

1 2 9 0



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Karoline Tavares Vitali

POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE CRÍTICA DE ASPETOS JURÍDICOS

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional, orientada pela Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

julho de 201

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Karoline Tavares Vitali

Karoline Tavares Vitali

POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE CRÍTICA DE ASPECTOS JURÍDICOS

PUBLIC POLICIES: CRITICAL ANALYSIS OF JURIDICAL ASPECTS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva.

COIMBRA

2019~

RESUMO

A sociedade contemporânea coloca constantemente novos desafios à ação pública. Os riscos e incertezas que constituem uma de suas marcas convoca a sua constante adaptação ao desenvolvimento tecnológico e às mudanças por ele proporcionadas, bem como a gestão do presente e do futuro. Os múltiplos centros de poder dentro e fora do Estado demandam já uma atuação dialogada, colaborada e coordenada em nome da eficácia das ações empreendidas. Nesse contexto, as políticas públicas, que constituem formas de ação pública largamente utilizadas para governar sociedades complexas e lidar com os múltiplos desafios por elas colocados, sofrem também alterações – não apenas do seu conteúdo, mas também da forma como se apresentam. Torna-se, então, imperiosa a elaboração de políticas que ao invés de exercer um *comando e controle* sobre seus destinatários, empreendam medidas mais *gentis e soft*, pautadas na *guidance* e que buscam orientar e incentivar a adoção de comportamentos dos particulares que colaborem com a realização dos objetivos pretendidos pelas políticas públicas. No entanto, essas formas de atuação *soft* e a sua ausência de vinculatividade jurídica para os seus destinatários parecem ser dificilmente conciliáveis com os imperativos de segurança jurídica e de proteção da confiança legítima, que estão na base do Estado de Direito. Nesse toar, o presente trabalho visa, a partir da vertente jurídico-dogmática e da linha crítico-metodológica, analisar algumas das principais questões jurídicas colocadas pelas novas configurações das políticas públicas e, de modo mais específico, examinar como a face jurídica das políticas públicas, sobretudo princípios jurídico-constitucionais estruturantes da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, possibilitam assegurar a tutela dos valores da previsibilidade, estabilidade e confiança no referido quadro. Ao fim, conclui-se que esse material jurídico dirige novas exigências à atuação dos poderes públicos, bem como o olhar cuidadoso da dogmática jurídica às especificidades dessa nova realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Proteção da Confiança Legítima; Segurança Jurídica; Guidance

ABSTRACT

The contemporary society is constantly challenging public action. The risks and uncertainties that constitute one of its marks call for its constant adaptation to technological development and the changes it brings, as well as the management of the present and the future. The multiple centers of power inside and outside the State already demand a dialogue, collaboration and coordination in the name of the effectiveness of the actions undertaken. In this context, public policies, which are forms of public action widely used to govern complex societies and deal with the multiple challenges they face, also suffer alterations - not only in their content, but also in the way they are presented. Therefore, it is essential to elaborate policies that, instead of exercising command and control over their recipients, should undertake soft and gentle measures, based on guidance and that seek to guide and encourage the adoption of behaviors by individuals that collaborate with the achievement of the objectives intended by public policies. However, these forms of soft action and their lack of legal binding on their recipients seem to be difficult to conciliate with the imperatives of legal security and the protection of legitimate expectations, which are the basis of the rule of law. To this end, the present work aims, from the legal-dogmatic and critical-methodological perspective, to analyse some of the main legal issues raised by the new configurations of public policies and, more specifically, to examine how the legal face of public policies, especially legal-constitutional principles that structure legal security and the protection of legitimate expectations, make it possible to ensure the protection of the values of predictability, stability and trust in the said framework. In the end, it is concluding that this legal material directs new requirements to the performance of public authorities, as well as the careful looking of legal dogmatics to the peculiarities of this new reality.

KEY-WORDS: Public Policy, Protection of Legitimate Expectations, Legal Certainty, Guidance

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Ac. TC – Acórdão do Tribunal Constitucional Português

AP – Administração Pública

AR – Assembleia da Republica

Art. – Artigo

Arts. -Artigos

BM – Banco Mundial

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

GM – Guerra Mundial

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NAFTA – North American Free Trade Agreement

NDA – Novo Direito Administrativo

OCDE – Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

Séc. - Século

SIEG – Serviços de Interesse Económico e Geral

TC – Tribunal Constitucional Português

TCE – Tratado das Comunidades Europeias

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

WHO – World Health Organization

WTO – World Trade Organization

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
Parte I – Políticas Públicas no Estado de Direito.....	12
1 – PRINCIPAIS TRAÇOS ESTRUTURANTES	12
2. O ENFRAQUECIMENTO DA TRADICIONAL SUPREMACIA DO ELEMENTO POLÍTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	18
2.1. As dinâmicas entre a política e a política pública	18
2.2. A determinante econômica.....	23
2.3. A influência do elemento técnico.....	26
2.4. Balanço atual: a política determina as políticas públicas?	29
3. DIMENSÕES JURÍDICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	32
3.1. Cartografia jurídica das políticas públicas	33
3.2. O Direito como fundamento das Políticas Públicas	35
3.3. O Direito como baliza da ação pública	38
3.4. O Direito como o caminho da ação político-institucional das políticas públicas	39
3.5. O Direito das Políticas Públicas	45
4. A AÇÃO PÚBLICA COMO O NÚCLEO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	47
4.1. Pilotagem das Políticas Públicas: a atividade de condução diante da emergência de polos de autoridade - <i>Governance</i> no âmbito das Políticas Públicas.....	48
4.2. A implementação das Políticas Públicas.....	52
4.2.1. Atuação da Administração Pública e Direito Administrativo	52
4.2.2. Participação dos privados na implementação das políticas.....	55
4.2.3. Implementação pela sociedade, segundo os esquemas de <i>governance</i>	58

PARTE II - O ATUAL QUADRO DA AÇÃO PÚBLICA – O COSMOPOLITA ESTADO INCITADOR...	61
1. CONTEXTO INTRODUTÓRIO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO MUNDO GLOBALIZADO.....	62
1.1. Globalização, <i>Global Policy</i> e políticas públicas.....	63
1.2. Políticas Públicas Europeias	67
2. <i>GUIDANCE</i> E POLÍTICA PÚBLICA	70
2.1. Ação Pública e <i>soft law</i>	73
2.2. Influência e Informação	75
2.3. O recurso às atuações atípicas.....	77
2.3.1. Principais manifestações	79
2.3.2. Juridicidade, efeitos jurídicos e vinculatividade	89
2.4. Que valor jurídico?.....	93
3. POSIÇÕES JURÍDICAS DOS DESTINATÁRIOS E DOS AUXILIARES NA CONDUÇÃO DAS POLÍTICAS.....	94
3.1. Direito Administrativo, Relação Jurídica e Políticas Públicas.....	94
3.2. Políticas públicas e Programa Normativo Multipolar	97
3.2.1. Relações Jurídicas Poligonais, Direitos Subjetivos Públicos e Posições Jurídicas Substantivas.....	97
3.2.2. Programa normativo multipolar e a realização das Políticas Públicas a partir da atuação orgânico-funcional dos poderes estatais.....	102
3.2.3. Atuações Atípicas e Programa Normativo Multipolar	107
PARTE III – PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA ATIVIDADE DE CONDUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	109
1. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	110
1.1. Segurança Jurídica e atividade normativa.....	112
1.2. Segurança Jurídica e Força do Caso Decidido.....	118
2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA.....	120

2.1. Direitos, Expectativas legítimas e Proteção da confiança.....	124
2.2. Proteção da Confiança Legítima nos sistemas inspirados pela matriz germânica ..	128
2.3. Proteção da Confiança Legítima nos sistemas de Common Law	131
2.4. Proteção da Confiança Legítima e Alteração das Políticas Públicas	133
CONCLUSÕES	136
BIBLIOGRAFIA	138
JURISPRUDÊNCIA	151

*“Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.*

*Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.”*

Fernando Pessoa

Mar Português, 1934

INTRODUÇÃO

As políticas públicas constituem formas de ação pública largamente utilizadas para governar sociedades complexas (Muller, 2018) e lidar com os desafios colocados pelos riscos e incertezas que marcam a contemporaneidade e demandam à ação pública a gestão do presente e do futuro (Garcia, 2009). No entanto, cuida-se de um contexto marcado também pela interação entre múltiplos centros de poder dentro e fora do Estado, e por rápidas mudanças desabrochadas pelo vertiginoso avanço científico (Garcia, 2009: 23).

Nesse ambiente, os espaços de diálogo entre os decisores e os destinatários das políticas com vistas a alcançar soluções consensuais e negociadas tendem a ampliar-se. Florescem, ainda, as atuações que ao invés de impor medidas rígidas e obrigatórias, se utilizam da ciência comportamental para alcançar a adesão voluntária dos particulares a comportamentos que contribuam para a realização dos objetivos das políticas adotadas, a partir da orientação e do incentivo dos comportamentos que se deseja verificar (Sunstein, 2016: 5). Uma atuação *soft* e gentil, desprovida de vinculatividade jurídica para seus destinatários *a priori*, com vistas a aumentar os índices de eficácia e legitimidade das políticas públicas.

Entretanto, a nova configuração da ação pública, pautada em atuações flexíveis e atípicas, fora da ética da certeza e da formalização oferecida pelos atos formais (Soares, 1969), é também constantemente convocada a realizar mudanças nas políticas já em vigor de forma a permitir que essas sejam capazes de acompanhar adequadamente a realidade que se destina a regular, suscitam importantes questões jurídicas. Essas versam, notadamente, sobre a previsibilidade da ação estatal, bem como a estabilidade das situações jurídicas já constituídas e, por conseguinte, a confiança dos particulares na manutenção da linha de ação estatal. E assim, desaguam em questões relativas aos limites jurídicos impostos à condução das *policies*.

Assim, o objetivo deste trabalho é, a partir da vertente jurídico-dogmática e da linha crítico-metodológica, analisar algumas das principais questões jurídicas colocados pelas novas configurações das políticas públicas e, de modo mais específico, examinar

como a face jurídica das políticas públicas, sobretudo os princípios jurídico-constitucionais estruturantes, como o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança legítima, possibilitam assegurar a tutela dos valores da previsibilidade, estabilidade e confiança na condução das políticas públicas inseridas num quadro de constantes mudanças e do fortalecimento de atuações atípicas. Urge esclarecer que a nossa análise se realizará, sobretudo, sobre as atividades legislativas e administrativas, ínsitas à condução das *policies*.

Dessa forma, o presente trabalho está estruturado em três partes. Na primeira, serão analisadas as principais características das políticas públicas, as interações dinâmicas que influenciam a sua construção e como as suas dimensões jurídicas norteiam a ação pública no seu desenvolvimento.

A segunda parte tratará, já, o exame do enquadramento atual das políticas públicas em que se verificam a mobilização de instrumentos *soft* e atípicos, desprovidos de vinculatividade jurídica *a priori* e que buscam orientar e incentivar comportamentos dos desafios jurídicos suscitados, com a análise crítica de alguns desafios imbricados nessa modalidade de ação, nomeadamente no que tange à produção de efeitos jurídicos e à questão de vinculatividade jurídica. E, nesse toar, se discutirá também acerca das atuações atípicas diante das relações jurídicas multipolares ou poligonais e as exigências e desafios que impõe à ação pública para a adequada tutela das posições jurídicas substantivas e dos direitos subjetivos públicos dos particulares.

A terceira parte trabalhará dois dos princípios jurídico-constitucionais que limitam a condução das políticas públicas - quais sejam, os princípios da segurança jurídica e o da proteção da confiança legítima – sob a ótica das exigências dirigidas ao legislador, notadamente à sua atuação na alteração das políticas públicas.

Parte I – Políticas Públicas no Estado de Direito

1 – PRINCIPAIS TRAÇOS ESTRUTURANTES

Uma política pública caracteriza-se, substancialmente, como uma forma de ação pública em determinados setores da sociedade com o escopo de realizar melhorias, transformações ou estabelecer critérios e limites em domínios cujo mercado, por si só, não conseguiu regular sozinho de forma satisfatória, bem como operar a gestão de assuntos públicos, concretizar os direitos fundamentais e, ao fim, realizar o interesse público.

Com efeito, a intervenção do setor público na sociedade não se dá exclusivamente através das políticas públicas e tampouco coincide com o seu aparecimento ou com a formação do Estado de Direito. Remonta, antes, à antiguidade oriental (III – I a.C.)¹, onde verificou-se a realização de obras hidráulicas pelo setor público para possibilitar a melhor exploração das águas no Egito e na Mesopotâmia – com a necessária cobrança de impostos para tal - e cuja organização pode ser considerada o embrião da administração pública. Digna de destaque, também, é a atuação pública na civilização romana, na qual verificou a adoção de vasto programa de obras públicas, que entre tantos aspectos, incluía a construção de aquedutos, estradas, pontes, bibliotecas e teatros. Para além dos exemplos supramencionados, é possível falar também na intervenção estatal no setor econômico, como ocorreu no mercantilismo do séc. XVII. Posteriormente, entre algumas características verificadas no Estado Absoluto, pode-se ressaltar o exercício do poder de polícia, bem como a assunção pelo setor público de tarefas como o apoio à cultura, a intervenção em alguns domínios assistenciais e a estruturação de um sistema educacional (Freitas do Amaral, 2016).

A ação pública sob a forma do que hoje conhecemos como a essência das *policies* começou a se verificar, nos países de desenvolvimento precoce – como a França e a Inglaterra - no séc. XIX e em maior escala após a 2ª GM quando o contexto social,

¹ Para uma evolução diacrônica da administração pública, com uma abordagem acerca dos traços da ação pública em cada momento histórico, ver FREITAS DO AMARAL, 2016.

marcado pela ampliação das necessidades coletivas, começa a demandar uma reformulação do papel do Estado para corrigir as externalidades negativas do mercado (Muller, 2018). E, nesse contexto, as primeiras políticas públicas buscavam corrigir desequilíbrios causados pelas externalidades negativas do mercado e responder aos problemas por eles causados, sobretudo na área da socialidade, através de uma ação racionalizada e, diante da própria complexidade social que já agora invocava uma ação coordenada e planejada a fim de gerir o presente e também o futuro (Garcia, 2009), movida por objetivos e metas traçados a partir das prioridades politicamente escolhidas.

Essa modalidade de intervenção, ressalte-se, não se confunde com os serviços públicos, muito embora esses não deixem de constituir hoje uma das formas de implementá-las e seja por elas influenciado. Nesta senda, Marília Lourido dos Santos (2006: 80), assinala que a diferença entre serviços públicos e políticas públicas residiria no fato de nessas não se verificar a disposição de utilidades ou comodidades que possam ser usufruídas pelos administrados. No entanto, não se pode negar que, a rigor, uma política pública pode nascer com o escopo de realizar o interesse público através da via o oferecimento de bens, utilidades e serviços aos destinatários das políticas – hipóteses em que tais características serão vislumbradas em seu interior, muito embora seu principal escopo seja empreender uma ação planejada e coordenada para a realização do interesse público.

Os principais traços distintivos entre os serviços públicos e as *policies* residem no fato de aqueles relacionarem-se com o modo como se organizam os serviços econômicos do Estado² e traduzirem-se em estruturas administrativas cuja atividade visa satisfazer certas necessidades coletivas através da realização das atribuições próprias da pessoa coletiva pública em que se insere³, auxiliando a atuação desses através da preparação – sobretudo por meio de estudos – e execução de suas decisões, sendo realizados no seio de organizações que desempenham funções administrativas; enquanto as políticas possuem em sua essência e um caráter planejador e na atividade de coordenação dos meios à

² Para uma abordagem acerca da influência do Direito Europeu nos serviços públicos, conduzindo à acentuação material dos serviços público e com a conseqüente abertura à sua realização consoante os moldes tradicionais franceses – *i.e.* pelo Estado -, ou por entidades privadas ou concessionários, v. CALVÃO DA SILVA, 2008.

³ Tomamos por base o conceito de serviço público levado a cabo por Diogo Freitas do AMARAL (2016), que os define a partir de uma concepção orgânica.

disposição do Estado para realizar o interesse público, marchando, via de regra, pelas funções políticas, legislativas e administrativas do Estado⁴.

Assim, a grande diferença desse novo e autônomo modo de agir estatal reside no fato das *policies*, como forma de ação no âmbito de um Estado de Direito, ter inscrito em seu DNA a racionalização do poder decisório, bem como o caráter planejador, coordenado e estratégico da ação, movida por uma racionalidade finalística, tendo em vista os objetivos e metas a serem alcançados num horizonte temporal adequado a manter a sua credibilidade (Santos, 2006).

Caracteriza-se, assim, como um quadro geral de ação (Bucci, 2013) elaborado e preenchido a várias mãos, que ganha corpo e densidade a partir do desenrolar do fluxo contínuo de atos e decisões – que não necessariamente ocorrem de forma sucessiva, mas de forma paralela e interligada (Muller, 2018) – realizados por autoridades públicas distintas (ou, sobretudo na implementação das *policies*, por quem lhe faça as vezes)⁵.

Destaque-se que as políticas públicas não se limitam às escolhas políticas – embora por elas seja classicamente caracterizada, sobretudo em razão da necessidade de estabelecer prioridades, bem como pelo fato dessas lhe conferirem direção e densidade – e tampouco a um texto legislativo que traduza tais opções políticas. Ao contrário, envolve um complexo de atos e textos normativos de hierarquias e naturezas diversas, elaborados por instituições distintas, mas que encontram unidade através da finalidade que perseguem (Comparato, 2017).

Um quadro que apesar de predominantemente construído no contexto dos setores onde se inserem as questões que visa solucionar, não conduz ao seu isolamento. Ao contrário, o que se verifica é a existência de uma interpenetração entre as políticas setoriais – fenômeno que ocorre de modo mais evidente naquelas políticas cujo objeto assume um caráter *transversal*, isto é, que possui por natureza um diálogo com outros setores, interceptando e ganhando relevo no seio das *policies* formuladas para eles, como ocorre no campo da saúde, do ambiente, do urbanismo – em razão tanto da necessidade de coerência

⁴ V. BUCCI (2013).

⁵ Por essa razão, não é algo que na sua integralidade é dado ou conhecido a priori pelo *policy maker*, mas acaba por ser objeto de construção posterior de estudiosos (Muller, 2018).

vertical e horizontal⁶ das políticas setoriais, como da necessidade de gestão dos desequilíbrios causados dentro e fora dos domínios em que se desenvolvem (Muller, 2018). Tenha-se em mente, por exemplo, os notórios desequilíbrios ambientais causados por políticas de desenvolvimento (em seus diversos setores, como o energético, o industrial e o de transportes) que precisam ser administrados no âmago das *policies* desenvolvidas nos respectivos setores e até mesmo em domínios externos, como a políticas de ordenamento do território. Constitui, como é evidente, uma prática complexa cuja abordagem a partir de esquemas cíclicos⁷ acaba por simplificar demasiadamente toda a dinâmica que envolve a construção de uma política (Muller, 2018)

Deveras, o modo de agir planejado próprio das políticas públicas tem penetrado diversos setores, de modo que até mesmo aqueles que funcionam essencialmente com a estrutura tradicional do direito – impositiva, prescritiva -, tal como o direito penal e o direito de família, já foram *colonizados* pelo planejamento através das *policies* para seu bom funcionamento (Morand, 1999). O que, destaque-se, não implica aqui a substituição do uso dessa estrutura normativa pelo modelo de políticas públicas, mas sim a coexistência desses do modelo clássico com as *policies*, cuja influência nesses setores acaba por reforçar e aperfeiçoar o direito formulado a partir das estruturas clássicas (Morand, 1999).

O alargamento do seu campo de incidência, trazendo algumas nuances da forma de agir estatal a depender da área em que se insere, bem como sua interdisciplinaridade – que permite olhares diversos sob ângulos distintos, como o da ciência política, da economia e do direito -, tem favorecido a panóplia de conceitos encontrados na doutrina, que vão desde abordagens procedimentais a definições sociológicas, materiais ou a partir de determinada área de intervenção – sobretudo a social. Assim, é possível encontrar definições substanciais, que conceituam uma política pública como um específico fenômeno social e político, empiricamente fundado e construído *a posteriori*, a partir de estudos analíticos (Thoenig, 2010: 420); como uma atividade expressa em um conjunto organizado de atos e normas voltados à realização de um fim público determinado (Santos, como um programa de ação governamental (Bucci, 2013; Muller, 2018); ou, de forma mais

⁶ Assinale-se que coerência das políticas é hoje um dos princípios da governança (Comissão, 2001), com vistas a melhorar a qualidade das políticas. Cfr. Aragão, 2005.

