO, *Secção III, sentença de 29 de setembro de 2017*, n.º 4546.

<sup>(117)</sup> Ainda a propósito da anulação, por parte do CONSIGLIO DI STATO, *Secção III, sentença de 29 de setembro de 2017*, n.º 4546, de uma recomendação da Região de Veneto, que proibia a prescrição e o uso de determinados fármacos. No seu núcleo central, a decisão agora mencionada estabeleceu que, “anche da un atto formalmente non vincolante possano derivare conseguenze giuridicamente rilevanti per i suoi destinatari diretti e, come nel caso di specie, persino indiretti, ciò che consente al soggetto che si assuma leso di invocare la tutela del giudice amministrativo e a questi di sindacarne la legittimità.

<sup>(118)</sup> Mostrando, igualmente, a sua preocupação pela insindicabilidade do *soft law* pelo juiz administrativo, FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 3, onde refere que “Il fatto che parte della disciplina della materia passi oggi sotto il nome di linee guida, regolazione flessibile, atti di indirizzo, soft law, e simili, non deve indurci a trascurare

Nesta construção não pretendemos regressar à tese anteriormente exposta, que perfilhava uma auscultação indirecta destes instrumentos. Aqui, ao invés, pugnamos por uma impugnação directa da norma que possa previsivelmente vir a prejudicar o particular ou mesmo solicitar o decretamento de uma providência cautelar para suspensão da eficácia de uma norma<sup>(119)</sup>.

A relutância atávica da nossa jurisprudência não pode negligenciar este discurso. Se antes considerámos apenas a sindicância por via indirecta dos instrumentos de *soft law*, essencialmente pelo facto de que estávamos no domínio de instrumentos tendencialmente intra-administrativo e, com efeito, construámos uma retórica essencialmente equilibrante, não demasiadamente perturbadora do normal funcionamento da actividade administrativa e não demasiadamente negligente da protecção da legalidade e da protecção dos interesses dos particulares, agora estamos a reconhecer a possibilidade de impugnação directa de instrumentos atípicos que, sendo

---

l'importanza del controllo del giudice. Questa volta non è in gioco solo il suo compito di "regolatore", bensì anche l'effettività della tutela giurisdizionale. Dobbiamo così preoccuparci di evitare possibili sbilanciamenti nella dialettica tra autorità e libertà".

(119) Apesar de não concordarmos com a qualificação jurídica que o Tribunal faz para o efeito de decretar uma providência cautelar para suspender os efeitos de uma recomendação, reveste-se de particular importância nesta matéria o Acórdão do TCAN, *processo 830/14.BELSB*, onde se afirma que "uma circular Informativa contendo diretivas, para mais, provindo de uma entidade reguladora, com destinatários perfeitamente identificáveis, lesiva dos seus interesses, é desde logo suscetível de ser impugnada contenciosamente". Em extrema síntese, o INFARMED, através da circular n.º 068/CD/8.1.6 de 21.03.2014 estabeleceu limites dentro dos quais poderia ser utilizado o Oxigénio a 93% em meio hospitalar. A circular, ao consubstanciar um limite à utilização do Oxigénio no meio hospitalar, produziu assim alterações no *status quo* da recorrida, enquanto fornecedora de concentrados de Oxigénio a 93%, interferindo manifestamente no negócio da mesma, sem que tenha ficado demonstrado qualquer prejuízo para a saúde pública da sua utilização. Deste circunstancialismo, o tribunal qualificou — ainda que erradamente, segundo o nosso entendimento — a circular informativa, para efeitos de decretamento da providência cautelar requerida, como acto administrativo. E qualificou erradamente porque, estando em causa uma recomendação ou circular informativa que apesar de ser dirigida a um segmento de destinatários individualizados — as unidades hospitalares — aquela tem a vocação de execução permanente, que é o critério verdadeiramente distintivo entre o acto normativo, o que nos levava a afastar o acto em prol do regulamento. Por outro lado, forçoso seria afastar da qualificação jurídica da recomendação a natureza jurídica de regulamento, essencialmente pela sua procedimentalidade atípica e teleologia imanente e, já num segundo momento, qualificando-a de instrumento atípico com efeitos *ad extra*, pois estamos perante uma ferramenta administrativa que pretende assumir-se como vector de orientação, um verdadeiro referente normativo que transcende a dimensão inter-administrativa, pelo que assistia à requerente, apesar de ser um terceiro em relação aos destinatários directos da recomendação, legitimidade processual e interesse em agir, face aos resultados lesivos que aquela actividade administrativa provoca na sua esfera. Por último, não entendemos como o Tribunal pode reconhecer força imperativa a um instrumento em que estão ausentes as exigências procedimentais para terem essa força imperativa para, depois, declará-lo ilegal, precisamente como consequência da ausência das ditas exigências. Julgamos que o Tribunal, e inclusive as partes, passaram ao lado do cerne da questão.

fonte de produção de efeitos lesivos, é legitimadora do acesso pelos particulares à via jurisdicional.