⁷ Para uma abordagem acerca do ciclo das políticas públicas e as ações verificas em suas diferentes fases, v. Harguindéguy, 2013. Expondo, já, alguns exemplos práticos que demonstram a insuficiência da representação das políticas públicas através de ciclos, v. Muller, 2018.

ampla e genérica, como programas desenvolvidos por autoridades públicas⁸, sejam essas locais, regionais, estatais e, inclusive, internacionais (Harguindéguy, 2013).

Indubitavelmente, a ampliação da utilização das *politiques publiques*, convoca o Estado a realizar uma função eminentemente administrativa (Bucci, 1997), de planejamento⁹, coordenação e gestão, deslocando o protagonismo do legislativo para o Governo, órgão máximo da AP¹⁰, como *disparador e condutor* da ação governamental (Bucci, 2013), com a conseqüente expansão das suas funções. Por conseguinte, a legitimidade da ação passa a sustentar-se, também, na eficácia da realização dos fins coletivos. (Comparato, 2017: 183)

Diante do exposto, pode-se conceituar as políticas públicas como uma forma de governar as sociedades complexas, imprimindo-lhes uma direção e gerindo suas demandas (Muller, 2018). Hodiernamente, essa ação já não visa impor comportamentos através de regras rígidas e hierarquicamente impostas, mas se expressa sobretudo através de um conjunto de atos e normas voltados a agir sobre o comportamento dos privados, através de sua regulação, incentivo ou influência, para atingir objetivos e metas determinados.

Por fim, não se pode olvidar que embora as políticas públicas ainda encontrem no âmbito estatal sua maior expressão – seja a nível de elaboração ou implementação – realidade atual evidencia a produção multinível de políticas públicas, com o intenso desenvolvimento de políticas a nível supra-nacional, que influenciam a elaboração e desenvolvimento das políticas estatais e, não poucas vezes, demandam sua implementação

⁸ HARGUINDÉGUY (2013) fornece duas características fundamentais para que se possa identificar uma autoridade pública e, portanto, legítima para formular políticas públicas. A primeira refere-se à sua capacidade de representação coletiva – o que não está diretamente ligado a eleições democráticas, mas ao desempenho da administração de uma comunidade (como as sociedades ditatoriais ou não democráticas, em que há uma autoridade a quem é atribuída a administração da comunidade que, entretanto, não é dotada do viés democrático em sua representatividade). O segundo traço fundamental de uma autoridade pública é a possibilidade de exercer um poder que lhe é inerente, próprio.

⁹ Fábio COMPARATO (1989; 2017) sugere, a esse propósito, a reestruturação constitucional dos poderes de modo a criar um órgão específico para desempenhar a função de conduzir e planejar as políticas públicas, uma vez que tal função escaparia, na visão do autor, das funções originárias dos poderes constitucionalmente estabelecidos.

¹⁰ Nessa senda, Paulo OTERO (2012) refere-se a uma quebra do paradigma de despolíticação da Administração Pública e o reconhecimento de sua politização, sobretudo através do Governo. Em sentido contrário, Pedro GONÇALVES (2013a) aduz que a atribuição da mais alta função política do país ao órgão de topo da Administração Pública não implica a necessária politização da função administrativa, eis que, embora a cargo do mesmo órgão, tais atribuições devem ser desempenhas segundo metódicas distintas e a atividade de gestão, localizada no cerne da função administrativa, deve ser despolíticação como medida de boa governação. O que não significa, entretanto, a impossibilidade de interferência mútua entre elas.

a partir do aparato estadual. Assim, as políticas transnacionais não se caracterizam apenas como uma exceção pontual à regra, mas foram desta para uma modalidade de política que vem ganhando cada vez mais espaço e notoriedade. Adicionalmente, as políticas estaduais inserem-se num espaço global e, também, devem refleti-lo em seu seio¹¹.

Essa circunstância representa uma das críticas formuladas atualmente à difundida tipologia elaborada por Theodore Lowi (1972), que ao verificar a utilização de diferentes formas de coerção, pelo governo, no exercício do seu poder político de acordo com a finalidade que deseja atingir, classificava as políticas em distributivas, regulatórias, constitutivas e redistributivas. Como assinalado por Sara Casella Colombeau (2010: 660), uma das críticas à tipologia de Lowi advoga justamente que essa acabava por ter como referência apenas o âmbito e a ação do Estado como ativadora de políticas, e assim, já não comportaria as novas formas de políticas públicas.

Segundo Sara Casella Colombeau (2010: 664), a atual taxonomia considera que os principais tipos de políticas no Estado Regulador são as políticas regulatórias, constitutivas e transnacionais. Já no seu *estágio subsequente*, isto é, no Estado Ativador ou Propulsor, são as políticas transnacionais e as de incentivos, haja vista a crescente utilização de políticas através de atuações *soft*.

Nesta senda, apesar da natureza heterogênea das *policies* é certo que todas elas podem ser agregadas através de ideias-chave de escolhas de prioridades (Vale, 2007a: 259) e de legitimação do poder para sua definição e acompanhamento no Direito, assente na definição de competências pelo Direito – seja ele o Direito Constitucional (e as normas que dele decorrem), o Direito Comunitário, ou o Direito Internacional Público. É, portanto, um modo de agir ordenado pelo Direito (Garcia, 2009: 44).

¹¹ Nesse sentido, v. MONIZ (2017).

2. O ENFRAQUECIMENTO DA TRADICIONAL SUPREMACIA DO ELEMENTO POLÍTICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. As dinâmicas entre a política e a política pública

Política é a arte de governar. É o lugar de decisão democrática, guiada por ideologias discrepantes e marcada pelo caráter eminentemente pragmático e articulador que busca, a partir de juízos de oportunidade e conveniência e aspectos partidário-ideológicos (Castanheira Neves, 1995a), conciliar e integrar as diferentes visões acerca das questões que se desenvolvem em cada momento e comunidade, e que exige, por vezes a realização de soluções inovadoras para assegurar a manutenção e o desenvolvimento da sociedade (Pereira Menaut, 2015).

A política visa estabelecer objetivos a serem alcançados pelo Estado, os quais relacionam-se, em geral, a melhorias nas searas econômica, social e política (Dworkin, 1977) e constituem, sobretudo, respostas a problemas verificados no seio social.

Dentre as atividades e instituições das diversas naturezas presentes na sociedade, apenas a política tem por objeto específico o governo de uma comunidade como tal - o que não lhe retira, no entanto, seu caráter multiforme – uma vez que não apresenta um sentido único, e tampouco se materializa num único tipo de instituição ou atividade. Por vezes, a política constitui, ainda, uma relação estabelecida entre forças e aspectos divergentes, como a liberdade e a ordem, o consenso e a discrepância legítima, a ação governamental e a participação dos cidadãos (Pereira Menaut, 2015).

Note-se, entretanto, que não obstante a possibilidade de se apresentar de diferentes formas e ser abordada a partir dos seus distintos e ricos aspectos, a rigor, a política terá como objeto assuntos relativos à *res pública*, à comunidade em que se insere¹² e à vida dos cidadãos – o que pode ser, inclusive, extraído da sua etimologia - o adjetivo grego

¹² Destaque-se, na senda de BOBBIO (2004), que a *pólis* pode ser o sujeito da atividade política quando se ocupa da atividade legislativa, das (re)alocações de recursos nos setores da sociedade e dos atos de ordenação ou proibição de algo com efeitos vinculantes para determinado grupo. Em outro giro, ela será o objeto da atividade política quando empreende ações relativas ao poder estatal visando, por exemplo, sua conquista, manutenção e ampliação.

politikós, derivado de *pólis*¹³, caracterizando-se como a atividade que tem como objeto específico o governo da comunidade como tal (Bobbio, 2004: 954).

Essa atividade, na metáfora utilizada por Pereira Menaut (2015) poderia ser comparável ao maestro de uma orquestra que, *in casu*, seria a orquestra de toda a comunidade. Estabelecida a música que se quer produzir e os sons que se quer ouvir, a política, tal e qual a condução realizada pelo maestro, busca ordenar a vida pública harmonizar as diferentes ideias e ideologias (ou os diferentes *sons* da comunidade) e os diversos instrumentos à disposição da *res publica* para, numa atividade de caráter finalístico, guiada pelos resultados, escolhendo quais serão os tons e as notas utilizadas e quais instrumentos, ideologias e mecanismos se sobressairão em relação a outros para conseguir obter o melhor resultado da música inicialmente pretendida.

Cumprido, portanto, à política, ordenar e conduzir a vida pública, estabelecendo os principais objetivos a serem perseguidos, bem como as grandes decisões ou opções da comunidade política – ou os arranjos e as soluções inovadoras que possam, em cada momento e lugar histórico, se revelar adequadas para os fins que se pretendem.

É, dessa forma, uma atividade livre por excelência, por não se submeter a fórmulas prontas acerca do modo como deve se desenrolar, e tampouco ter apenas uma solução cabível para cada problema que se põe. O exercício da política implica, assim, uma liberdade de escolha entre várias soluções possíveis que, no entanto, liberdade não deve ser confundida com a ausência de limites¹⁴, ao contrário, a política encontra-se balizada pelo Direito, notadamente pelo Direito Constitucional.

Com efeito, a política está intimamente ligada ao poder (Bobbio, 2004: 954) – nomeadamente, o poder político¹⁵.

¹³ Num breve esboço diacrônico, a política em termos clássicos referia-se à atividade de reflexão sobre as questões da esfera pública, da *pólis*, tendo sido utilizada por muito tempo para designar obras que se ocupavam do estudo das atividades que se referiam ao Estado. Já na modernidade, a atividade que tinha como referente o Estado foi, gradativamente, deixando de ser denominada *política*, para receber designações como *ciência do Estado* ou *doutrina do Estado*. (Bobbio, 2004)

¹⁴ A questão dos limites da atividade política frente a outras áreas, como a ética e a moral tem sido, inclusive, uma das preocupações da filosofia política moderna. v. BOBBIO (2004).

¹⁵ Para uma perspectiva diacrônica acerca dos critérios que diferenciaram o poder político dos demais, cfr. BOBBIO, 2004.

O autor ainda assinala três marcas que diferenciam o poder político de qualquer outro poder, quais sejam, (i) a exclusividade, que se refere a uma tendência daqueles que o detém de impedir a ingerência no poder de grupos independentes; (ii) a universalidade, que expressa a capacidade de legitimamente tomar decisões com

No entanto, na esteira de Pereira Menaut (2015) a política não cria o poder, e tampouco é por esse caracterizada – ademais, mesmo nos regimes totalitários há o exercício do poder sem, entretanto, haver política ou a tendência de integração e consenso entre as diferenças. Ela parte do poder para o seu exercício, mas sua essência reflete-se melhor na perspectiva das tensões que o exercício do poder pode gerar, uma vez que a política busca harmonizar as tensões sem o uso de força ou violência física, substituindo-as, num caráter civilizador, pela deliberação, pela controvérsia e, também pelas eleições, legitimando-se pelo consenso.

Com isso, não obstante as distintas significações que podem ser atribuídas à política, possuem especial relevo hodiernamente – sobretudo no eixo temático deste trabalho – a visão da política como a luta para a ascensão e a manutenção do poder (Caetano, 2015), bem como aquela que a caracteriza como o conjunto de processos pelos quais são tratados os assuntos públicos e realizado o governo da sociedade (Capano, 1996).

A política, *per se*, dada sua dinamicidade não possui um fim rigidamente estabelecido. Pode-se falar, entretanto, na existência de um fim mínimo da política, qual seja, a ordem pública na comunidade em que se insere¹⁶. No entanto, uma vez que ela tem por objeto o governo de uma comunidade como tal, a política pode ter tantos fins quantos forem os objetivos que aquela comunidade se propôs. (Bobbio, 2004).

Enquanto uma das funções públicas estatais, a política perfaz as funções¹⁷ governativa e legislativa, tendo por fim específico a definição do interesse geral da coletividade, ou a definição primária do interesse público (Freitas do Amaral, 2016) e dispondo de ampla margem decisória para, como salientado, realizar as principais escolhas dos meios para atingir os objetivos estabelecidos (Miranda, 1991).

eficácia para toda a sociedade, inclusive no que toca à destinação de recursos; e (iii) a inclusividade, vislumbrada na possibilidade do poder político intervir e, a partir da sua direção, encaminhar ao fim desejado, as mais diferentes esferas de atividade dos membros do grupo. Esse aspecto, tradicionalmente, materializava-se num conjunto de normas. Entretanto, nos dias atuais vê-se que essas já não são capazes de influenciar e direcionar de forma eficaz e adequada o comportamento dos indivíduos, sendo progressiva e tendencialmente substituídas por negociações, e atos informais de incentivos.

¹⁶ Isso numa ótica das relações internas. Contudo, se tomarmos como referente a relação de um Estado em relação a outros, pode-se afirmar que a esse fim mínimo da ordem pública acrescentar-se-ia a defesa da integridade nacional. v. BOBBIO (2004).

¹⁷ Por vezes a função política do Estado é caracterizada, também, como função governamental. Marcello CAETANO (2015) critica a utilização dessa nomenclatura, posto que acaba por referir-se à função a partir de uma classificação orgânico-institucional, e não em razão da essência política da atividade desempenhada. Ademais, a função política não é exclusiva do Governo e tampouco esse desempenha apenas tal atividade, cumulando também funções legislativas e administrativas.

A função política do Estado materializa-se, assim, no estabelecimento dos quadros gerais em que a ação pública deve se dar para atingir os objetivos fixados ou, em outros termos, na definição de políticas públicas.

Portanto, como uma forma de governar que é, a política pública é um dos modos de expressão da política, no qual se destaca a sua face pragmática, realizadora de decisões que compreendem a seleção dos problemas a tratar e as principais estratégias para respondê-los.

Nesse sentido, Capano e Giuliani (1996), asseveram que o estudo das políticas públicas acaba por se revelar uma análise da *política em ação*, permitindo examinar como se dão as novas articulações políticas no Estado de Direito, bem como as influências que ela sofre e simultaneamente exerce, na tarefa governativa.

Ademais, a elaboração de uma política pública está ligada à forma como se percebe os problemas¹⁸ e a necessidade de intervenção pública para buscar respondê-los e solucioná-los (Muller, 2018). Vê-se, assim, a importância não apenas dos aspectos de projeção e pragmático da política, mas também do seu elemento teórico, ligado às ideologias dominantes no poder e a sua influência no nascimento e desenvolvimento de uma *politique publique*. *Hic et nunc*, é possível vislumbrar que nessa seara não importa apenas a face planejadora da política, mas começa a assumir especial relevo a visão dessa como a luta pela conquista e manutenção do poder – cujo ponto alto reside no processo eleitoral que, mais do que um simples expediente técnico, pode determinar as forças políticas de um país (Soares, 1969) e constitui o momento em que a orientação das *policies* é (re)modelada, a partir de um processo em que se consegue perceber e delinear as preferências dos destinatários da ação estatal.

Nele, aqueles que pretendem ascender ao poder se apresentam aos eleitores através de um programa de governo estruturado com as principais metas a alcançar e nos setores em que pretende intervir e a forma de tal intervenção. A escolha democrática daqueles que estarão no poder por meio das eleições define tanto aqueles que terão legitimidade para tomar as

¹⁸ Como afirma Pierre MULLER (2018), todo problema que se verifica no seio social é suscetível de dar origem à uma política pública. O que é determinante para tanto são os mecanismos de inclusão de tais questões na agenda política – o que está intimamente ligado à forma como aqueles que estão no poder percebem os problemas. Com efeito, a assimilação das questões sociais e a própria relevância atribuída a cada uma delas pelos políticos pode ser fortemente transformada pela atuação da mídia e dos grupos sociais.

decisões políticas, as ideologias dominantes, e sobretudo externaliza o consenso democrático acerca das questões que devem ser objeto da agenda política e os principais traços do modo como devem ser tratadas pelo poder público (Capano, 1996).

Nesse sentido, as eleições representam também um momento de *accountability* dos grupos que estão no poder com os representados, em que aqueles apresentam os resultados das ações já empreendidas e as possíveis correções que pretendem adotar. Os destinatários das políticas, por sua vez, frente as demais propostas, decidem se *responsabilizam* o partido que estava no poder, não o reelegendo, ou *premiam-no*, com sua manutenção no poder (Capano, 1996: 309).

Nessa perspectiva, o resultado das forças políticas em jogo na luta pela ascensão ao poder através da vitória nas eleições desenharia, a partir da aprovação popular de um programa de governo frente a outros apresentados, as principais linhas da orientação das políticas públicas a serem desenvolvidas (Capano, 1996).

Não podemos deixar de acentuar que, nesse contexto, os partidos políticos exercem uma força ordenadora ao, numa espécie de integração das diferentes visões que possam existir em seu âmbito, elaborar programas que contenham propostas de soluções para os problemas típicos. E, ao fim e ao cabo, é a esse programa que o eleitor é chamado a aprovar ou não nas urnas¹⁹, numa espécie de *ordenação plebiscitária* (Soares, 1969).

No que tange à participação dos partidos políticos Paulo Otero (2007: 138) assinala, ainda, como essa vem modificando a estrutura constitucional do exercício dos poderes, ao monopolizar o cerne do sistema político e concentrar poderes decisórios cuja influência transita entre os poderes estatais e influenciam, ainda, a mídia e a sociedade, numa atuação à margem da separação dos poderes que acaba por neutralizar a independência funcional desses para realizar, através da atuação dos poderes, a vontade do partido majoritário, ou o partido governamental.

Nesse contexto, Nuno Piçarra (1986: 161) assinala que isso resulta que a realidade constitucional da separação e interdependência dos poderes é o produto da combinação do quadro de competências constitucionalmente desenhado e o sistema partidário.

¹⁹ Como uma das consequências, a responsabilidade do representante eleito acabava desviando-se do eleitor para o partido ao qual está vinculado. Cfr. Soares, 1969, p. 38.

E, na outra face da moeda, o estudo do fenômeno político através das dinâmicas verificadas no seio de uma política pública possibilita trazer sua análise para um âmbito mais concreto e captar alguns pontos cujas lentes da tradicional análise da política a partir se suas interações a nível macro podem não conseguir captar. Nomeadamente, pode-se ter uma visão mais realista sobre como se desenvolve as relações entre as estruturas políticas e aqueles que detém o poder político, como se dá o processo decisório nos diferentes níveis – e, nesse âmbito, como são tratados os diferentes problemas-objeto de políticas públicas e em que medida são deixadas de lado as ideologias e convocadas informações advindas de outras áreas do conhecimento (Capano, 1996).

No entanto, há tempos o desenvolvimento da atividade política *per si* já não se mostra suficiente para governar a sociedade e tampouco construir políticas públicas eficazes que realizem de forma satisfatória o interesse público. Ao revés, o conteúdo da atividade política tem cedido cada vez mais espaço a setores marcados pelo conhecimento científico e sido condicionado por questões econômicas na realização de suas escolhas.

2.2. A determinante econômica

O fator econômico intercepta a atividade política em diversos aspectos, em direções e densidades diferentes. Sem a pretensão de esgotar, *hic et nunc*, todas as zonas de tensão que podem se verificar na relação entre a política e a economia, apontaremos aqui, sobretudo, aquelas que se relacionam de forma mais evidente com a decisão política.

Fato é que por vezes se faz preciso tomar decisões que se relacionam intimamente com a economia, seja por esbarrar no fator da escassez, seja pelos imperativos de desenvolvimento do setor, ou pela necessidade de regulação e organização da atividade econômica. Note-se, a esse respeito, a relação traçada por Suzana Tavares da Silva (2014: 188) entre a alteração do paradigma econômico com a própria mudança do paradigma da ação estatal.

A discricionariedade das decisões políticas na realização de escolhas para governar uma comunidade por vezes se vê diante de bens materiais escassos, tais como recursos financeiros e bens naturais exíguos – o que não poucas vezes gera tensões entre a limitação

econômico-financeira do Estado e realização de direitos em toda sua extensão e profundidade.

Ademais, a concretização de direitos, sobretudo aqueles ligados à socialidade por meio de políticas públicas é intimamente dependente dos recursos econômicos, bem como na necessidade de conciliar a necessidade de desenvolvimento com os imperativos de sustentabilidade (Loureiro, 2010). Outrossim, o próprio Estado Social é uma realidade enrustada na economia (Tavares da Silva, 2014: 187).

A escassez, caracterizada como a discrepância entre aquilo que se deseja realizar e os bens disponíveis para tanto (Loureiro, 2013), deve ser encarado de frente pelas decisões políticas, para essas que sejam de fato concretizáveis e eficazes, bem como informem a ação pública de forma alinhada ao desenvolvimento economicamente sustentável e à realização de direitos. Tenha-se como exemplo os cenários de crise econômico-financeiras que demandam a alteração de políticas por vezes já consolidadas, como se pode verificar no contexto entre os anos de 2010-2014 em Portugal.

A esfera econômico-financeira constitui, assim, um importante fator de ponderação para as decisões políticas, sobretudo no tocante àquilo que é possível realizar num quadro em que se se garanta a eficácia e a continuidade das políticas e, sobretudo, a sustentabilidade do referido setor e das medidas adotadas – cuja exigência não se restringe ao contexto socioeconômico em que a decisão é tomada, mas possui uma dimensão intertemporal, de modo a realizar a justiça intergeracional. Esse caracteriza-se como um princípio constitucional de caráter multidimensional (Loureiro, 2010), que se alastra pelos mais diversos setores, tais como o econômico-financeiro, ambiental e social e se realiza, sobretudo, através da sustentabilidade desses. E, nessa medida, a sustentabilidade econômico-financeira²⁰ das decisões políticas são, também, concretizadoras da justiça intergeracional (Tavares da Silva, 2014: 199).

Tais exigência convocam, então, decisões com base em critérios de eficiência com vistas a lidar com a escassez dos recursos e, ainda, promover a otimização do bem-estar, a partir de escolhas dos meios – que para além de adequados, proporcionem os melhores resultados a partir do menor sacrifício, numa análise de custo/benefício das escolhas (Tavares da Silva,

²⁰ João LOUREIRO (2010) e Suzana TAVARES DA SILVA (2014) esclarecem que, embora a sustentabilidade seja um conceito associado ao domínio ambiental, esse também possui hoje dimensões sociais e econômicas.

2009). Note-se que o imperativo da eficiência começa, já aqui, a reduzir a margem de decisão quanto aos meios adotados, obstaculando a realização de escolhas meramente ideológicas.

Mais do que um princípio informador da atividade pública, o princípio da eficiência no âmbito do NDA ganha novos traços, assumindo também a condição de mecanismo de controle da atuação administrativa (Vale, 2007b), notadamente como uma das dimensões concretizadoras do princípio da proporcionalidade, inserida no teste de necessidade da medida adotada (Tavares da Silva, 2009: 4).

Com efeito, a realização das metas estabelecidas numa política pode ter a economia como objeto ou, ainda, demanda a utilização das finanças públicas e o recurso a técnicas de administração econômica para a melhor realização dos objetivos políticos (Prosser, 2014) – o que evidencia a interação entre política e economia.

Como visto, as dimensões da economia condicionam e direcionam as decisões políticas, atuando como um guia da ação pública. Nessa seara, e associado à constatação da necessidade de interpenetração do Estado e da Economia, e a necessidade de intervenção daquele na esfera econômica através de ações pautadas por objetivos (Morais, 2012) emerge o conceito de Constituição Econômica, consubstanciada no conjunto de princípios-chave e normas para a gestão econômica – que não se esgota naqueles constitucionalmente positivados -, e no desenho constitucionalmente elaborado do sistema econômico do Estado, que visam, assim como uma Constituição, estabelecer as principais instituições econômicas e mapear a ação pública no tocante a economia.

Assim, a Constituição Econômica contribui para o desenvolvimento e a implementação coordenada das políticas públicas e, simultaneamente, impõe limites às alterações dessas, sobretudo no âmbito da leitura mais recente que essa realidade recebe, que inclui na dimensão da Constituição Econômica um conjunto particular de políticas do Estado com vistas a manter a confiança dos negócios econômicos através de um clima consistente para investimento (Prosser, 2014).

2.3. A influência do elemento técnico

A *sociedade do conhecimento*, fruto do vertiginoso desenvolvimento técnico-científico que vem sendo experimentado pela sociedade, sobretudo após a 2ª GM – e que alcança dimensões antes inimagináveis em tempos da palpitante 4ª Revolução Industrial - é marcada pela produção do saber em grande escala, conhecimentos acentuadamente especializados que, no entanto, veem-se também cada vez mais interligados

Da mesma forma que as *policies* já não podem ser pensadas em termos estritamente estaduais, não devem responder também apenas o *aqui e o agora*. No mundo globalizado, a política insere-se num espaço também global e num contexto de ações voltadas para o futuro e cujos reflexos de seu desenvolvimento no presente são permeados pela ideia de risco. Um risco que, como alerta Giddens (2011), já não é circunscrito ao espaço geográfico ou temporal e tampouco pode ser utilizado como sinônimo de perigo – como a expressão era cunhada nos séculos XVI e XVII -, mas marcado por uma ampla esfera de situações de incerteza: por exemplo, quanto *ao que* pode acontecer, *com que dimensões* e *quais possíveis impactos*. O risco, aliás, é característico de sociedades voltadas a moldar o futuro a partir de ações empreendidas no presente (Giddens, 2011) – o que pode ser levado a cabo, sobretudo, através de planos e programas. Uma ação que tanto pode ser criadora de um *risco fabricado*, como empreendida para minorar ou prevenir seus efeitos malignos no futuro.

No entanto, como ensina Jean-Pierre Dupuy (2002) *é preciso conhecer o futuro para dominá-lo*. É imperioso antever o que pode acontecer para discernir quais ações precisam ser empreendidas no presente. Igualmente, conhecer os possíveis riscos e efeitos da ação que se pretende empreender bem como a melhor forma de a executar é essencial para realizar escolhas mais acertadas e com diminutos efeitos colaterais²¹.

Governar a sociedade passou, então, a exigir um *know-how* aprofundado e específico para saber *o que* fazer e *como* fazer acertadamente (Garcia, 2007). Passou a requerer, assim, decisões pautadas num conhecimento seguro acerca da realidade que circunda a ação pública. Ora, esse necessário discernimento reside na esfera do conhecimento técnico-científico inerente a cada domínio de atuação e na sua capacidade de realizar juízos de

²¹ V. ARAGÃO (2005).

prognose acerca das possibilidades futuras, mas voltados à ação presente viabilizando, assim, a sua antecipação relação aos acontecimentos danosos – ou mesmo catastróficos – e rasgando caminhos para a realização de ações voltadas a *moldar* a realidade de forma a evitá-los ou a minorar seu efeitos (Garcia, 2007).

Em contrapartida, verifica-se, também, que a produção progressivamente especializada do conhecimento produz, também, o fenômeno da ignorância em relação àqueles que não estão inseridos nas esferas onde é desenvolvido – que inevitavelmente atinge os decisores políticos ante a impossibilidade de domínio dos conhecimentos (Garcia, 2009).

Faz-se necessário, então, estabelecer um diálogo entre os decisores políticos – em regra, *homens não técnicos* (Roszak, 1971: 23), com peritos bem preparados, detentores do discurso científico. Esse é marcado pela objetividade, uma vez que definido a partir de verificações empíricas da realidade, que independem de considerações subjetivas para sua existência (Roszak, 1971: 242). Um discurso dirigido a alertar, abrir caminhos (Garcia, 2007) e escrutinar o leque de possibilidades para indicar as opções mais adequadas.

Assim, em outras palavras, escolher o que deve ser objeto da ação pública, quais são os objetivos a serem alcançados em determinado setor está intimamente ligado não apenas à compreensão *dos movimentos da sociedade em movimento* (Garcia, 2009) em que a ação se insere, mas progressivamente também à leitura e à interpretação da realidade efetuada através das lentes da ciência, *i. e.*, dos detentores do saber científico que possuem aptidão para realizar tal avaliação.

Tenha-se em mente as ações levadas a cabo na gestão do litoral. Uma possível alteração no planejamento urbano em razão do avanço do mar é empreendida a partir dos alertas advindos de detentores do conhecimento técnico-científico e deve levar em consideração seus juízos de prognose empiricamente fundamentados para guiar as concretas alterações no plano diretor urbano.

Na sequência, a seleção dos meios de acordo com juízo de proporcionalidade vista em suas três componentes para a prossecução desses objetivos deve estar alicerçada numa avaliação científica que conjuga os resultados das experiências anteriores e os impactos futuros da ação (Aragão, 2005). Com efeito, o avanço do conhecimento técnico-científico amplia a dimensão do *possível*, com o aumento do leque de opções capazes de conduzir ao fim que

se pretende. Por conseguinte, a tarefa de realização de escolhas tem se revelado cada vez mais complexa e, a responsabilidade que lhe é inerente reclama progressivamente o domínio de um saber próprio dos setores em que se inserem de tal modo que o conhecimento técnico-científico já não se pode dissociar dos programas de ação pública e se faz presente em todas as suas fases. A definição de *como* realizar e *do que utilizar*, portanto, está cada vez mais condicionada a juízos técnico-científicos.

Assim, a ação pública requer, simultaneamente, a atuação dos detentores de saber científico no auxílio às decisões políticas ante a necessidade de concentrar-se na eficaz realização do fim que se pretende e, na definição estratégica para alcançá-lo – e inclusive no estabelecimento das metas a serem alcançadas para tratar determinado problema - a de preencher lacunas de conhecimento e reflexão acerca dos diversos setores sociais, cujo conhecimento revela-se indispensável à adequada formulação das políticas públicas – desde a fixação dos objetivos a serem alcançados, passando pelo seu desenvolvimento estratégico e a articulação dos meios adequados, para se conseguir, então, sua eficaz concretização.

Entretanto, essa demanda por decisões públicas cientificamente alicerçadas pode conduzir à diminuição da importância da democracia representativa (Garcia, 2009) e esconde, ainda, o perigo do governo da sociedade passar a ser o *governo dos técnicos*, pautados em discursos cuja objetividade acaba por conferir traços despóticos em razão das vestes de incontestabilidade ostentadas pelos seus juízos empiricamente fundados e, sobretudo, externalizados sob formas e linguagens técnicas, dificilmente compreendidas por *homens não técnicos* (Canotilho, 1972).

Indispensável destacar, no contexto ora apresentado, que o auxílio técnico às decisões e aos atos de autoridades públicas através de comitês técnicos criados para esse fim, já é uma realidade.

No ambiente comunitário possui notoriedade a prática da comitologia, termo utilizado para designar um esquema de coordenação horizontal que permite o apoio técnico aos atos de

execução das decisões por estruturas externas à organização administrativa comunitária, compostas por especialistas de todos os países da UE²² (Tavares da Silva, 2010: 53)

Trata-se de uma prática institucional própria do direito da UE, verificada desde a década de 1960, que tem lugar nas relações entre o Conselho e a Comissão, quando um ato legislativo da UE atribui a essa instituição competências de execução (Calvão da Silva, 2019: 230). Sua mobilização, entretanto, é facultativa. Ainda assim, hodiernamente, no contexto de administração multinível na UE a comitologia integra o coração das interações entre os Estados e a União (Calvão da Silva, 2019: 230) e vem sendo progressivamente pelo fenômeno da agencificação, atendendo às exigências de harmonização de critérios técnico-científicos em determinados setores que exigem uma atualização permanente se seus instrumentos de aplicação (Tavares da Silva, 2010a: 79).

2.4. Balanço atual: a política determina as políticas públicas?

O fato das *policies* determinarem a forma como a política é realizada foi suscitado por Lowi (1972) quando da formulação da sua tipologia das políticas públicas. Contudo, para além da forma de coerção, abordada pelo referido autor, adotar decisões e práticas que buscam gerir a um só tempo o presente e o futuro – com todos os riscos que lhe são inerentes -, sem dúvidas acarreta mudanças nos próprios códigos da atividade política.

Assim, da arte que antes valorizava a performance retórica, a política agora tende a ser impulsionada e se desenvolver tendo em vista a performance prática de suas deliberações – isto é, a eficácia das decisões, ponto crucial que, mais do que nunca, faz apelo a elementos e conhecimentos técnicos e econômicos em suas deliberações (Vale, 2007b).

²² CALVÃO DA SILVA (2019: 235) sublinha que a presença de um representante de cada Estado membro na composição dos comitês permite que os Estado também acompanhem e, de certa forma, integrem o processo de execução dos atos normativos da UE – que via de regra cabe aos Estado e hoje, com o Tratado de Lisboa, é em regra atribuído à Comissão quando são necessárias condições uniformes de atos juridicamente vinculativos, ao abrigo do art. 291º/2, TFUE – possibilitando uma considerável influência desses no conteúdo final do ato, favorece o aprofundamento mútuo da confiança entre os Estados e as instituições comunitárias, funcionando como uma arena supranacional de projeção de interesses dos Estados Membros no seio de um foro de expertise, que dessa forma valoriza resolução de questões de matriz técnica a partir de soluções deliberadas.

A complexidade estrutural da sociedade traz grandes dificuldades à capacidade das decisões políticas pautadas puramente nas especulações e crenças teóricas, ainda que combinadas com os *inputs* sociais, de gerir a sociedade e de desenhar estratégias de intervenções adequadas e, por conseguinte, de produzir políticas eficazes. Essa dificuldade dos representantes, de oferecer respostas profícuas às exigências dos representados reduz a legitimidade das decisões e constitui um indicador objetivo de ingovernabilidade (Aragão, 2005). Assim, a necessidade de acurácia dos resultados tem provocado mudanças na forma de elaborar as políticas públicas, de tal modo que a sua elaboração de políticas públicas já não pode se relacionar apenas com a política e com as ideologias e os jogos de poder a ela inerentes, mas também – e cada vez mais – com o conhecimento.

Note-se, já aqui, as alterações substanciais na legitimidade do poder que é de fato exercido: a legitimação do poder através das eleições já não é suficiente. Ela necessita de ser constantemente renovada e reforçada através da capacidade de respostas eficazes às exigências contextuais e através mecanismos como *accountability* e a participação, que devem estar presentes tanto na formação da decisão como na sua execução (Garcia, 2009; Tavares da Silva, 2017b)

Dessa forma, hoje dificilmente se vislumbra uma *decisão política* que ao mesmo passo seja *acientífica*. Ressalte-se, entretanto, que o esteio científico da decisão política que aqui nos referimos, não constitui, em si, razão da legitimação decisória, como acontecia na *República* de Platão, muito embora da base científica já não possa se privar (Garcia, 2007: 26).

Soma-se a isso a globalização – com o conseqüente o aprimoramento de relações interestaduais, o estabelecimento de objetivos transfronteiriços, bem como a emergência de interesses transfronteiriços - e os fenômenos da escassez dos recursos condicionam cada vez mais as decisões políticas à esfera econômica e às dinâmicas que essa é capaz de impulsionar – que conduzem, ademais, à própria mudança de paradigma estatal.

Do que resulta a necessidade das decisões “políticas”, além de ter arrimo científico, apresentarem coerência com o cenário cosmopolita em que se inserem e atenderem aos objetivos traçados também a nível internacional. Devem, ainda, realizar escolhas racionais e eficientes, sob pena de prejudicar a efetividade daquilo que se compromete a realizar no presente e, sobretudo, a autonomia das gerações futuras.

Tal quociente evidencia, assim, a necessidade de diálogo entre os saberes na realização de decisões, escolhas e atos concretizadores de justiça (Garcia, 2007), e reduz a margem para decisões político-teóricas - muito embora não se possa evitar a “manifestação política”, isto é, o debate e o pronunciamento de políticos sobre as matérias, sobretudo com o discurso marcado por ideologias e os aspectos da política (Pereira Menaut, 2015) tal não significa que as deliberações realizadas sejam dotadas de caráter eminentemente teórico-político.

Simultaneamente a essa nova configuração que a decisão política deve assumir, assiste-se à progressiva influência das decisões tomadas por atores que não pertencem estritamente ao quadro da atividade política estadual, desde logo pelo esmaecimento das fronteiras estatais e a crescente influência (ou mesmo a reprodução, como se verifica muitas vezes no quadro europeu) das decisões tomadas no âmbito transnacional nas deliberações políticas estatais, e pela necessidade de gestão do risco e da complexidade – o que acarreta a proliferação de decisões tomadas por instituições não democráticas, como as Agências Reguladoras²³ e o influxo destas nos rumos das *policies*, além da recondução do processo decisório a atores sociais através dos esquemas de *governance*. Tais fenômenos conduzem a uma nova cultura política e à própria recompreensão da atividade política (Moniz, 2017: 23).

Assim, o exercício da política nas políticas públicas como o espaço de identificação de problemas e a qualificação desses a partir da dimensão teórica da política cede espaço para a constatação de fenômenos que possam constituir riscos e à luz dos saberes científicos, devem ser tratados, sem perder de vista os interesses em causa. Semelhantemente, a busca de soluções a partir da harmonização das diferentes ideologias também dá lugar a um espaço de articulação dos diferentes saberes científicos com vistas a traçar as possibilidades de ação diante dos interesses em causa e após a verificação dos aspectos econômicos das opções (Garcia, 2007, p. 344). De tal modo que a política acaba por ser mais um espaço para a absorção dos contributos do saber acerca do que é preciso fazer e como fazer, também orientada e condicionada pelos fenômenos econômicos e das dinâmicas que se verificam em seu interior, e a harmonização desses através da externalização da decisão política, do que propriamente um *locus* para debates teóricos,

²³ Como acentuado por João Nuno CALVÃO DA SILVA (2019), embora as deliberações dessas entidades careçam de legitimidade democrática, a legitimidade de suas decisões decorre da transparência procedimental.

consoante crenças e ideologias que protagonizariam a ação pública – muito embora, ressalte-se, essa dimensão não tenha de todo sucumbido.

3. DIMENSÕES JURÍDICAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No Estado de Direito, é inconcebível uma ação pública que se dê fora dos quadros desenhados pelo sistema jurídico vigente. Nesse sentido, muito embora a atividade política continue sendo uma atividade livre, encontra agora algumas balizas que dizem respeito sobretudo à necessidade de seu exercício dentro dos limites colocados pelo direito, de modo que as decisões políticas sejam, também, dotadas de juridicidade. A política passa a estar, então, contida e conformada pelo Direito. Por conseguinte, as políticas públicas possuem também uma ineliminável dimensão jurídica que, *hic et nunc*, cumpre esclarecer.

Se, com Pereira Menaut (2015) temos que a política por vezes se revela como uma relação entre elementos em tensão, pode-se, em síntese, afirmar que na tensão entre a liberdade política e o Direito – notadamente no âmago do Estado de Direito -, esse atua como uma força centrípeta que busca impedir que o exercício do poder político escape dos quadros de juridicidade e, assim, a liberdade de escolha inerente à política não se resvale no exercício de um poder arbitrário, mas caracterize-se como um poder discricionário (Castanheira Neves, 1995b).

O Direito, em toda sua juridicidade – que não se esgota nas normas e princípios positivados (Moniz, 2016) –, é o farol que ilumina as possíveis direções a serem tomadas, ao mesmo passo em que ordena o caminho sobre os quais as políticas marcham e baliza as escolhas realizadas ao logo dele. É, assim, o elemento onde essas devem sempre encontrar sua direção última e o fundamento de validade de seus atos e decisões.

Além disso, as políticas públicas constituem-se num meio jurídico-político de dizer o direito quando, através de interpretações constitucionais – realizadas não apenas pelo governo e pelo legislador, mas também pela Administração Pública, haja vista o reconhecimento do *administrative constitutionalism* - e da realização de escolhas densifica o conteúdo de princípios jurídicos e de direitos.

At last but not the least a imperiosa convocação de uma atividade criativa e de soluções inovadoras na condução do processo de políticas públicas com vistas a alcançar os objetivos de forma eficaz, valoriza sobremaneira a atividade de desenvolvimento do direito (Bucci, 2013), seja na criação do direito – em que ganha destaque a que não se limita à *criação* de normas jurídicas, mas encontra lugar de destaque na densificação de preceitos jurídicos através da sua atividade interpretativa -, bem como na evolução e criação de mecanismos jurídicos arrojados para alcançar os fins a que se propõe, contribuindo para a evolução de um direito pautado em silogismos e no princípio da legalidade, para um direito flexível e assente na persuasão e influência de comportamentos, cujas formas de ação já não se subsumidas da lei bem demonstra Charles-Albert Morand (1999).

Com isso, as *policies* continuam tendo essência política. Mas deixam de ser exclusivamente formada pelo elemento político e suas interações com outros setores, para apresentarem também uma face jurídica, que direciona e modela o processo decisório e de condução das políticas públicas.

3.1. Cartografia jurídica das políticas públicas

Como forma de governar a sociedade que constitui um modo autônomo de ação pública, logo se vê, no *mapa do direito*, o evidente posicionamento das *policies* – e de seu estudo – no seio do Direito Público, especificamente nos ramos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Sem dúvida, as *policies* constituem matéria de interesse para as várias ramificações do Direito Público, mas é nas duas grandes áreas supramencionadas que encontra sua âncora.

Ora, a Constituição é o *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves, 1995a), que ao se ocupar da organização do poder político e das competências materiais e procedimentais inerentes a cada órgão que o compõe, traça as linhas mestras das políticas públicas²⁴.

Além disso, nas constituições dirigentes e compromissárias, também é possível encontrar diretrizes dos objetivos a serem realizados e da forma como a política pública deve ser

²⁴ Marcello CAETANO (2015) inclusive designa o Direito Constitucional, enquanto ramo jurídico que regula diretamente a política e a limita, por Direito Político.

executada, com o estabelecimento de um *programa constitucional* que delinea os contornos do *projeto arquitetônico da sociedade* dentro do qual são desenhados pelos atores políticos os projetos e programas governamentais.