E, num “*taking soft law seriously*”<sup>(120)</sup>, parece-nos que não será de excluir o recurso a uma acção inibitória destinada a obter a condenação da Administração a não continuar a difundir actos informativos ilegais (art. 37.º, n.º 1, al. *h*) do CPTA), ou mesmo requerer providências cautelares dirigidas a impedir que a Administração difunda actos informativos, ou ainda a possibilidade de se lançar mão de acções de simples apreciação, por se verificar o interesse em agir, ou ainda, a condenação à não emissão de actos administrativos, nos termos do art. 37.º, n.º 1 al. *c*) do CPTA<sup>(121)</sup>.

Como projecções metodológicas, parece-nos suficiente para perspetivar de forma criteriosamente esclarecida a realidade normativa que lhe atribuímos, devendo assim contestar porventura alguma posição redutora da dimensão normativa que o mesmo é capaz de realizar.

Com efeito, os instrumentos de *soft law*, ao constituírem o depósito das soluções que a administração vai adoptando no exercício da sua actividade, isto é, no desempenho de uma função que lhe foi normativamente atribuída e onde reflecte as necessidade de regulação existentes em cada matéria e em cada momento — un laboratorio di incubazione per soluzioni destinate a propagarsi ben oltre il settore<sup>(122)</sup> — não discernimos argumentos crítico-reflexivamente idóneos a legitimar a contenção judicial no tratamento do *soft law* administrativo<sup>(123)</sup>.

<sup>(120)</sup> Cf. OANA STEFAN, “Hybridity before the Court”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>(121)</sup> Reconhecendo estas facultades, FERNANDA MAÇAS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>(122)</sup> Cf. PIERO DE LUCA, *Il Soft Law*, Napoli, 2017, p. 73.

<sup>(123)</sup> Esta contingência na sindicabilidade do *soft law* resulta de uma visão embaciada das coisas. Não podemos continuar a perspetivar o processo de impugnação de actos como prototípico da tutela individual, num contexto onde se pretende impugnar uma concreta decisão da Administração. É que dentro do contexto da decisão discutida, o acto é apenas e tão só mais um elemento, dentro de tantos outros. Diríamos, assim, acompanhando E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 89, que neste plano o processo fragmenta necessariamente a realidade, contempla uma visão mais estreita da completa constelação de interesses e do contexto mais amplo em que se situam. Por isso, mais à frente, afirma o autor que “El margen de autonomía y de apreciación que posee la Administración pública ha de ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control (...), de la misma manera que la acción administrativa no se agota en el mecanismo de la subsunción legal, es decir, en identificar el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica anudada que haya programado o dispuesto para cada caso la ley, sino que ha de observar otros parámetros o cánones que determinan la corrección de la actividad administrativa, el sistema de controles habrá de incorporar en paralelo, por consiguiente, otros mecanismos de control capaces de medir y sopesar esos otros criterios o parámetros de la acción administrativa. La teoría de los controles ha de ser concebida, pues, con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico y de eficiencia de la acción administrativa”. Este

## 6. Reflexão final

As reflexões colhidas no presente estudo correspondem a uma lógica comum, procurámos ser o menos expositivos ou descritivos. Atormentados por uma certa inquietude, foi nosso predicativo estatuir uma validade axiológica envolto do *soft law*, tentando, ainda que numa versão embrionária, corporizar aquele “instituto jurídico” num esclarecido instrumento normativo, radicado no desvendamento de novas virtualidades funcionais e pela sua capacidade de servir a concretização das grandes pulsões evolutivas do Direito Administrativo contemporâneo.

Refutando um pensamento envolto no *soft law* como um instrumento que se deixou seduzir pelo direito privado, instrumentalizado pelo mundo da economia, julgamos ter fixado ao seu conteúdo material um ideário democrático sem descurar um direito ligado à performance da administração, não a dispensando da subordinação a outros e porventura mais perenes referentes axiológicos.

Enfim, a construção de um novo instrumento normativo que impregna o direito administrativo, que se mostra viável a compreender adequadamente as fracturas estruturantes que hoje vive o Direito e a explicar melhor a decisiva superação de um modelo administrativo assente, exclusivamente, em instrumentos extremadamente formais.

O que se pode concluir é que o *soft law*, trazendo seguramente vantagens na interpretação e auto-vinculação da Administração, pode introduzir alguns factores de desestabilização e insegurança no domínio da teoria da norma e da criação de normas jurídicas. Não obstante, a verdade é que na ânsia de regulação, os códigos estáveis, duradouros e sistematicamente arrumados já não dão a mesma segurança e previsibilidade ao mundo jurídico, pelo que é necessário uma outra musculatura que sustente aquela espinha dorsal, dando assim lugar a uma massa de directivas, regulamentos, normas técnicas, standards, dos quais vão contendo uma disciplina adequada e suficientemente densa que possibilite a afirmação de posições jurídicas merecedoras de protecção por parte do ordenamento, além de que constituem um pressuposto decisório ou um parâmetro deliberatório para os poderes aplicativos.

---

“imperativo categórico”, não nos sendo indiferente, sintetiza a intencionalidade axiológica que impu-  
tamos à mencionada justiciabilidade do *soft law*.