No âmbito dessas constituições, a política pública também se revela como uma das principais formas de realização dos compromissos constitucionalmente assumidos e da realização dos direitos ali consagrados.

Dessa forma, o estudo das *politiques publiques*, numa escala mais ampla do que aquela que se prende à compreensão do fenômeno político, permite apreender melhor o próprio desenrolar da atividade estatal e clarificar as dinâmicas de ação dos diferentes poderes - o que pode explicar o fenômeno referido por Bercovici (*apud* Vale, 2007a: 258), consistente na migração de estudos sobre a ação do Estado para análises cujo eixo centra-se nas dinâmicas das políticas públicas.

Entretanto, as políticas públicas não se limitam ao âmbito do Direito Constitucional. Ao revés, é no âmbito do Direito Administrativo que tem ganhado proeminência. Trata-se do ramo do direito público que se ocupa da regulação da função materialmente administrativa²⁵ e das relações jurídicas administrativas desenvolvidas em razão do seu desempenho (Freitas do Amaral, 2007: 19), através de um sistemas normativo destinado à racionalização dos poderes públicos de autoridade, seus regimes jurídicos e meios de controle e fiscalização, bem como à determinação dos interesses públicos a serem realizados e tutelados (Vieira de Andrade, 2018: 14).

Assim, a intersecção entre as políticas públicas e o Direito Administrativo ocorre através do estabelecimento da organização e dos mecanismos de controle da função administrativa de gestão e coordenação, que ganha protagonismo quando o assunto é política pública. Nessa esfera, a *preocupação* do Direito Administrativo centra-se na efetividade das medidas adotadas, que acabam por condicionar a eficácia das próprias políticas - tendo sido essa, inclusive, a janela que propiciou a análise das *policies* sob a ótica jurídica (Vale, 2007a). Aqui os pontos de ordem relacionam-se, então, com a busca de novas formas de

²⁵ Sublinhe-se, entretanto, que o Direito Administrativo não esgota toda a matéria da atividade administrativa. Por vezes, no exercício dessa, se faz necessária a fuga para institutos do direito privado que, entretanto, são aqui utilizados em consonância com os princípios administrativos. Nesse sentido, segundo Paes Marques, 2011: 69, esses dois ramos do Direito não devem ser vistos como *sistemas estáticos*, mas como *duas massas jurídicas flexíveis e interdisciplinares* cujos adjetivos podem ser potencializado pela AP.

desenvolvimento, gestão e coordenação das políticas capazes de conferir maior eficiência e eficácia à ação pública. – preocupação que constitui a essência do *new public management*, da boa administração, da boa governança, da reforma da administração pública e do novo direito administrativo.

Afora os demais ramos do direito público que se interessam por essa autônoma forma de ação estatal, tais como o direito econômico, fiscal, da saúde, da segurança social, entre outros – que não deixam de estar cobertos pelo *guarda-chuva* do direito constitucional e administrativo – releva sublinhar o reconhecimento de um *direito das políticas públicas*. Esse representa um novo paradigma ainda não totalmente delineado, em que o direito, movido pelo imperativo de eficácia das *policies* e pela necessidade de ser produtor de sentido na sociedade, afasta-se das suas tradicionais formas de *comando e controle*, rígidas, hierárquicas e excessivamente formais, para adotar agora formas mais flexíveis, fluidas, mas que acabam por se revelar também mais complexas e imprevisíveis, ao mergulhar nas dinâmicas relações sociais para tentar compreendê-las e guiá-las (Morand, 1999: 189). Um direito que é encontrado a partir da *escavação* das tradicionais regras que regem a atuação estatal (Soares, 1969), que possibilita a constatação de um material jurídico fluido capaz de acompanhar a dinamicidade exigida das novas formas de ação pública – que também se revelam formas de produção do direito –, conferindo juridicidade a essas e, inclusive, segurança e confiança num ambiente marcado por imprevisibilidades. Um direito encontrado nas bases do direito que rege a atuação estatal, formado sobretudo por princípios jurídicos e direitos (Garcia, 2009).

3.2. O Direito como fundamento das Políticas Públicas

A impossibilidade, no contexto do Estado de Direito, da ação pública escapar do quadro jurídico, e a necessidade de se movimentar no sentido de realizá-los, leva-nos a questionar qual seria o fundamento jurídico das *policies*, que as alicerçam, estimulam e direcionam.

De fato, o aspecto mais evidente a demandar a criação e o desenvolvimento de políticas públicas é a necessária realização dos fins da comunidade, como o desenvolvimento, bem como a realização e a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais.

Parte da doutrina, notadamente Luis Meneses do Vale (2007a: 256), Maria Paula Bucci (1997: 90), Marília Lourido dos Santos (2006: 76) e Leonel Ohlweiler (2007: 273), afirma residir o fundamento jurídico das políticas públicas na necessidade de prestações positivas do Estado para a realização de direitos, possivelmente influenciada pela *marca de nascença* das políticas públicas, assente na necessidade convocar essa ação planejadora para viabilizar a realização de direitos sociais verificada nos primórdios da ação pública sob essa natureza, aliada à positivação desses direitos sob a forma de normas constitucionais programáticas.

De fato, no âmbito de constituições dirigentes é evidente o desenho das primeiras linhas de políticas públicas através de normas constitucionais programáticas que convocam a atuação dos órgãos públicos de soberania para a realização dos compromissos assumidos através de uma atividade essencialmente prestacional (Canotilho, 1994a). No entanto, acreditamos que tais características não são aptas a qualificar tal espécie de normas e tampouco a necessidade de prestações públicas como fundamento jurídico das políticas, em virtude de algumas características sobre as quais nos debruçaremos agora.

Inicialmente, há para a possibilidade de formulação de políticas públicas dissociadas de prestações positivas pelo setor público ou ligadas apenas a direitos sociais. Basta ter em mente, por exemplo, as políticas desenvolvidas nos domínios de interesse econômico e geral, em que é possível vislumbrar uma ação pública predominantemente de coordenação, garantia e de orientação. Lembre-se, ainda, das políticas formuladas no domínio econômico europeu, notadamente a política de concorrência e a política comercial comum europeia, que em síntese visam estabelecer balizas à atuação das empresas e dos Estados para que, ao fim e ao cabo, o mercado funcione da melhor forma.

Soma-se a isso os novos paradigmas da ação estatal em que as novas vestes da ação pública não são completamente identificáveis com o Estado Prestador. São, antes, apanágio do Estado Garantidor - no qual o Estado assume a responsabilidade de assegurar a realização desses direitos, numa posição de garante e não através de prestações diretas (ao fim e ao cabo, ressalta a função coordenadora, e não necessariamente prestadora, do Estado através das políticas públicas)²⁶ -, e do Estado Incentivador.

²⁶ Sobre a passagem do Estado Prestador para o Estado Garantidor, v. Suzana TAVARES DA SILVA, (2014: 180-231) e João LOUREIRO (2010: 90-99), ressaltando não significar esse novo paradigma no

De se considerar, ainda, a realização de políticas públicas em países onde não há uma constituição dirigente como nos sistemas de *common law*. Tenha-se em mente, inclusive, que os estudos sobre as políticas públicas tiveram início nos EUA, com *Lasswell*, na década de 1930 (Muller, 2018). A realização das *policies* em tais contextos expressa que o fundamento jurídico das políticas públicas assentar apenas na realização de direitos constitucionalmente assegurados, seja de índole social, econômica, cultural, e tampouco em normas programáticas, demonstrando não ser a constituição dirigente uma condição *sine qua non* para a existência de políticas públicas²⁷.

At last but not the least, a necessidade de realização de políticas estaduais de forma concertadas com objetivos e políticas transnacionais, bem como a elaboração de políticas transfronteiriças e globais também contradizem o paradigma doutrinário de que o fundamento das políticas públicas assenta na existência dos direitos sociais e na necessidade de sua realização através de prestações positivas do Estado.

Retomando o que já fora dito, as *policies* constituem uma forma de ação pública cuja marca planejadora e coordenadora advém da própria necessidade de gerir questões complexas cujas dimensões são temporal e geograficamente vastas. Seu fundamento jurídico é, portanto, o fundamento da ação pública *lato sensu*.

Tais constatações, aliada ao fato de a juridicidade não se esgotar nas normas e princípios positivados e tampouco na constituição (Castanheira Neves, 1995a; Moniz, 2017), evidencia ter a realização de políticas públicas a sua pedra-angular no interesse público que, pese embora a dificuldade de sua aferição diante da multipolaridade de interesses cosmopolitas, continua identificando-se com o bem comum e orientando-se para a realização de uma ideia de justiça comunitária (Vieira de Andrade, 1993: 276), segurança e bem-estar²⁸.

desaparecimento do Estado Social, mas na realização desse a partir de novas formas de acordo com o paradigma econômico.

²⁷ Uma constituição dirigente como condição anterior à existência de políticas parece ser advogada por Leonel OHLWEILER (2007: 275).

²⁸ Sublinhe-se, aqui, a emergência de um conceito de *interesse público global* que também deve orientar as políticas públicas, e cujo conteúdo – ainda embrionário – assenta sobretudo em três pilares: os direitos fundamentais, o ambiente e (o combate à) corrupção. v. Suzana TAVARES DA SILVA (2017:137-138)

3.3. O Direito como baliza da ação pública

O Estado de Direito fora concebido sob a égide de limitação jurídica do poder, com vistas a evitar o arbítrio e assegurar as esferas de autonomia e liberdade dos cidadãos e, simultaneamente, um ambiente de segurança que possibilitasse o desenvolvimento dessas esferas (Novais, 2014). Notadamente sob a ótica dos movimentos constitucionalistas, o ideal desse novo paradigma foi projetado nas primeiras constituições escritas - as *leis supremas*, que cuidavam de conferir *forma* à comunidade política (Amaral, 2012a), e controlar o exercício do poder político - a partir de uma técnica jurídica consubstanciada, essencialmente, na garantia de um núcleo de direitos e liberdades fundamentais oponíveis ao Estado, bem como na organização do exercício do poder em instâncias distintas (Amaral, 2012a)²⁹. Agregava, então, os membros de uma comunidade em torno de dois postulados-chave que representaram uma ruptura com a forma de exercício do poder até então verificada. São eles a separação dos poderes e a dignidade da pessoa humana (Tavares da Silva, 2014: 81).

No entanto, a ideia de limitação do poder pelo Direito começou a ser progressivamente lida como limitação daquele a partir dos elementos formais desse – notadamente a lei, já que nela era possível encontrar o grau de certeza e segurança jurídica almejado. O Estado de Direito – assente numa construção material, em que um conjunto de valores jurídicos se opunha ao Estado - passou a ser confundido com o Estado que age na *forma* do Direito, um Estado de Legalidade. Esse forneceu as condições ideais para o desenvolvimento do princípio do primado da lei, segundo o qual o Estado não poderia intervir nos direitos constitucionalmente assegurados se a sua ação não estivesse alicerçada numa lei geral e abstrata pré-existente (Piçarra, 1986: 151). Um Estado de centralidade da lei que, além de contribuir para a - hoje ultrapassada - supremacia do parlamento no contexto da separação de poderes e enrijecia a atividade dos órgãos destinados a aplicação do Direito, tornando-a mera execução da lei sem grandes margens de adaptabilidade às peculiaridades dos contextos em que essa aplicação se inseria.

²⁹ Por essa razão, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assevera, em seu artigo 16, que não há constituição onde não há garantia dos direitos e separação dos poderes.

No entanto, a emergência do modelo social de Estado, que agora é convocado a adotar uma postura mais ativa e intervencionista que outrora, numa sociedade que contudo também vai se revelando mais plural e complexa, além de resgatar o direito material que é solicitado a realizar e cuja intenção vai implicada em sua ação, revela também as insuficiências da lei, de caráter geral e abstrato, como *direito duro* para regular a vida da sociedade, por não lograr êxito em se adaptar às suas dinâmicas e se afastar cada vez mais das exigências da sociedade e acabar perdendo a sua força condutora (Garcia, 2009:39), contribuindo decisivamente para a quebra do paradigma da legalidade (Novais, 2014).

Assim, a visão do direito como sinônimo de lei acaba por constituir um verdadeiro limite à ação estatal sobretudo por engessar essa ação e dificultar sua adaptação às situações a que é chamada a regular. Ao contrário o Direito, visto não apenas na *legalidade*, mas em toda sua extensão e sobretudo na sua constitucionalidade e, ainda mais além, em toda sua juridicidade permite a fluidez da ação ao mesmo tempo em que a enforma e confere significado a essa (Garcia, 2009).

A progressiva quebra do paradigma da centralidade da lei permite, desse modo, retirar as *escamas dos olhos* e enxergar a centralidade do direito material, possibilitando a percepção de que a própria lei só é válida e dotada de poderes regulatórios se estiver em conformidade com os princípios jurídicos que refletem e lhes conferem sentido e validade. Assim, a própria ação estatal é vinculada, limitada e informada pelo direito também em sua dimensão material – em que se incluem os princípios jurídicos normativos e valores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a justiça -, que além de balizarem a ação pública, convocam-na a realizar o sentido material do direito³⁰.

3.4. O Direito como o caminho da ação político-institucional das políticas públicas

Uma das principais formas de limitar e moderar o poder no Estado de Direito, a fim de evitar seu uso arbitrário e assegurar a segurança jurídica é através da repartição de competências, com uma estruturação do poder político por vários polos (Piçarra, 1986: 148) – preocupação medular do princípio da separação e interdependência dos poderes.

³⁰ Nesse sentido, v. MONIZ (2017).

O princípio em voga busca, então, como forma de prevenir a concentração no mesmo órgão ou pessoa de poderes ou funções, o que poderia resultar em práticas de abusos de poder, distribuir e organizar as funções do Estado entre os seus órgãos de soberania (Canotilho/Moreira, 2010: 45), e realizar a distribuição de competências entre eles consoante a verificação de sua posição mais favorável, em razão de sua estrutura, para a realização de determinada atribuição.

Nesse sentido, então, o princípio da separação dos poderes identifica-se com o desafiador binômio *racionalidade-racionalização* dos poderes e funções constitucionais, uma vez que o princípio visa racionalizar, isto é, organizar os poderes e definir os direitos, e o fazer com racionalização – o que remete à necessidade de ordená-los de modo a buscar a eficiência no exercício dos poderes, bem como à possibilidade de determinação de responsabilidades (Esteves, 2001: 19-20).

Dessa forma, a separação e interdependência dos poderes materializa-se em cada Estado a partir da arquitetura constitucionalmente desenhada da forma de governo e da ordenação das competências dos órgãos de soberania, com a atribuição de funções e tarefas a cada um deles, dos respectivos procedimentos que devem levar a cabo, da responsabilidade que lhes é atribuída e dos instrumentos de controle interorganicamente estabelecidos (Piçarra, 1986: 156). Desse modo, a solução de questões concretas atinentes à delimitação de competências deve ser levada a cabo com a concreta ordenação constitucional dos poderes (Piçarra, 1986: 187) – não por outra razão, o art. 111º/1, CRP, assinala o dever de observância, quanto aos órgãos de soberania, da separação e interdependência *estabelecidos na Constituição*.

Assim, como frisado no AcTc 24/98, o princípio da separação de poderes assume hoje uma dimensão essencial do Estado Democrático de Direito, dada sua nuclear relevância para a organização constitucional dos poderes e a definição da comunidade política.

Sua evolução, intimamente relacionada com a transmutação das funções do Estado, assinalada pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social, já não permite sua leitura como a operação de uma divisão das funções do Estado – a se revelar como uma verdadeira separação -, com vistas a assegurar a limitação do poder estatal e a sua intervenção mínima, mas conduz também à maior dinamicidade da distribuição das funções entre os órgãos de soberania de modo a evitar a concentração do exercício de

determinada função em um só órgão, bem como propiciar o controle interorgânico dos atos de soberania (ou seja, a divisão e a interdependência dos poderes – tal e qual consagrado no art. 111, CRP) e, já agora, assumem um viés de *limitação-racionalização*, diante do alargamento das funções estatais e a necessidade de sua intervenção positiva (Piçarra, 1986). O modelo mecanicista de contenção do poder cede, então, lugar a um conjunto de prescrições de boa ordenação da disposição do poder no Estado e das formas políticas de decidir (Esteves, 2001: 23) – mais do que nunca, a partir de uma complementaridade entre as funções dos órgãos políticos de soberania.

O princípio da separação e interdependência dos poderes impõe, assim, a atuação coordenada e cooperada dos órgãos estatais com a intervenção conjunta de diversos órgãos, na realização de um mesmo ato, embora em momentos distintos – como na necessidade de promulgação, pelo PR, de ato legislativo emanado pela AR como forma de controle objetivo da atuação desta. Gera, também, a atribuição concorrente a diferentes órgãos de uma mesma função. É o que ocorre de forma evidente com a função legislativa, que não se assume como exclusiva do órgão parlamentar, mas pode ser desempenhada pelo Governo na forma de Decretos-Lei, nos termos do art. 198º/1. Note-se, nesse âmbito, que no quadro português a regra geral quanto à distribuição da competência legislativa é a competência concorrential entre o a AR e o Governo, e a exceção é a reserva da atividade à AR (Otero, 1997: 11). Tal situação é verificada, ainda, na reserva de iniciativa legislativa do governo em matérias de competência legislativa do Parlamento – como ocorre na questão orçamentária.

Dessa forma, o *estado da arte* do princípio da separação dos poderes impede que esse seja visto apenas sob a ótica orgânico-funcional e oriente-se a partir de sua dimensão negativa e tampouco cede espaço para a supremacia de qualquer dos órgãos (Novais, 2014: 37). Norteia-se, antes, pela sua dimensão positiva e centra suas preocupações nas questões materiais dela advindas, apontando para o aprofundamento de mecanismos de controle inter e intraorganizacional (Tavares da Silva, 2016), sobretudo com o protagonismo da perspectiva dinâmica e racional do exercício das funções e poderes estatais, fruto da complexidade estrutural da sociedade hodierna, da ampliação das funções estaduais (Esteves, 2001:22), que progressivamente se veem diante de novos problemas que demandam sua intervenção.

Como assinalado pelo AcTc 214/2011, o princípio em referência assume assim, hoje, para além de uma função de racionalização, de controle e de proteção – do poder atribuído a cada órgão e da liberdade que poderia ser alvejada em caso de exercício do poder de forma desproporcional –, uma função de medida ou moderação do exercício do poder por cada órgão, com vistas a assegurar o exercício moderado das funções de cada um dos órgãos e concertado com a atuação dos demais na globalidade do exercício do poder, propiciando assim o exercício eficiente do poder, uma *“realização óptima das tarefas do Estado através de uma cooperação entre seus poderes”* (Bleckmann, *apud* Esteves, 2001: 26).

De tal forma que o princípio em voga não se dirige a atos isolados, mas aos processos globais de decisão e, a conformidade dos atos individualmente analisados com o princípio da separação dos poderes é escrutinada a partir de sua relação com toda a cadeia decisória (Esteves, 2001: 26). Assim, como se pode extrair do voto do Conselheiro Messias Bento no AcTc 1/97, *nenhum órgão de soberania se pode conceber como entidade isolada, e tampouco agir e forma indiferente à atuação dos demais poderes.*

Sua concretização não deixa, assim, de considerar a necessidade de invocar um raciocínio complexo dentro do sistema desenhado e, inclusive, um raciocínio entre sistema e problema. Isso porque, muito embora materializado na ordenação constitucional realizada, ainda aqui não se verificará sua caracterização exaustiva de modo a convocar sua operacionalização através de raciocínios silogísticos – e ainda que houvesse essa “*ordenação estrita*”, de certo ela não se exauriria numa mera dedução lógica, mas convocaria procedimentos interpretativos diante dos problemas verificados. Assim, o princípio da separação e interdependência dos poderes demanda operações interpretativas para sua concretização, de acordo com as particularidades de cada caso e, sublinhe-se, em harmonia com os demais princípios do sistema, entre os quais se destaca o princípio da proporcionalidade.

No entanto, a distribuição dinâmica das funções e tarefas estatais pelos órgãos de soberania, de modo a criar uma verdadeira *teia* de atribuições recíprocas, com vistas a conduzir ao exercício moderado e concertado do poder, avoluma as dificuldades relacionadas ao desenho da distribuição das atribuições de cada órgão que, sobretudo no âmbito da relação entre o poder executivo e o legislativo, ganham expressão quando se cuida de delimitar aquilo que cada um está impedido de fazer, e não propriamente aquilo

que pode realizar. Soma-se a isso o fato do Estado programador, na sua ação através de políticas públicas, atenuar as fronteiras entre o executivo e o legislativo.

Essa questão revela-se problemática sobretudo na medida em que o princípio da separação dos poderes, nomeadamente na sua dimensão positiva, ao ordenar o exercício de funções e tarefas estatais distribui, também, responsabilidades pelo exercício do poder (Canotilho, 2016: 250). E, dessa forma, é inconcebível a diluição ou confusão de atribuições, dificultando a imputação de responsabilidade política, sob pena de atingir o núcleo do princípio da separação e interdependência dos poderes, isto é, a ideia de equilíbrio (*checks and balances*) no exercício do poder a partir de sua ordenação democrática. Ademais, a própria delegação de poderes encontra limites para evitar a descaracterização da ordenação jurídico-constitucional estabelecida (Canotilho, 2016: 251).

Ganha relevância, nesse contexto, a identificação do núcleo essencial de cada função estatal. De acordo com a tese do núcleo essencial, no coração de cada uma das funções estatais haveria um núcleo caracterizador da função consoante o princípio da separação e interdependência dos poderes, cujo exercício pelo seu titular principal é constitucionalmente protegida. Desse modo, que a dinâmica distribuição das atribuições entre os órgãos de soberania de forma a propiciar o equilíbrio no exercício do poder (*checks and balances*) não pode conduzir ao esvaziamento, por um órgão, das funções materialmente caracterizadoras de outro (Canotilho, 2016). É dizer: a Constituição, ao tratar da organização e competência dos poderes, acaba por criar reservas (ainda que não expressamente) absolutas, as quais constituem uma espécie de *feudos*, ou campos de atuação de determinado(s) ente(s) público(s) e nos quais não se pode admitir a interferência de outros poderes (Otero, 2007). Esses feudos constituiriam o núcleo essencial de cada poder estatal, que não lhe pode ser retirado ou esvaziado através da atuação de outro órgão.

Trata-se, em boa medida, de uma forma de analisar a racionalidade da interação entre os órgãos de soberania, sem que isso signifique uma delimitação estanque das funções. Ao contrário, a identificação das fronteiras que delimitam onde começam e onde terminam esses feudos permanece em aberto (Canotilho, 2016: 560), tornando imperiosa a aferição pragmática dos contornos desse *núcleo essencial*, em articulação com o princípio da proporcionalidade (Esteves, 2001: 13, nota 18).

Nesse toar, será inconstitucional por violação ao princípio da separação de poderes, por exemplo, uma lei que vede expressamente o poder regulamentar da administração e, igualmente, aquela que no exercício de sua atividade densificadora regule matérias demasiadamente em pormenor de tal forma que esgote a atividade executiva da administração, não lhe reservando um espaço mínimo de atuação (Otero, 2007: 752). Ou, ainda, que através da função legislativa desempenhe a parcela da função política reservada ao governo ou lhe dirija determinações inerentes ao âmbito de sua atividade política³¹. Assim, ao balizar o exercício material da atividade de cada órgão, o princípio em voga cumpre a função de medida do poder de fato exercido por cada órgão de soberania tendo em vista as atribuições dos demais órgãos – garantindo, assim, a concertação do exercício do poder estatal.

É, portanto, no Direito – sobretudo no princípio da separação dos poderes -, que as Políticas Públicas encontram o caminho institucional a ser seguido, uma vez que é no material jurídico-constitucional que se encontram vertidas as definições dos órgãos e as suas respectivas atribuições, bem como os mandamentos operativos, funcionalmente orientados do princípio. É a substância jurídica, ainda, que em caso de conflito, oferece os instrumentos, como o princípio da proporcionalidade, que conjugados com o princípio da separação e interdependência dos poderes, é capaz de aclarar *a quem cabe o que e em que medida*.

De certo que o elenco de definições competenciais não se esgotam no seio da Constituição: notadamente na fluida seara das políticas públicas, definem-se atribuições sobretudo no âmbito legislativo, consoante as estratégias traçadas para a prossecução dos fins. Entretanto, essas nunca deixam de ter um arrimo constitucional, assente no âmbito das competências materiais constitucionalmente atribuídas a cada órgão (Otero, 2007).

Destaque-se, contudo, que o direito comunitário acaba por levemente *perturbar* as estruturas tradicionais e seu funcionamento consoante o princípio da separação e interdependência dos poderes, impondo um novo arranjo institucional no âmbito estatal

³¹ Tal situação foi objeto do AcTc 214/2011. No caso, o legislador por meio de um Decreto-Lei, determinou ao governo que iniciasse um processo de negociação sindical para aprovar um modelo de avaliação dos docentes diverso daquele em vigor, outrora estabelecido por esse órgão. No limite, apesar da AR possuir vasta gama de poderes em relação ao governo - podendo inclusive demiti-lo -, uma tal medida quebra a racionalidade do sistema ao privar esse órgão do exercício de funções constitucionalmente atribuídas e obstacular a respectiva responsabilização política.

diante da partilha de poderes soberanos com os órgãos da União, muito embora não lhes retire seu núcleo essencial.

3.5. O Direito das Políticas Públicas

Como vimos, as políticas públicas destinam-se a regular uma sociedade com um panorama de uma complexidade que se pode qualificar como *multipolar*. De um lado, verifica-se a produção legislativa em larga escala, na tentativa de conseguir regular uma comunidade em constante mudança a partir da acumulação de regras fixas. Com o crescimento de diferentes interesses que se dirigem ao Estado, demandando desse a sua satisfação e proteção, as regras fixas já não conseguem acompanhar a sociedade em constante movimento (Garcia, 2009). Assim, o baixo êxito dessa alternativa chama a atenção para a necessidade de *escavar* um pouco mais para encontrar as bases do direito (Soares, 1969) que rege as políticas públicas e buscar, assim, encontrar um alicerce que lhe permita se relacionar e acompanhar esses movimentos, a partir da adoção de atuações mais flexíveis e *soft* (Garcia, 2009). Essa conduz à já referida *fuga para os princípios* (Canotilho, 1990: 6), que por sua vez não deixa de se revelar também uma alternativa complexa.

Impende alertar que tal não significa *embarcar num processo de instrumentalização do direito*, colocando-o *ao serviço de finalidades que o transcendem* acabando por esfarelar sua autonomia como ordem de validade (Garcia, 2007: 33). É, antes, encontrar aqueles elementos que constituem o fundamento de validade do tradicional modo de agir estatal (pautado nas normas e com excessiva valorização da lei) e que assenta nos princípios jurídicos.

Nesse contexto, Charles-Albert Morand (1999) e, entre nós, Maria da Glória Dias Garcia (2009) aludem ao Direito das Políticas Públicas, que a par do reconhecimento de dimensões jurídicas nas políticas públicas, traz um novo paradigma quanto às formas de soluções jurídicas nas políticas públicas com vistas a incrementar a eficácia e a legitimidade dessas.

Trata-se de um direito alicerçado sobretudo em princípios jurídicos e que possui como notas essenciais a complexidade, a flexibilidade, a imprecisão e a realização de soluções a partir

de uma estruturação em rede (Morand, 1999), que convoca formas de decisão – e de criação do direito – a partir de interações em rede entre as autoridades políticas, que descem do seu pedestal e dialogam com os grupos de interesses e com os detentores de conhecimento em ordem a incorporar seus *inputs* e alcançar decisões reflexivas e consensuais que melhor se adequem à realidade que pretendem regular (Garcia, 2009).

Mas também de um direito que pode se revelar frágil, pois ao buscar regular a sociedade organizada em rede convocando, também ele, uma estruturação em rede, que além de almejar incorporar os *inputs* e alcançar soluções reflexivas busca, também, a cooperação voluntária dos privados para alcançar seus objetivos. Contudo, a não adesão voluntária desses ou, pensando já no âmbito dos acordos informais realizados entre o poder público e os privados, o descumprimento de alguma das partes das medidas que voluntariamente aceitou e aderiu pode colocar em causa a efetividade das medidas *soft* empreendidas pelo direito das políticas públicas.

Trata-se de uma construção dotada de virtudes, entre as quais é imperioso assinalar a possibilidade de invocar ações flexíveis que evitem procedimentos demorados³² a partir de instrumentos de atuação inovadores e que incorporam a reflexividade e permitem a regulação da sociedade de forma mais gentil, a partir de soluções negociadas e consensuais (Garcia, 2009).

Deveras, os princípios jurídicos, ao não impor soluções rígidas e não solucionarem questões de conflitos a partir do *tudo ou nada*, como ocorre nos casos das regras jurídicas rígidas, permitem que a verificação da necessidade de conformar diferentes interesses em causa – e que não poucas vezes podem se revelar contraditórios, direcionados em sentidos opostos – o Estado não esteja obrigado a sacrificar um deles para a satisfação de outro. Ao contrário, e de forma louvável, permite a harmonização dos interesses colidentes e a adoção de decisões equilibradas (Morand, 1999).

Nesse sentido, o direito das políticas públicas inegavelmente desempenha um papel essencial no contexto hodierno, possuindo lugar privilegiado de incidência nos domínios ambientais e no direito do urbanismo e relacionando-se intimamente com a *administrative guidance*.

³² Ressaltando a importância das ações flexíveis para a celeridade, v. Suzana TAVARES DA SILVA (1998).

Isso porque o direito das políticas públicas permite que, diante das complexidades das questões que são continuamente postas ao poder público, as autoridades possam empreender soluções dotadas da flexibilidade necessária – tais como acordos informais -, mas que ainda assim sejam compatíveis com os valores e princípios do direito (Morand, 1999) e, portanto, dotados de juridicidade.

A questão que aqui nos confronta é apontada por Charles-Albert Morand (1999) afirma que, em nome da eficácia das medidas levadas a cabo no âmbito das políticas públicas – e, no fundo, da eficácia das próprias políticas -, abre-se mão da segurança jurídica que pode ser oferecida por uma ação realizada consoante as formas legalmente previstas para, então, adotar soluções fora da ética da certeza e da formalização a que se refere Rogério Soares (1969), mas ainda dentro do quadro jurídico, uma vez que alicerçadas nos princípios normativos.

Assim, o desafio que traz reside justamente em garantir pontos de equilíbrio entre a instabilidade das ações que se afigurem atípicas e a segurança jurídica (Morand, 1999). Ou, diríamos, de assegurar a segurança jurídica nas atuações atípicas da *administrative guidance*.

4. A AÇÃO PÚBLICA COMO O NÚCLEO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em termos pragmáticos, é a ação pública – juridicamente balizada, informada e fundamentada, além de cientificamente amparada, economicamente condicionada e seguindo ou não os ditames da política - é a responsável por formar uma política pública e lhe dar corpo, movimento e sentido partir da forma como se desenvolve e dos arranjos que estabelece. É, ademais, a configuração dessa ação – flexível ou autoritária, participada e articulada ou unilateral, próxima ou distante dos seus destinatários – e seus *outputs* contribuem decisivamente para a eficácia das *policies*.

Com efeito, o sistema de atores que intervém em uma política pública é dotado de elasticidade, englobando atores cuja participação do processo de desenvolvimento de uma política pública contribua para a produção de resultados no contexto social (Meny/Thoenig, 1989: 151). Assim, a ação pública não envolve apenas atores da esfera

estatal ou governamental, mas também a atividade dos grupos de interesse e atores privados que se movem em conjunto ou torno da ação daqueles, no anseio de obter uma ação adequada a atender seus interesses (Bucci, 2013).

Por essa razão se faz, então, necessário esquadrihar como essa ação pública se desenrola no desenvolvimento de políticas públicas e as transformações por ela sofridas diante das exigências de acurácia de seus resultados e de pilotagem da multiplicidade de atores que hoje intervém na sua construção.

4.1. Pilotagem das Políticas Públicas: a atividade de condução diante da emergência de polos de autoridade - *Governance* no âmbito das Políticas Públicas

Governance é um termo *a priori* altamente impreciso e plástico (Vale, 2007b), capaz de se adaptar a diferentes contextos. Seu uso encontra lugar tanto no âmbito privado – onde designa a *corporate governance* – como no setor público, no qual já foi utilizado para referir-se ao Estado mínimo, à *New Public Management*, à boa governação, ao resultado de uma interação em rede marcada pela interdependência dos atores, e à gestão de redes auto-organizadas (Rhodes, 1996).

Muito embora seja possível identificar uma constante nos diferentes contextos designados já designados pelo termo *governance*, assente numa proposta de recompreensão da atividade administrativa a partir de uma gestão voltada resultados mais eficientes e eficazes, a panóplia de situações que podem ser abarcadas em seu *guarda-chuva* denuncia a vagueza do termo, que conduz à dificuldade de compreensão do que na prática ele realmente significa e qual a sua operatividade.

É preciso, então, buscar densificá-lo no contexto das políticas públicas para assimilar qual é o seu préstimo para o setor e, assim, evitar que seja utilizado apenas como um *termo mágico* (Pollitt/Hupe, 2011).

Nesse sentido, a primeira observação a ser realizada é que *governance* não se resume à proposta de uma nova forma de governar. Ao contrário, refere-se mais ao incremento da legitimidade das ações e decisões públicas que, por sua vez, convoca o repensar da forma

como essas são realizadas para que esse aumento da legitimidade se verifique (Aragão, 2005).

No contexto hodierno, com a policentralidade de núcleos de conhecimento auto-organizados, verifica-se a existência de redes auto-organizadas que tendem a resistir aos comandos – tradicionalmente impostos através de uma metodologia *top-down* – e, ao influenciar o ambiente de condutas a partir do exercício dos seus *soft powers*, conduzir ao risco de uma *governança da sociedade sem a participação da estrutura do governo* (Rhodes, 1996: 667).

Soma-se a isso o fato dos vazios de conhecimento de particularidades da sociedade, bem como daqueles de base técnico-científica, embaçarem a visão dos decisores, impedindo-os de ver mais longe e de tomar decisões adequadas para a gestão do presente e do futuro e, assim, acaba por comprometer os pilares da atividade de condução de políticas públicas, assentes sobretudo na realização do planejamento e da coordenação da ação (Gaudin, 2002; Garcia, 2009).

Cuidam-se de fatores que contribuem decisivamente para a ineficácia das decisões políticas (Garcia, 2009), que, por sua vez, haja vista a sua relação diretamente proporcional com a (i)legitimidade das decisões, conduzem inevitavelmente a uma crise de governabilidade – marcada por um cenário de instabilidade, descrédito e o aumento da resistência aos comandos do governo, que torna desafiadora a tarefa de oferecer soluções adequadas e bem aceitas para os problemas mais básicos da sociedade (Aragão, 2005).

O poder estatal vê-se, então, diante do desafio de tecer soluções inovadoras para legitimar sua ação e recuperar a governabilidade. Soluções que passam pelo exercício de uma política *catalizadora* (Morand, 1999), que se estende desde a fase mais densa da política, influenciando a seleção e escolha dos objetivos a serem atingidos – e tornando-os, muitas vezes, alvos de negociações – até a implementação (Vale, 2007b). Uma ação que considere em sua atuação as respostas e reações dos destinatários de suas medidas e busque se adaptar às reais necessidades e às lógicas de funcionamento dos setores que busca influenciar, buscando assegurar a responsividade das *politiques publiques*, com a consulta regular aos grupos a própria técnica de programação de políticas públicas exige, como fator de eficiência, a permanente consulta aos interesses dos grupos ou setores direta ou indiretamente envolvidos na execução do programa (Comparato, 1989: 111).

A governança, nesse contexto, abre caminho para ações pautadas na reflexividade, na partilha do poder de decisão ante os nítidos vazios de conhecimento, que implicam também a partilha de responsabilidade a partir da utilização de novos instrumentos valorizadores do consenso e, assim, com baixo cunho de coercitividade (Aragão, 2005; Gaudin, 2002). Afinal, o nível ótimo de decisão requer que a sua construção seja inervada por uma rede de informação e conhecimento aprofundado.

O poder de governança assume-se, assim, como uma *pilotagem* pragmática dos poderes que busca valorizar a experiência já verificada e o conhecimento derivados dos campos de ação para se orientar (Gaudin, 2002: 30; Garcia, 2009). Seu conteúdo assenta sobretudo em princípios que se referem às interações entre governantes os diferentes polos de poder na sociedade e à escolha de meios que conduzam a soluções com altos índices de legitimidade.

O programa de desenvolvimento das Nações Unidas de 1997 consagrou alguns princípios da boa governação, os quais foram agrupados por John Graham, Bruce Amos e Tim Plumptre (2003), em cinco grandes princípios, quais sejam: de legitimidade e voz, de direção, de performance, de accountability e de justiça, dentro dos quais encontram-se alguns princípios do NDA, tais como a responsividade e a eficiência.

No âmbito europeu, o Livro Branco da Boa Governança Europeia (Comissão, 2001) a define no eixo de cinco princípios-chave, quais sejam: (i) o princípio da abertura, que tal como consagrado traz a ideia de transparência³³ das ações, seja de ordem procedimental, documental, ou na visibilidade do próprio conteúdo decisório; (ii) o princípio da participação, que vindica que essa seja garantida desde a concepção das políticas até a sua execução, através do regular e aberto diálogo institucional com os cidadãos, de modo a produzir políticas reflexivas; (iii) o da responsabilização, o qual refere-se à necessidade de definir atribuições no âmbito dos processos legislativos e executivos comunitário e nacionais, a fim de facilitar a identificação de falhas e a respectiva imputação; (iv) o da eficácia, que aponta, para além do estabelecimento de metas, para a necessidade de escrutínio das medidas adotadas com vistas a garantir a eficácia das mesmas, ressaltando a

³³ Sublinhe-se, aqui, a crítica trazida por Alexandra ARAGÃO (2005) quanto ao uso inapropriado do termo, uma vez que o princípio da abertura seria, em verdade, a receptividade das instituições públicas para assimilar e incorporar inputs dos interessados, conduzindo à construção de soluções progressivamente mais participadas e negociadas, em detrimento de decisões impostas unilateralmente.

necessidade de apoio técnico para a fundamentação das decisões em critérios advindos dessa seara, bem como destaca a necessidade de criação de mecanismos que proporcionem a realização de *feedback* por parte dos destinatários das políticas, (v) e o da coerência, o qual assenta na necessidade de articulação coordenada das políticas comunitárias e estaduais. Tais princípios – à exceção do princípio da responsabilização - foram trazidos posteriormente também no projeto de Constituição Europeia³⁴. A esses, Alexandra Aragão (2005) acresce, acertadamente, a necessidade de se reconhecer o princípio da partilha, que tem seus alicerces na necessidade de repartição do poder – e conseqüente partilha, também, da responsabilidade – entre os atores públicos e não públicos a diversos níveis.

Uma nova forma de governar fundada na governança possibilita o preenchimento dessas lacunas, na medida em que enxerga os diferentes grupos de interesses, tais como os atores do mercado, a sociedade civil, e os *soft powers*, como aliados no processo de governação da sociedade, e não como obstáculos a serem ultrapassado (Young, 2012). Agregando-os no processo decisório, torna-se possível incorporar e valorizar suas contribuições, de modo a clarificar a visão dos decisores a partir do preenchimento dos buracos de conhecimento.

No entanto, a indispensabilidade dessa ação reflexiva e colaborada começa a modificar a própria forma de governar através da política: ao invés de deliberações hierarquicamente impostas através de comandos unilaterais, a ação estatal começa a empenhar-se para incorporar os *inputs* dos destinatários da ação e os *feedbacks* obtidos através das diferentes formas de avaliações das políticas, e a fazer apelo à orientação de comportamentos, não mais à imposição desses.

Assim, autonomizado no âmbito do direito público, precisamente no *direito das políticas públicas*, a governança traduz uma nova forma de decisão e implementação de políticas públicas, que remete à prossecução do interesse público a partir de uma nova gramática, já não centrada na estrutura do governo e no seu tradicional modelo hierarquicamente desenhado, através do qual as decisões são unilateralmente impostas segundo uma lógica *top down* (Aragão, 2005), mas que permite a dinamização das energias dos diversos centros de poder e, assim, conduz a uma gestão mais negociada e participada, capaz de harmonizar a estrutura dos poderes públicos com os poderes *soft* (Gaudin, 2002).

³⁴ Note-se que o projeto não foi aprovado. No entanto, fala-se hoje na existência de uma Constituição Material da União Europeia, cuja base principiológica pode ser extraída do Tratado de Lisboa.

Nessa nova gramática, busca-se produzir uma ação que se legitima tanto pela qualidade do seu conteúdo – que responde adequadamente às demandas atuais -, como pelo seu processo de formação e execução (Tavares da Silva, 2017a: 166).

Aqui não há apenas um conjunto de interações complexas entre os múltiplos atores que influenciam a forma como as decisões serão tomadas, mas sobretudo um poder legítimo (*i.e.*, o poder estadual), que entretanto *se horizontaliza, ao descer do seu pedestal* (Morand, 1999: 189) para interagir com as redes auto-organizadas e exercer um *poder de governança*, um poder de orquestração que visa conferir *unidade e coerência* (Garcia, 2009: 23) aos múltiplos centros de poder. Um poder de pilotagem de sistemas complexos a partir do recurso à estratégias como o incremento da participação, a negociação das metas a serem atingidas, os ajustes mútuos, os incentivos, mas que também deve incorporar mecanismos de transparência e *accountability* na sua ação (Tavares da Silva, 2017a: 168).

É a flexibilidade da ação, cujos instrumentos são selecionados no âmbito do Direito das Políticas Públicas, sob a mediação dos *drivers* da governança é que está o caminho para garantir a estabilidade nesse cenário complexo e em constante mudança. O poder de governar transforma-se então num poder de *pilotagem de sistemas complexos*, um poder de governança estadual que se caracteriza pelo poder de concretamente realizar o direito das políticas públicas (Garcia, 2009: 126).

Do que podemos concluir que o conteúdo das decisões e dos atos, que dá forma à ação estatal, bem como corpo e movimento às políticas é cada vez mais negociado e decidido a partir da interação de uma rede de atores, e não um monopólio ou reserva substancial do governo.

4.2. A implementação das Políticas Públicas

4.2.1. Atuação da Administração Pública e Direito Administrativo

A implementação de uma *politique publique* consiste na fase em que a direção política e a sua definição legislativa tomam forma e se concretizam através de um conjunto de regulamentos, medidas e ações levados a cabo primordialmente pela AP e que,

tradicionalmente era sinônimo de *executar* as escolhas legislativas, no exercício de uma atividade meramente subsuntiva, sem grandes margens de liberdade.

A AP era *serva da lei*, em razão de uma herança liberal em que a lei era o símbolo da proteção das esferas jurídicas dos particulares em face da Administração autoritária, que impunha constrangimentos aos particulares no exercício do seu poder de polícia (Soares, 1981: 175) e que acabam por representar a ideia de concretização do Estado de Direito através do princípio da subordinação da AP à lei e constituir uma das *marcas de nascença* do direito administrativo (Vieira de Andrade, 2018).

A emergência do Estado Social, sobretudo a partir do pós-guerra e o contexto de globalização e de riscos que daí emergia, trouxe mudanças profundas à atuação administrativa na implementação de políticas que se refletiram no próprio direito administrativo. Desde logo porque a ampliação das tarefas agora assumidas pelo Estado, a partir de uma intervenção ativa na sociedade, a fim de realizar os novos direitos positivos (Vieira de Andrade, 2016) passou a exigir da AP uma atuação criativa, material e temporalmente ampla (Otero, 2007: 157), destinada a realizar prestações aos particulares através da realização de serviços públicos e infraestruturas – assente, portanto, numa atribuição de vantagens, já não numa imposição de constrangimentos. Esse cenário propicia mudanças estruturais e intencionais na ação da AP na implementação de políticas.

Inicialmente, a relação entre a AP e a Lei assume novas dimensões, em que o Direito (que já não se confunde com a lei formal) é o limite e fundamento de sua ação, consubstanciando as atuações administrativas – e de todo o Estado - um meio de realização do direito que não se enquadra na rígida geometria da “criação-aplicação-verificação” do direito, mas não pode escapar das malhas desse, inclusive nas zonas onde lhe é reconhecida uma liberdade, *rectius*, uma discricionariedade – cujo concepção também sofre alterações, passando de uma discricionariedade limitada pela lei formal, para uma discricionariedade limitada pelo direito e, portanto, pela lei, pela Constituição, pelos princípios e valores jurídicos (Soares, 1981).

A lei, entretanto, não perdeu sua importância: ela ainda constitui norma de atuação e padrão objetivo de controle de AP (Vieira de Andrade, 2018: 25), mas já agora, deve buscar conferir poderes gerais de atuação à AP e estabelecer critérios gerais para sua atuação, diante do protagonismo que essa assumia e dos possíveis sacrifícios que poderiam ser

impostos ao interesse privado através da sua atuação na prossecução do interesse público (Cassese, 2002).

Esses fatores abrem caminho para a emergência do princípio da constitucionalidade administrativa e do *administrative constitutionalism* como uma de suas manifestações, postulando o acesso direto à Constituição pela AP e a *constitutional implementation* que traz à AP a obrigação de implementara as políticas de forma a realizar os valores e sentidos constitucionais através de uma interpretação conforme a Constituição do programa legislativo que lhe é destinado, bem como de evitar a adoção de soluções contrárias à Constituição (Moniz, 2017).

A AP passa a ser uma *Administração Constitutiva* (Soares, 1981) dotada de um poder próprio, criativo e dinâmico, capaz de conformar os diferentes interesses em causa, ocupando o campo central das decisões de uma política (Muller, 2018), haja vista a condução da política ser atribuída ao órgão máximo da administração, constituir um campo privilegiado de diálogo com os interessados e através das escolhas discricionárias que visam sua concretização sobretudo a partir da elaboração de regulamentos, na qual observa-se a intensificação da atividade normativa das entidades administrativas setoriais (Moniz, 2017).

A progressiva complexificação social torna mais frequente verificação de uma estrutura legislativa porosa, com a utilização de conceitos vagos e indeterminados, que podem criar uma margem de livre valoração administrativa (Diniz de Ayala, 1995: 120) que demandam novas dimensões da atuação administrativa, em constante diálogo com setores especializados para sua colmatação³⁵.

O alargamento das suas tarefas materiais conduz também a uma viragem na intencionalidade da atuação administrativa: de uma AP que se utiliza do constrangimento, de outro, uma que pretende positivamente influir sobre as condições de desenvolvimento da sociedade, e que para isso se utiliza de instrumentos e processos variados (Soares, 1981: 183) – o que cria aponta para um cenário propício para que progressivamente, aliada a questões econômicas e aos imperativos de eficiência, a administração de prestações ceda a uma administração reguladora e de cooperação (Vieira de Andrade, 2018: 28) em que a implementação das políticas não se dá apenas *pelas mãos da AP*, mas através da

³⁵ Nesse sentido, PEREIRA DA SILVA (2003: 87) e VIEIRA DE ANDRADE (2018: 31).

orientação, incentivo e controle dos privados que realizam os SIEG, bem como do incentivo da cooperação dos particulares.

Pari passu, com a globalização e o fenômeno de integração europeia, o Estado passa a não ser o único referente da AP. Essas transformações de natureza territorial trazem novos desafios à realização de políticas – assumidos pelo direito administrativo, por estar mais bem posicionado para tal - a partir uma atuação concertada, coordenada e complexa, realizada, a exemplo do caso europeu, em dois níveis (Cassese, 2002), em que a AP deve concretizar através da sua ação interesses públicos transnacionais (Tavares da Silva, 2010b).

A AP é, portanto, o “*motor dinamizador*” (Otero, 2007: 144) das políticas públicas hodiernamente, responsável por dinamizar os interesses locais com os transnacionais e convocar novos instrumentos – por vezes atípicos, como veremos – para trazer maior eficácia e eficiência para as políticas.

A essas mudanças o Direito Administrativo não ficou alheio: tendo sido necessário *escavar seus alicerces fundamentais*, o novo direito administrativo busca na flexibilidade dos princípios comportar as atuações necessárias à uma administração complexa, dinâmica, cooperativa e globalizada³⁶, mas traz também novos mecanismos de controle, como o princípio da transparência, e uma *releitura* de princípios como o da eficiência e o da responsividade³⁷.

4.2.2. Participação dos privados na implementação das políticas.

As exigências de eficiência na atuação pública com vistas a alcançar a maximização do bem-estar no Estado Social foram progressivamente diluindo as fronteiras entre a atuação pública e a atuação privada. Na década de 1980, o *New Public Management* trouxe a ideia de administração por resultados, assente na incorporação de técnicas de gestão privada e no setor público, e na redução da *governança* para dar lugar ao aumento da *governança* em que o Estado ao invés de produzir bens e realizar prestações diretas, se concentraria

³⁶ Nesse sentido, TAVARES DA SILVA, (2010b); SOARES (1969).

³⁷ Nesse sentido, VALE, (2007b).

principalmente em pilotar os sistemas que os fizessem (Rhodes, 1996). O acoplamento dos privados na prossecução do interesse público, sobretudo nas tarefas de execução de políticas públicas como medida de eficiência foi também, pouco a pouco, sendo recomendado por organizações internacionais (Vale, 2007b).

A necessidade de eficiência, aliada às limitações financeiras estatais evidenciaram a inexistência de um monopólio estatal na realização do bem comum (Loureiro, 2010: 92), conduziram à queda dos muros que separavam a atuação pública e a privada, permitindo a abertura do setor público à atuação dos privados – isto é, à *liberalização* (Tavares da Silva, 2008b) -, sobretudo no campo das atividades de expressão econômica – os SIEG, na fórmula europeizada -, como ocorre no âmbito das telecomunicações e no setor energético, em que a realização do interesse público passa para a mão dos privados, com a transferência das empresas e da própria gestão de serviços públicos³⁸ (Lopes, 2003). A responsabilidade pública de execução transforma-se, assim, numa responsabilidade pública de garantia (Gonçalves, 2013b).

Do que resulta a construção de teias de colaboração duradouras entre o Estado, o mercado e os privados (Pereira da Silva, 2003: 76), em que é possível verificar um fenómeno de privatização, que encontra limite naquilo que é considerado o núcleo das tarefas dos poderes públicos³⁹ (Tavares da Silva, 2000). Apesar da sua apresentação multiforme⁴⁰, destacamos aqui a privatização da execução das tarefas públicas – seja a partir da colaboração dos privados na preparação ou implementação de uma tarefa pública (privatização funcional), ou a partir da assunção de tarefas públicas por uma entidade privada (privatização orgânica) (Tavares da Silva, 2008b: 11). Destaque-se, ainda nesse âmbito, a assunção de formas de agir próprias do direito privado por entidades públicas, em que não há uma transferência de atividades para fora da máquina pública (Otero, 2007: 308).

³⁸ Como destaca Dulce LOPES (2003), a abertura dos serviços públicos aos privados levou à contestação da própria noção de serviço público, que tradicionalmente era concebido como uma atividade atribuída em monopólio à AP. Com essa evolução, os serviços públicos são identificados hoje, sobretudo, em razão do seu elemento material.

³⁹ Como pontua Suzana TAVARES DA SILVA (2000: 58), a densificação do que consiste esse núcleo está sujeito a uma margem de livre apreciação de competência legislativa.

⁴⁰ Para uma abordagem da panóplia de formas de privatização, v. Suzana TAVARES DA SILVA (2000; 2008b: 10-11); Paulo OTERO (2007).

O novo Estado Regulador que, já agora, assume a tarefa um modelo de prossecução do interesse público que em que o Estado busca de *garantir* resultados da realização dos direitos e dos fins públicos através da regulação do mercado e dos agentes económicos (Baldwin/Cave/Lodge, 2012), e não necessariamente *produzi-los* diretamente. Há, por conseguinte, a ampliação das exigências de proteção estadual dos particulares, haja vista que a realização de direitos se dá numa relação de base triangular, já não mais assente numa relação direta Estado-cidadão, mas numa relação em que figuram o Estado, entidades particulares e cidadãos (Gonçalves, 2013b: 65).

Nesse toar, o Estado Regulador busca incentivar a concorrência como uma das formas de trazer qualidade e eficiência aos serviços (Baldwin/Cave/Lodge, 2012: 17), bem como aproveitar o desenvolvimento das atividades do privados e garantir que esses colaborem para a concretização dos objetivos de realização dos fins públicos através do exercício da pilotagem, estabelecendo regras gerais ou bases para o funcionamento dos mercados – onde ganham destaque regras legislativas – destinadas a assegurar o seu funcionamento eficiente e equilibrado, a partir de uma concorrência *saudável* e realizadora de funções sociais. Desse modo, o Estado estabelece diretrizes transversais – isto é, aplicada a diversos setores simultaneamente - que incentivam e balizam a atividade desses, de modo a evitar abusos, cuja ocorrência poderá ser reprimida, de forma a verificar um desenvolvimento que zele pela realização de valores como a sustentabilidade e de direitos dos consumidores, por exemplo (Gonçalves, 2013b).

Setorialmente, ante a necessidade de regulação suplementar, desenhadas legislativamente regras e orientações específicas, bem como a estrutura regulatória - através de agências que compõe a administração indireta, por contrato, ou através de um modelo misto (Gonçalves, 2013b).

Já nas situações em que não se faz possível introduzir a concorrência no mercado em razão da escassez dos bens, a AP promove uma concorrência *para* ingressar no mercado. É o que ocorre no setor do transporte de energia – sendo a produção de energia livre, submetida a licença, o acesso a rede de distribuição se dá em Portugal por meio de concessão, uma vez que os pontos de recepção são bens escassos⁴¹.

⁴¹ Arts. 15º e 21º, DL nº 29/2006.

Pode-se verificar, ainda, a substituição da atividade de prestação direta da AP em matérias que a ela seriam naturalmente atribuídas, como serviços públicos de interesse geral e a realização de infraestruturas públicas. A ênfase aqui não está tanto nos particulares que trabalham em funções públicas, mas nos privados que atuam em colaboração direta com a AP na implementação de políticas públicas, notadamente através dos contratos celebrados entre esses e a AP, de concessão e de parcerias público-privadas (Vieira de Andrade, 2018: 135).

Neste ponto, verifica-se uma partilha de responsabilidades, em que o privado assume a responsabilidade de realização direta de atividades a cargo da AP, como serviços e obras públicas, enquanto a essa incumbe a responsabilidade de garantir a exploração da atividade consoante padrões estabelecidos por lei e no contrato celebrado (Gonçalves, 2013b).

Sublinhe-se, ainda, que no contexto de utilização de cláusulas gerais e de diálogo com o conhecimento técnico científico, a remissão realizadas por normas legislativas para normas técnicas, como conjunto de normas elaboradas por pessoas coletivas de direito privado também assume-se como uma manifestação da participação dos privados na implementação de políticas públicas, através do estabelecimento, por exemplo, de *standards* de qualidade ou de padrões de segurança a serem seguidos (Tavares da Silva, 2000: 63).

4.2.3. Implementação pela sociedade, segundo os esquemas de governance

Não obstante a atuação pública para a concretização de políticas tenha como principal destinatário a sociedade – seus indivíduos, grupos ou o ambiente em que se insere -, é certo que não se deve realizar à margem dessa, convocando sua ação individual ou articulada (Moniz, 2017: 195), uma vez que “em sociedades altamente complexas, um conjunto de bens só pode ser protegido e promovido eficazmente com a colaboração de todos” (Loureiro, 2010: 21). Relembre-se, aqui, ademais, que no modelo de Estado Liberal, a realização do bem-estar, sobretudo em matéria de socialidade, era realizada pelos grupos inseridos no seio social – tais como família, igrejas, a comunidade de vizinhos – cuja insuficiência de ação contra as externalidades negativas do mercado evidenciam a

necessidade de assunção dessas tarefas pelo Estado (Vieira de Andrade, 2016). No entanto, o arrogar dessas tarefas pelo Estado não escusa uma posição passiva, dependente, desresponsabilizada do indivíduo – postura que acabou por ser desenvolvida diante de dimensões de intervenção do Estado Social e que é “combatida” através de uma das suas novas adjetivações, o Estado ativador, que busca reascender e disseminar a cultura da autonomia, da responsabilização e dos deveres do indivíduo (Loureiro, 2010).

Assim, hoje muito se fala num acentuar da autonomia e da liberdade do indivíduo – que encontra sua base na responsabilidade. Essa, por sua vez, deve ser assumida de acordo com as capacidades do indivíduo ou dos instrumentos e condições de que foi dotado pelo Estado (Moniz, 2017). Uma auto responsabilização a ser assumida perante os demais cidadãos e perante os órgãos do Estado de Direito, que leva Paula Veiga (2006) a asseverar que o estatuto de cidadania hoje deve encontrar sua densificação, sobretudo, no desempenho de um papel ativo, participativo e responsável do indivíduo para exercer seus direitos e os deveres que lhe cabe.

Naturalmente, o desenvolvimento de uma política pública se dá em domínios onde se verifiquem falhas na *autorregulação* social ou do próprio mercado, a trazer uma carência de proteção, que evidencia a necessidade de atuação estatal⁴². Dessa forma, a adoção de uma postura empenhada e auto responsável dos indivíduos é capaz de, ao menos, modular a intensidade da intervenção estatal.

Mas o âmbito que *hic et nunc* nos cabe – o da implementação de políticas – pressupõe uma anterior intervenção estatal no setor, ao menos a partir da definição de uma direção a ser seguida. E, aqui, a cultura a auto-responsabilização permite enxergar os membros da sociedade são vistos como *parceiros* ou colaboradores com o Estado na tarefa de prossecução do interesse público, parceiros que também apelam por uma atuação com liberdade (Garcia, 2009).

Assim, essa atuação empenhada, auto-responsável e colaborativa, pode ser ativada pelo Estado, o exercício da pilotagem da sociedade, através da criação da confiança – que constitui o elemento-chave capaz de proporcionar essa dinâmica colaborativa (Moniz, 2017) – e da divulgação de informação.

⁴² Nesse sentido, v. VIEIRA DE ANDRADE (2016).

Nesse sentido, é possível que se verifique a mudança de comportamento dos indivíduos da sociedade a partir do *efeito de visualização* ou da *dimensão simbólica* da ação pública (Muller, 2018), em que os particulares ajustam suas condutas a partir da identificação dos rumos que serão dados a determinados setores, acabando por configurar o ambiente, os fluxos e a correção de falhas almejada pelo Estado. Desse modo, tendo a sociedade já realizado autonomamente a direção política, não se faz necessário convocar a máquina estatal para concretamente o fazer⁴³.

Nesse cenário, pode ter lugar também a ação pública ou a divulgação de informação com a intenção própria de moldar comportamentos e influenciar condutas, de modo a alcançar a cooperação das entidades privadas e da comunidade geral, através de atuações mais gentis, que conduzem à uma adesão voluntária dos destinatários ao comportamento pretendido, de modo que a atuação concertada da sociedade seja capaz de implementar uma política, tornando desnecessária atuações administrativas posteriores, sobretudo formalmente vinculativo, para atingir os objetivos pretendidos pela *policy*. Cuida-se da *guidance*, uma prática não exclusiva da implementação de políticas públicas, tendo lugar também na sua condução política, bem como na definição legislativa dessas, que não desenvolveremos neste tópico haja vista ser esse o objeto da segunda parte deste trabalho.

⁴³ MULLER (2018) destaca que em situações como essa, a própria decisão pública (e conseqüente divulgação dessa) já seria capaz de promover a implementação da política, uma vez que uma *policy* visa a realização de fins que podem se dar tanto por medidas concretas – como a estruturação de um sistema nacional de saúde – mas sobretudo através da mudança de comportamento.

Os sintomas da ineficiência e ineficácia das tradicionais formas de ação estatal segundo um modelo *top-down* de comando e controle, o diagnóstico crise de direção do estatal – e do próprio direito (Moniz, 2017: 76), bem como a identificação de alguns fatores que dificultam a recuperação da governabilidade estatal, assentes sobretudo na resistência oferecida pela complexidade social e sua auto-regulação (Morand, 1999), bem como no esmaecimento de suas fronteiras com a abertura da estadualidade e uma policentralidade globalizada dos centros decisórios – que traz, então, um cenário de internormatividade vertical e horizontal e, junto com ele, novos desafios à atividade pública (Vieira de Andrade, 2018), demandam a adoção de *novas formas de agir* que possibilitem a recuperação da assertividade eficiente das políticas públicas, e o revigorar de sua governabilidade (Aragão, 2005).

Demanda, ainda, a coordenação e a concertação da ação, diante da internormatividade e da possibilidade de formulação de políticas a vários níveis, sem olvidar a necessidade de proximidade para a eficácia das políticas – o que confere relevo ao *local no global*.

Do que resulta a adoção de uma postura dialógica do Governo junto aos diversos grupos de interesses da sociedade, com vistas a negociar com esses e com os demais centros de poder – como a UE – e, como um hábil negociador, firmar compromissos de ação (Tavares da Silva, 2008a) e encontrar consenso quanto às medidas a serem adotadas e a própria obediência a elas, conferindo às grandes decisões – e aos riscos a ela inerentes - uma espécie de gestão mista (Otero, 2007: 141).

Essa ação inovadora, que traz novas formas de entrelaçamento entre o político, o jurídico, o técnico e o social, recomendada como o tratamento para o mal diagnosticado pela dogmática jus-publicista, traz associado o risco da perda da segurança jurídica e da proteção da confiança, que pode colocar em causa justamente aquilo que se quer tratar (assim como a escolha por um determinado tratamento médico, aproveitando-nos do paralelo aqui traçado, pode trazer consigo, sobretudo no contexto da sociedade de risco, numerosos riscos associados).

À essa mudança deve corresponder, também, uma evolução dogmática que permita compreender as novas formas de atuação pública. Não de modo a romper completamente com as construções passadas, mas a colocar o tradicional ao serviço do novo, a fim de assegurar a juridicidade da utilização desses novos instrumentos utilizados no desenho das políticas públicas – tarefa que, diante da flexibilidade e fluidez desses, contrapostas à rigidez que os conceitos de segurança e proteção da confiança parecem carregar, afigura-se pragmaticamente desafiadora.

1. CONTEXTO INTRODUTÓRIO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO MUNDO GLOBALIZADO

A ordem internacional criada a partir do segundo quartel do séc. XX trouxe importantes impactos para o mundo das políticas públicas, trazendo-o para fora das fronteiras nacionais, influenciando seu desenvolvimento no cenário nacional e desafiando o direito constitucional e administrativo, seus postulados e a própria capacidade de direção do Estado. Nesse toar, cabe elucidar a repercussão dessa conjuntura multifacetada e não linear (Held, 2009) no mundo jurídico das políticas públicas.

É necessário, aqui, fazer uma delimitação da nossa abordagem. Com efeito, Franck Petiteville (2010: 443) assinala que o âmbito das *políticas internacionais*, como programas elaborados por autoridades pública e destinados a produzir efeitos em mais de Estado, pode abranger tanto as políticas conduzidas por organizações internacionais, como as políticas externas dos Estados e da UE. No entanto, abordaremos aqui as políticas globais, isto é, aquelas elaboradas por organizações internacionais, que traz impactos mais vigorosos ao desenvolvimento das políticas nacionais e constitui a classe dos *quadros de ação* que compõe a agenda da *foreign policy analysis*.

1.1. Globalização, *Global Policy* e políticas públicas

A rede complexa de processos ínsita à globalização (Giddens, 2011) trouxe um novo ambiente que tem como apanágio a abertura da estadualidade e a convivência, no cenário internacional, do governos ao lado de instituições internacionais intergovernamentais, atores e instituições não-governamentais, bem como a configuração de redes de relacionamentos entre distintos Estados, entre Estados e essas instituições, Estados e privados estrangeiros, ou entre privados de distintos Estados, cujo pano de fundo assenta em características econômicas, políticas e culturais.

Desde logo, a adoção de políticas, pelos Estados, a proporcionar sua abertura ao capital estrangeiro e da criação de um ambiente favorável para a circulação de bens, valores e pessoas foi, ao lado do desenvolvimento das tecnológico dos transportes e das comunicações, essencial para viabilizar essas teias de relacionamento, bem como a transição de uma economia mundial por uma economia global, “capaz de funcionar como uma unidade em tempo real, à escala planetária”, caracterizada pelos mercados financeiros, pelo comércio internacional e pelo trânsito de investimentos transfronteiriços (Castells, 2005: 124). Os mercados financeiros e monetários, ademais, constituem os elementos da globalização que, além de globais por sua própria natureza, são capazes de contornar ou superar o controle governamental (Castells, 2007: 435).

Essa dinâmica interação em rede entre os diferentes atores internacionais utiliza-se de instrumentos do direito internacional, culminando numa produção normativa a nível global pautada em fontes como acordos, tratados e convenções a fim de formalizar os pactos e ajustes decorrentes das atuações negociadas (Cassese, 2012).

Propicia, ainda, a proliferação de *regionalismos*, através da integração dos diferentes Estados, configurando blocos regionais como o MERCOSUL, NAFTA e UE. Essas integrações interestatais podem assumir variadas formas, desde zonas de integração em função de um setor, como a CECA, a zonas de comércio livre e outras formas mais avançadas de integração, sendo o nível mais alto conhecido até hoje o da UE. Por conseguinte, os diferentes níveis de integração impõem constrangimentos distintos às políticas. Numa zona de comércio livre há a imposições que queda das barreiras alfandegárias de modo a propiciar a livre circulação de produtos, mantendo a liberdade dos

países desenvolverem políticas comerciais próprias. Uma união aduaneira dá um passo à frente e estabelece uma Política Comercial Comum. Nos níveis maiores de integração, como o da UE, há a harmonização das políticas a serem realizadas pelos Estados, bem como o estabelecimento de políticas comuns, com a transferência de poderes para a instância supranacional (Porto, 2009).

Nesse quadro, os cidadãos já não são apenas nacionais, mas também cidadãos de comunidades regionais e da comunidade internacional (Veiga, 2006). Ainda, questões nacionais assumem dimensões globais, sobretudo diante dos efeitos transfronteiriços das ações na sociedade de risco – como a emissão de gases poluentes -, e emergem outras, de cariz eminentemente internacional.

Desse modo, o interesse público já não é passível de ser delineado nos moldes tradicionais tendo em conta apenas as diretrizes constitucionais (Tavares da Silva, 2008b), e emergem, na arena internacional, interesses públicos globais, relacionados às áreas do ambiente, energia, direitos humanos e gestão de capitais (Tavares da Silva, 2010b). Se somarmos isso à autovinculação dos Estados a tratados, convenções e acordos e outros instrumentos de direito internacional, bem como à sua dependência de recursos financeiros transnacionais, a conclusão inelutável é a de que os Estados já não são capazes de construir e definir suas políticas autonomamente, estabelecendo as metas a serem alcançadas (Muller, 2018).

Com efeito, as novas naturezas e dimensões dos problemas verificados, impõe novas vias de respostas (Tavares da Silva, 2008b: 2) e, a fim de identificar a que nível essas devem ser realizadas, David Held (1995: 236) propõe um filtro dos problemas a partir de três testes que avaliam (i) a extensão dos indivíduos dentro e fora dos territórios que é significativamente afetado pela questão pública; (ii) a intensidade com que atinge o grupo de pessoas identificado; (iii) a eficiência comparativa dos diferentes níveis de governança, que busca avaliar a necessidade e a adequação de uma intervenção estatal, regional ou global.

Nesse toar, criam-se instituições intergovernamentais como o BM, WTO, ONU, WHO, como medida política dos Estados e destinada a elaborar políticas públicas (Lowi, 1967: 315) que visam regular matérias atinentes à prossecução do interesse público global. Dotadas de grande autonomia, as organizações internacionais são dotadas de poderes para, no âmbito dos seus tratados internacionais, impor obrigações aos Estados-Parte –

vinculativas consoante os termos acordados nos tratados -, desempenhando um importante papel na promoção de uma ação cooperada e concertada entre os Estados, bem como na orientação de seus comportamentos (Cassese, 2012).

No desempenho dessas tarefas, proliferam-se os instrumentos de *soft law* provenientes de instituições internacionais que traçam diretrizes acerca das metas a serem alcançadas – trazendo agendas de ação, com prazos para alcançar os objetivos, como a agenda 2030 da ONU -, assim como *guidelines* com as melhores práticas a serem adotadas para desempenhar um bom governo. A esse respeito, Pierre-Marie Dupuy (1991: 434), analisando a questão sob a ótica da *práxis*, assevera que, apesar de não vinculativos, esses *standards* fixados, indicam futuras obrigações a serem impostas aos Estados no cenário internacional e, portanto, tendem a ser observados pelos Estados.

Deveras, as *políticas públicas globais*, e a seu papel decisivo nas políticas estatais desafiam a democracia e a própria eficácia das decisões nos diferentes ambientes e contextos que se destina a regular.

Nesse toar, o novo referencial global que as políticas devem assumir desafia a ação pública “territorializada”, local ou estadualmente circunscrita e destinada a governar aquela comunidade de modo a suprir seus défices de proteção e corrigir as falhas do mercado que até então as *policies* se pautavam (Muller, 2018). *Pari passu*, à realização de políticas que efetivamente respondam às necessidades sociais (*responsiveness*) é imperativa a proximidade dos destinatários – que dificilmente é alcançada no nível transnacional, e confere destaque ao *local no global*.

Dessa forma, a *globalização* ou *internacionalização* das políticas acentua a necessidade de atuação coordenada e concertada dos níveis locais e internacionais. A outra face da moeda revela, assim, a necessidade das políticas situadas em níveis inferiores se caracterizarem como *políticas internas mundiais* (Moniz, 2017: 24).

Nesse toar, também os representantes nacionais devem, no contexto da realização das negociações que estão na base da *global law* e da *global policy*, levar as questões, desafios e necessidades dos Estados a essas instâncias de decisão, com vistas a atender aos interesses nacionais e minorar possíveis dificuldades de adaptação nacional e local às políticas globais.

No que tange ao desafio democrático, é possível identificar aqui ao menos duas faces: a legitimação democrática das decisões realizadas nessas instâncias. Não se cogita aqui uma legitimação pela via da eleição direta dos decisores dessas instâncias – tanto por remanescer a distância dos centros decisores em relação aos cidadãos que, ao fim e ao cabo, suportam os efeitos dessas decisões, como por não constituírem as eleições, hoje, o fator categórico de legitimação. Aqui, legitimidade das decisões não está pautada numa “ação do povo, pelo povo e para o povo”, mas sim na *governance* impondo processos informados pelos princípios da transparência e da *accountability*⁴⁴.

É necessário identificar se há aqui a presença dos *genes que compõe o seu DNA* também nesse ambiente. Aqui, não é possível falar numa Constituição global, notadamente diante da ausência de um Estado global e dos aspectos elementares de uma constituição (Tavares da Silva, 2014). No âmbito do *constitucionalismo global*, a doutrina refere-se a um *interconstitucionalismo*, assente numa rede de constituições (Canotilho, 2006a: 269), ou a um *transconstitucionalismo* caracterizado por uma abertura reflexiva a novas unidades normativas (Tavares da Silva, 2014)

Essencial é identificar a inexistência de ordenação dos poderes e competências no âmbito transnacional e tampouco numa separação de poderes tal e qual no ambiente nacional – haja vista existir mais uma continuidade do que uma separação entre os poderes (Cassese, 2012: 64), é possível vislumbrar uma ação racionalizada, coordenada e estrategicamente orientada à realização do interesse público global nas *global policies*.

Na definição “legislativa” das políticas há, como elucida Roeben (*apud* Cassese, 2012: 64), um poder legislativo em dois níveis: o primário, em que se verifica a produção normativa decorrente dos tratados, acordos, pactos, protocolos e convenções entre os Estados. Aqui, tem-se, sobretudo, uma gênese normativa a partir de atuações negociadas entre os Estados. O segundo nível legislativo cabe, já, a atores dotados de autoridade pública pelos tratados.

O aparato executivo nesse âmbito, embora não seja inexistente, é pouco desenvolvido, ficando a implementação a cargo dos Estados. Há, entretanto, algumas agências destinadas a auxiliar os países na implementação das políticas, como o Fundo Mundial para o Ambiente, estabelecida na Conferência Rio (Cassese, 2012: 64).

⁴⁴ Nesse sentido, TAVARES DA SILVA (2009: 167-168), destacando, ainda que a *governance* é um mecanismo capaz de legitimar ação de estruturas decisórias a qualquer nível, pela forma como essas são produzidas.

1.2. Políticas Públicas Europeias

No que tange às políticas da UE e sua reverberação no universo das *policies* é, em primeiro lugar, a existência de dois níveis de decisão – um supranacional e outro nacional (Cassese, 2002). Esse fator, somado a outros aspectos, leva parte da doutrina a considerá-la um *fenômeno federal*. No entanto, a natureza desse sistema original de integração supranacional, é ainda bastante controversa⁴⁵.

A existência desses dois patamares de decisão decorre, sobretudo, da transferência de parte da competência dos Estados para as a UE⁴⁶, delimitando sua esfera de competência através do princípio da atribuição – que no âmbito das competências que não forem exclusivas, deve ser conjugado com o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade, conforme o art. 5º/3, TUE.

Já aqui, assinala-se a inexistência de uma Constituição europeia formal, muito embora já tenha sido levado a cabo um projeto nesse sentido que, todavia, não vingou. No entanto, verifica-se nos princípios jurídicos e nas normas dos tratados a existência de uma constituição material que fundamenta a ação administrativa da UE (Tavares da Silva, 2010a: 20). Ainda assim, não é possível identificar, no domínio da UE, a aplicação do princípio da separação dos poderes da forma como esse é concebido no âmbito dos Estados e Constituições nacionais. Como já referido, há aqui uma aplicação dinâmica desse princípio, segundo o princípio do equilíbrio institucional (Canotilho/Moreira, 2010).

Elaboradas a partir de uma ação racionalizada, que envolve órgãos administrativos e legislativos da UE, as políticas europeias, como assinala Renaud Dehousse (2010) são predominantemente regulatórias e constitutivas e concernentes à área das *utilities*, atinentes à matérias econômicas e de concorrência, não obstante verse também em grande medida sobre o domínio do ambiente e, após o Tratado de Lisboa estabeleça níveis mínimos de proteção no âmbito social.

⁴⁵ Para um esboço acerca das teses que se mobilizam na doutrina acerca do tema, v. (Martins, 2017: 224-232).

⁴⁶ As competências transferidas assentam em regime de exclusividade sobretudo no domínio econômico, da concorrência e da conservação dos recursos biológicos do mar (art. 3, TFUE), verificando-se também atribuições partilhadas com os Estados-Membro nos âmbitos do ambiente, social, energia e transporte, entre outras (art.4º/2, TFUE).

Nesse vasto campo, tem como desafios patentes estabelecer programas de ação que realizem os objetivos da UE de forma eficaz, eficiente e alcancem resultados harmônicos no seio de nações com características de ordem econômica, social e cultural demasiadamente distintas. O que implica, também a dificuldade de harmonizar os distintos interesses dos Estados-Membros, a par dos interesses globais e dos interesses dos privados e particulares, bem como a imperiosa implementação concertada das políticas através do um *método aberto de coordenação* (Comissão, 2001).

As decisões políticas são, assim, formadas a partir de uma base negociada. Nesse ambiente, o Estado figura como um ator que expõe os interesses, necessidades e possibilidades e tende a negociar soluções com a UE, os demais Estados e atores privados (Tavares da Silva, 2008a). E, de forma a transpor os desafios assinalados, a Comissão lança mão de Livros brancos e verdes que lançam discussões a nível transnacional acerca de assuntos de interesse comum e visam alcançar soluções conjuntas para problemas pertinentes e de interesse comum dos Estados-Membro. E cada vez mais, utiliza-se da *soft law* para incentivar a adoção de comportamentos favoráveis aos objetivos da UE pelos Estados-Membros. A esse respeito, assinala-se a progressiva adoção de recomendações pela Comissão aos Estados que, apesar da sua natureza *soft* – cuja ausência de vinculatividade está prevista no art. 288º, TFUE, e a sua não suscetibilidade ao controle judicial no art. 263º/1, TFUE – mas que progressivamente preveem mecanismos de controle e prestação de contas que, na prática, conferem caráter de obrigatoriedade à mudança de comportamento dos Estados⁴⁷ – e a adequação de suas políticas às recomendações.

Na constelação normativa do direito europeu, vislumbram-se atos legislativos de natureza obrigatória e diretamente aplicáveis que dispensam a intervenção legislativa nacional para produzir efeitos vinculativos e serem implementados no âmbito estatal – é o caso dos regulamentos e das decisões. E mesmo nos atos destinados a harmonizar os resultados – como ocorre com as diretivas – deixando livre a escolha dos meios para tanto, o que se nota é uma limitação do poder legislativo a transpor as diretivas na sua integralidade (Tavares da Silva, 2010a: 13).

⁴⁷ Nesse sentido, e destacando a necessidade de controle material dessas medidas, não as excluindo da fiscalização jurisdicional, v. CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL, (C-16/16).

Além disso, o princípio do primado do Direito Europeu, de construção jurisprudencial, ao trazer a ideia de aplicação do direito comunitário pelo poder judicial e pela administração em caso de conflito de normas, bem como a da interpretação de normas do direito nacional à luz do direito comunitário sobre o seu sentido (Martins, 2017), reduz a margem de conformação legislativa ao trazer “reflexamente” a obrigação do legislador atender para as disposições originárias e derivadas da UE na definição de políticas públicas nacionais, em ordem a prevenir conflitos e zelar pela segurança jurídica. No entanto, como evidenciado no art. 8º/4, CRP, apesar da reconhecida primazia do Direito Europeu sobre o direito (ordinário e constitucional) dos Estados-Membros, essa encontra limites nos princípios fundamentais de Estado de Direito (Canotilho/Vital Moreira, 2010: 270).

Assim, em grande medida, o que se verifica no contexto das *policies* dos Estados-Membros é a implementação de políticas desenhadas e definidas a nível europeu (Tavares da Silva, 2010: 11), e alterações na dinâmica da atuação pública no domínio das políticas – impacto sentido, sobretudo, pela AP -, que vão desde a alteração da concepção tradicional de serviços públicos⁴⁸ até a verificação de atuações cooperadas principalmente entre a AP dos Estados Membros e as instituições administrativas da UE, mas também entre esses e os cidadãos, criando o cenário propício para o empreendimento de atuações atípicas com vistas a influenciar seu destinatário e, assim, alcançar sua colaboração voluntária. Mais, no contexto em que a harmonização dos critérios de implementação se faça necessário – sobretudo quando estão em causa critérios técnico-científicos-, a execução dos atos da UE se faz diretamente pelas suas instituições administrativas (sobretudo pela Comissão), num procedimento onde quase sempre tem lugar o já referido recurso à comitologia e, em determinadas áreas, como a farmacovigilância, às Agências Reguladoras da UE.

O aspecto democrático aqui também representa um desafio para a UE, mas com contornos distintos. Nada obstante a existência de instituições europeias cujos membros são diretamente eleitos – como é o caso do Parlamento -, ou onde há representantes técnicos de cada um dos países da UE – tal como ocorre nos comités de comitologia –, o déficit democrático das ações da UE em razão da sensação de distância das instituições europeias e da ausência do sentimento de *pertença*⁴⁹ à comunidade europeia, adensado com a falta de

⁴⁸ João Nuno CALVÃO DA SILVA (2008); Dulce LOPES (2003); Suzana TAVARES DA SILVA (2008b; 2014).

⁴⁹ Sobre o sentimento de pertença e a identidade com os valores de uma comunidade como elementos densificadores do conceito de cidadania, v. VEIGA (2006).

compreensão do sentido das ações da UE e da conexão dessas com o cotidiano do cidadão, vem há muito sendo assinalado pela UE (Aragão, 2005). Aqui, o reforço da legitimidade das decisões europeias perante os cidadãos passar, necessariamente, pela qualidade do resultado das decisões e do processo decisório, mais transparente, aberto, participado e responsável.

2. GUIDANCE E POLÍTICA PÚBLICA

O Estado dispõe de uma panóplia de meios para atingir seus objetivos: seja através da imposição de regras rígidas, da regulação, da negociação, da orientação. Aquele a ser escolhido para lidar com os distintos problemas será o que se assumir como a melhor estratégia a ser adotada (Baldwin/Cave/Lodge, 2012).

A atual conjuntura aponta para a necessidade de desenhar as políticas de modo articulado, a fim de incorporar a reflexividade e fixar uma direção a ser seguida resguardando uma margem de liberdade de escolha dos destinatários de modo que esses, no exercício da sua auto-regulação, colaborem para atingir o resultado pretendido (Thaler/Sunstein, 2008).

Nesse cenário, a utilização da *guidance* tende a fazer carreira. Trata-se de uma forma de agir essencialmente pautada em orientações e de negociações voltadas a moldar ou alterar comportamentos de acordo com objetivos específicos, em ordem a produzir os resultados pretendidos (Black, 2002).

Essas atuações mais elásticas que tendem a ser, também, mais brandas e até mesmo frágeis (Gonçalves, 2001: 728), almejam regular a complexa sociedade hodierna a partir da realização de ações que buscam oferecer estímulos a adoção de determinadas condutas sem, contudo, conferir a essas um caráter obrigatório ou impositivo (Morand, 1999: 162). Assim, a adesão dos particulares às orientações oferecidas é voluntária, estando juridicamente livres para aderir ou não ao comportamento desejado, sem que haja qualquer sanção direta.

Trata-se, portanto, de uma ação que possui uma intencionalidade exógena, e não endógena (Vicente, 2012: 116), não se confundindo com a *supervisory guidance* (Narita, 1968)

muito embora essa, ao dirigir-se e negociar com entidades que compõe a estrutura da própria administração, utilize instrumentos semelhantes, como recomendações e circulares (Vicente, 2012). Essa intencionalidade voltada a conformar comportamentos que lhe são externos também assinala, aqui, a inexistência de uma finalidade de autovinculação da AP, muito embora essa seja – sobretudo em razão do Princípio do Estado de Direito e seus subprincípios densificadores – um dos seus efeitos, acarretando a redução da sua discricionariedade.

Pontue-se que a adoção de atuações com vistas a influenciar comportamentos, não é exclusiva do Estado. É adotada também no âmbito internacional e por atores não-estatais (Black, 2002), como empresas que se utilizam da lógica do aumento ou diminuição dos custos cognitivos e do poder da informação para influenciar a conduta dos seus clientes (Sunstein, 2016). No entanto, essas atuações já não se sujeitam ao mesmo regime jurídico da *administrative guidance*, e dificilmente conseguem exercer a mesma influência que o Estado no uso desses instrumentos – por ser *quem é*, e a importância de quem realiza uma orientação no valor dado a essa e nas chances de adesão⁵⁰.

As formas cooperativas de atuação trazidas pela *guidance* constituem mecanismos alternativos de exercício da função dirigente, que permitem desenhar as políticas e concretizá-las de forma dinâmica, guiando a conduta dos destinatários a partir da sua própria aceitação e não poucas vezes, de negociações e compromissos firmados entre esses e o governo, o que contribui para maior aceitação das medidas. No entanto, seu êxito está intimamente dependente da criação de um ambiente de confiança capaz de alicerçar o empenho – por vezes patrimonial - dos particulares (Tavares da Silva: 2008a).

No âmbito da regulação econômica, a *guidance* exprime uma orientação dirigida pela AP aos mercados e agentes econômicos com vistas a conformar seus comportamentos, seja a partir do estabelecimento de metas a serem alcançadas, deixando aos agentes a escolha das medidas (*performance-based regulation*), ou a partir do estabelecimento de *standards* mais ou menos detalhados de condutas (*principles-based regulation*) (Vicente, 2012). Na medida em que esse conjunto de ações estão inseridas no *guarda-chuva* das políticas públicas e destinam-se a trazer eficiência para a realização dos seus objetivos, não podemos deixar de assinalar sua valia para essa área. No entanto, a atividade colaborativa

⁵⁰ Nesse sentido, v. SINDE MONTEIRO (1989) e NARITA (1968)

que aqui cuidamos não se insere especificamente nesse âmbito – embora não dele não se distancie por vezes o intercepte –, mas assume uma dimensão mais ampla, podendo ser entendida como a orientação da administração (direta ou indireta) dirigida aos destinatários e agentes econômicos das políticas com vistas a alcançar a colaboração a partir da sua adesão voluntária ao comportamento pretendido.

Na *toolbox* oferecida pela *guidance*, há um extenso leque de instrumentos capazes de influenciar a adoção dos comportamentos, situados em pontos distintos do quadro de juridicidade (Vicente, 2012: 116) – mas que, ao nosso ver, jamais podem se dar fora desse.

A alteração ou constituição dos incentivos podem se verificar na definição ou regulamentação das políticas, com o estabelecimento de uma *arquitetura de escolha* para seus destinatários (Sunstein, 2016) a partir do aumento ou da diminuição dos custos cognitivos ou materiais (Sunstein/Thaler, 2008) de determinadas escolhas. É o caso das escolhas *by default*, com o estabelecimento de padrões de escolhas nas normas que concorram para o interesse público e seriam aceitáveis sob a ótica do destinatário, haja vista a tendência humana para a inércia. Esse ainda pode adotar conduta diversa, mas terá o “custo” de sair da inércia e empreender medidas para tanto.

Pode-se vislumbrar também a utilização de incentivos econômicos (Morand, 1999: 142), que ao invés de vedar um comportamento ou sancionar sua adoção, aumentam os custos do comportamento *indesejado* numa medida aceitável e capaz de conduzir ao resultado pretendido, a fim de desincentivar sua escolha, ou diminuem os da conduta almejada, já agora instigando sua adoção e, em todo caso, induzindo-o a adotar comportamentos de acordo com o interesse público (Baldwin/Cave/Lodge, 2012: 111). Assim, uma redução no custo dos transportes públicos – aliada ao bom funcionamento desses – pode incentivar os particulares a utilizarem-nos, ao invés de seus carros próprios, contribuindo para a redução de problemas de trânsito e atenuando a poluição. De semelhante modo, a instituição de um valor acrescido na fatura de energia após o consumo ultrapassar certo patamar pode conduzir à redução do consumo.

A *Administrative Guidance* comporta também a atividade interpretativa que visa descomplexificar e facilitar a atuação dos destinatários em conformidade com as normas vigentes.

Contudo, dentre os instrumentos de ação disponibilizados pela *guidance*, as atuações atípicas tem encontrado terreno fértil para sua paulatina utilização pela Administração Pública, haja vista a flexibilidade, reflexividade, eficiência e redução de custos que proporcionam à atuação estatal, mostrando-se capazes de guiar a comunidade e auxiliar a construção do ambiente desejado pela administração e, por conseguinte, no êxito dos objetivos traçados pelas políticas (Narita, 1968). Essas normalmente se perfazem em processos comunicativos do Estado com os grupos interessados (Black, 2002), e em atividades conformadoras de comportamentos, como recomendações e advertências.

No entanto, se por um lado a informalidade dessas ações e sua ausência de vinculatividade trazem reconhecidas vantagens, por outro lado, também impõem importantes desafios no que tange à garantia da segurança jurídica e à proteção da confiança legítima. É justamente na face das atuações atípicas da AP, no desenvolvimento da *guidance*, que se situa a nossa análise.

2.1. Ação Pública e *soft law*

Manifestações com vocação normativa, mas desprovidas de caráter legalmente vinculante, que carregam uma expectativa de cumprimento através de sua índole persuasiva (Möllers, 2010), a *soft law* é uma realidade que ganhou notoriedade no âmbito do direito internacional – onde assumia a forma de diretrizes de ação fruto de negociações que convidavam os Estados a adotar condutas regulatórias (Dupuy, P.M., 1991: 430) -, cuja utilização tem sido alargada sobretudo em razão da UE, que lança mão desse instrumento – cuja natureza jurídica ainda tem sido debatida – no âmbito de sua atividade administrativo-regulatória.

A administração cosmopolita está inserida numa constelação de sistemas entrelaçados e convive com uma policentralidade normativa, caracterizada tanto pela *internormatividade*, como pela heterogeneidade dos materiais normativos – desde logo pela coabitação de normas *hard* e *soft* - que caminha para uma *rarefação* ou “*debilidade substancial da imperatividade dos preceitos legais*” (Vieira de Andrade, 2018: 30), com o aumento da utilização de instrumentos para-legislativos.

Soma-se a isso os desafios normativos colocados pelo direito do investimento estrangeiro, no qual a tutela das expectativas legítimas dos investidores resulta também – mas não só – dos contratos realizados (Moniz, 2017: 35), e que condicionam a atuação da AP nas áreas que os tangenciam.

Sua atividade vê-se, assim, regulada por um material normativo produzido em rede – tanto em níveis verticais como horizontais, sendo nesse último nível notória a realização de acordos ou compromissos - cuja vinculatividade, nas palavras de Paulo Otero (2007: 909) *anda a duas velocidades*: uma reduzida, marcada pela existência de instrumentos de *soft law*, e outra mais intensa, ou *hard*, fruto de uma normatividade dotada de imperatividade.

No entanto, para além do plúrimo universo jurídico que se coloca diante da AP, observa-se, no âmbito da *administrative guidance*, uma inflação de instrumentos de *soft law* pela própria AP, que progressivamente recorre a instrumentos de ação desprovidos de vinculatividade direta em relação aos seus destinatários – tais como recomendações, pareceres, avisos, *guidelines*, em substituição a normas obrigatórias e vinculativas, ou mesmo com vistas a complementá-las, elucidando sua interpretação – e, pode-se dizer, externalizando a conduta esperada para cumprir tal regulamentação.

Por um lado, se a incorporação desses instrumentos faz com que a atividade administrativa possua manifestações de juridicidade com forças vinculantes distintas, em contrapartida, sua natureza não imperativa e *a priori* não vinculativa, tornam essas *manifestações com vocação normativa, mas desprovidas de caráter legalmente obrigatório* instrumentos-chave da AP hodierna que possibilitam-na ultrapassar as possíveis barreiras de resistência e alcançar resultados efetivos, eficientes e cooperados.

Sublinhe-se, entretanto, que ao serem emitidos por autoridades administrativas – seja da administração direta ou indireta - esses instrumentos de *soft law* recebem o que Charles Albert-Morand (1999) chama de *selo de oficialidade*, isto é, uma presunção de que aquele é o comportamento esperado pelas autoridades públicas, o que acaba por produzir efeitos psicológicos semelhantes à *hard law*. Assim uma recomendação administrativa, sobretudo tendo em vista seu caráter subjetivo e carregado de juízos de valor acerca do comportamento mais adequado, acaba por, inegavelmente, expressar preferências públicas quanto a adoção de condutas que, como atuação informal que é, não possui caráter

obrigatório e vinculante, mas acaba por ser de grande relevância e ter chances consideráveis de realmente influenciar comportamentos.

2.2. Influência e Informação

No cenário da *administrative guidance*, a prossecução dos fins públicos por meio de uma ação cooperada tem como elemento chave a utilização de um processo comunicativo que se utiliza da informação para realizar uma influência ativa, a partir de instrumentos com graus distintos de intensidade (Velasco Caballero, 1998: 43), nos mecanismos psicológicos de escolhas dos indivíduos ou grupos, incentivando ou desmotivando certas preferências (Gonçalves, 2001: 726).

Afinal, num quadro de ignorância quanto a áreas específicas do conhecimento (Garcia, 2009) e das adequadas condutas a serem empreendidas – seja nas ações para guiar a vida, seja no comportamento para lidar com o risco e com o perigo –, é o fornecimento de informações claras, pertinentes, fundamentadas e acessíveis que é capaz de assegurar a realização de boas escolhas, funcionando como *pequenos empurrões* que influenciam a adoção do comportamento esperado (Thaler/Sunstein, 2008: 24).

A realização da atividade informativa da AP, notadamente na sua dimensão do *dever de informar* ou de disponibilizar informação assenta na comunicação de situações de fato (Sinde Monteiro, 1989) acerca dos assuntos e procedimentos públicos pode se dar através da divulgação de informações de cunho subjetivo – tais como opiniões, conselhos, recomendações ou advertências – ou mesmo de caráter objetivo, como relatórios, dados estatísticos, ou até informações que evidenciem a adoção por outrem do comportamento desejado.

Sublinhe-se, já aqui, que esse último tipo de informação acaba por ser um importante *trunfo* numa sociedade em que os indivíduos tendem a *seguir a manada* (Sunstein/Thaler, 2008), muito embora num contexto de administração cooperativa, a face subjetiva da atividade informativa esteja tendencialmente sob os holofotes, por expor os benefícios (como ocorre nas recomendações) ou prejuízos (caso das advertências) que podem advir da

conduta objeto do comunicado, podendo, ainda, conter um convite -expresso ou implícito – à adesão à espécie de conselho dado.

O que não exclui a capacidade de orientação e a possibilidade de, por trás da divulgação de determinadas informações puramente objetivas, esconder-se o intuito de a partir delas influenciar a formação de opiniões e, ao fim e ao cabo, o comportamento de seus destinatários (Gonçalves, 2001: 747). Ademais, por vezes o objetivo de influenciar pode ser mais bem atingido com a exposição de informações objetivas do que propriamente com aquelas que aconselham algo (Sinde Monteiro, 1989), sendo facultado à AP a escolha do meio que se afigure mais adequado ao fim que pretende prosseguir. Nesse cenário, as fronteiras entre uma informação neutra e uma informação diretiva acabam por diluir-se, o que leva Velasco Caballero (1998: 43) a afirmar que a ideia de neutralidade da informação pública é apenas um estado ideal.

Ademais, sublinhe-se o potencial legitimador de expectativas – nomeadamente de cunho patrimonial, como ocorre com os investidores estrangeiros – dessas informações objetivas acerca dos assuntos públicos, consubstanciada sobretudo em informes como relatórios e dados estatísticos, o que demanda responsabilidade acrescida com o verossímil conteúdo das informações divulgada por órgãos públicos, haja vista a proteção da confiança que são aptas a gerar e legitimar.

De se destacar que a informação não constitui um fim em si mesmo, mas uma *forma* do Estado atingir seus fins (Velasco Caballero, 1998: 48). Além disso, a comunicação e a disponibilização de informações administrativas ou detidas pelos órgãos públicos⁵¹ constituem dimensões concretizadoras do princípio da transparência (Tavares da Silva, 2017) e, *pari passu*, da democracia ao apresentarem-se como uma forma de *accountability*, bem como do Estado de Direito, haja vista constituírem uma das principais formas de reforçar a confiança - dos cidadãos, dos parceiros públicos e da comunidade global – na atividade estatal.

Sob as lentes do NDA, o princípio da transparência e a divulgação de informação a ele associada – que inclui também o acesso a documentos - deve receber uma leitura mais

⁵¹ A atividade informativa da administração não é apanágio apenas dos órgãos da AP direta, mas envolve também seu desenvolvimento pelas entidades da AP indireta e dos privados em que se verifique uma influência ou controle da AP.

aprofundada: mais do que a necessidade de facilitar o acesso à informação e de divulgar informações procedimentais, documentais e acerca das motivações públicas (Aragão, 2005), é preciso que essa informação possa ser compreendida por quem a recebe e, portanto, apta a produzir sentido e influenciar a atuação cooperativa dos particulares com a AP no desenvolvimento de políticas públicas mais eficazes e efetivas. Nesse toar, mais informação não é necessariamente sinônimo de *melhor governação* e tampouco de uma *guidance* aprimorada: ao contrário, a dificuldade de compreensão – seja em razão de linguagem técnica ou de mecanismos de adaptação de linguagem – ou mesmo de gestão da enxurrada de informações podem não produzir qualquer efeito e, no último caos, dificultar o processo de escolha que se busca influenciar (Tavares da Silva, 2017a: 165).

Imperioso sublinhar que ao lado da atuação que visa dar conhecimento sobre o funcionamento da atividade pública, verifica-se outra, assente na informação administrativa acerca da direção a ser dada as políticas e das posturas que se pretende adotar. O que chama a atenção para o instituto da promessa, que pode ser apto a criar expectativas quanto à verificação de atuações administrativas em determinado sentido que, diante do *efeito de visualização* (Muller, 2018) já referido⁵², podem influenciar a mudança de comportamento dos cidadãos, grupos e empresas.

2.3. O recurso às atuações atípicas

As atuações informais ou atípicas cuidam-se de um conjunto de instrumentos cuja nota comum é a ausência de regulação específica e de forma pré-definida (Velasco Caballero, 1998: 57; Rebelo de Sousa/Salgado Matos, 2007: 402), assinalando a doutrina também a ausência de vinculatividade (Gonçalves, 2001). Dessa forma, são manifestações que escapam dos moldes do ato, do contrato e do regulamento - *i.e.*, os meios típicos de atuação administrativa -, embora deles possa se aproximar, caracterizando-se como meio alternativos ou complementares às tradicionais formas do agir da administração (Tavares da Silva, 2008a: 894; Gonçalves, 2001: 754).

⁵² 4.2.3.

Caracterizam-se como novos *instrumentos* de atuação âmbito do *direito das políticas públicas*, que encontram terreno fértil para sua proliferação no âmbito da *administrative guidance*. Suas principais virtudes são a flexibilização da atuação administrativa⁵³, a possibilidade de intervenções mais rápidas e capazes de acompanhar os movimentos da sociedade, a maior possibilidade de aceitação das medidas, além do seu potencial para *harmonizar* conflitos de interesses. Incrementam, portanto, a eficácia e a eficiência da atuação da AP, ao poupar tempo e custos, mas trazem ainda desafios no que concerne à participação de terceiros nos procedimentos, bem como do próprio controle dessas atuações⁵⁴.

No entanto, a indefinição das formas de sua manifestação e de seu conteúdo (Tavares da Silva, 1998: 34) – corolário da sua atipicidade – impede a estrita catalogação dos seus tipos e adjetivos, e contribui para a verificação, desde a sua inserção na doutrina jus-publicista, de uma heterogeneidade de respostas doutrinárias quanto à natureza das atuações informais, dos seus efeitos, bem como acerca da medida em que o aspecto da ausência de vinculatividade se apresenta. No entanto, essa híbrida caracterização doutrinária, sobretudo no que tange à juridicidade, aos efeitos jurídicos e à vinculatividade das atuações materiais acaba por produzir reflexos no déficit de controle dessas atuações e na tutela dos direitos subjetivos legalmente protegidos em posteriores atuações administrativas, razão pela qual abordaremos a heterogeneidade que circunda essa tríade à frente⁵⁵.

Cabe aqui, destacar que se trata de uma categoria que não se confunde com os atos de mera administração ou atos materiais, caracterizadas como forma de atividade administrativa que se dirige à realidade fática, que podem surgir como consequência de implementação de decisão ou de uma autovinculação administrativa, isenta de intenção de alterar o ordenamento jurídico, mas suscetíveis de produzir reflexos jurídicos (Amado Gomes, 1999). Não se confundem, ainda, com os atos administrativos que trazem alguma flexibilidade à atuação administrativa na prossecução do interesse público, como o ato precário, e tampouco com a natureza cautelar do ato provisório⁵⁶.

⁵³ Essa flexibilização não é sinônimo de uma atuação puramente casuística, mas já agora pode se mover entre se move entre atuações obrigatórias e não obrigatórias. (Tavares da Silva, 1998: 45).

⁵⁴ Nesse sentido, v. Suzana TAVARES DA SILVA (1998) e Carla AMADO GOMES (1999).

⁵⁵ 2.3.2.

⁵⁶ Para maiores desenvolvimentos acerca da característica desses atos, v. Filipa URBANO CALVÃO (1998: 21-44).

No entanto, as atuações informais ou atípicas gozam de características aptas a conduzir ao tratamento autônomo dessas figuras. Ademais, cuidam-se de atuações que florescem num contexto de busca de mecanismos de atuação capazes tornar as políticas eficazes e eficientes, apresentando-se como uma resposta apta a trazer flexibilidade à AP na condução das políticas públicas e passível de ser lida a partir das lentes do direito das políticas públicas, bem como dos princípios constitucionais e daqueles que limitam materialmente a atividade administrativa. Ainda, as atuações informais ou atípicas comportam formas bilaterais, como os acordos informais, dificilmente reconduzíveis à atuação material ou real da AP (Gonçalves, 2001: 755).

De se sublinhar, no âmbito da autonomização das atuações atípicas, que mesmo aquela doutrina que não reconhece nessas uma dimensão de juridicidade, destaca a necessidade de sua diferenciação das demais atuações administrativas não individualizadas pela lei, em razão do seu potencial para transformar a realidade⁵⁷.

2.3.1. Principais manifestações

As atuações informais comportam, em sua panóplia de possibilidades⁵⁸, atuações unilaterais e bilaterais, entre as quais escolhemos realizar uma abordagem global de três daquelas que consideramos de expressivo valor para a condução e concretização das políticas públicas: as recomendações, as advertências e os acordos informais – que refletem, sobretudo, as negociações que têm lugar no âmbito das políticas públicas.

2.3.1.1. As recomendações

As recomendações constituem-se como uma forma de manifestação da atividade informativa da administração que visa influenciar as condutas de seus destinatários a partir da apresentação, de forma explícita ou implícita, dos benefícios que podem advir da adoção futura do comportamento que lhe é aconselhado (Gonçalves, 2001).

⁵⁷ Referimo-nos, aqui, ao posicionamento de NARITA (1968: 48).

⁵⁸ Para um excursão sobre algumas outras atuações de que não tratamos aqui, v. TAVARES DA SILVA (1998).

Como uma espécie de conselho – no entanto, menos intensa que esse –, são a expressão de juízos de valor sobre o que seria melhor e mais vantajoso fazer em razão da posição ocupada pelo destinatário no âmbito em que a recomendação foi emitida (Sinde Monteiro, 1989).

Trata-se de um convite a se comportar de determinada forma, entre várias possíveis (Velasco Caballero, 1998: 43), que podem ser realizados também para dar instruções acerca das ações recomendadas de *adotar um comportamento conforme*⁵⁹ às regras vinculativas, de modo a facilitar a utilização de um comportamento adequado pelos particulares. De modo geral, as recomendações permitem aos poderes públicos dirigir e gerir a sociedade deixando a essa uma margem de exercício de liberdade sobre a adoção ou não de tal comportamento e, ainda, *como* irá fazê-lo, haja vista que a indicação da beneficência da adoção de determinada prática não possui caráter diretamente vinculativo (Morand, 1999: 165).

O recurso às recomendações tem ganhado amplo espaço em áreas complexas, como o direito do ambiente e da energia (Morand, 1999), com configurações multiformes. Pode se apresentar de forma explícita, hipótese em que estimula a adoção de comportamentos ou de consumo de produtos de forma mais incisiva, como “beba leite”, “beba águas de Coimbra” ou “use filtro solar”. Pode, ainda, utilizar-se de propagandas que explicitam os benefícios da adoção da conduta recomendada, dão instruções para sua realização e podem se utilizar dessa comunicação explícita. É o caso, por exemplo, das campanhas de incentivo a doação de órgãos no Brasil⁶⁰.

Além das referidas formas, uma recomendação pode ser feita também sob a forma de documentos escritos destinados à comunidade externa à administração, como os privados que com ela cooperam ou os particulares, em documentos que podem mais ou menos se assemelhar a documentos legislativos.

⁵⁹ Tenha-se em mente as recomendações realizadas por agências reguladoras, como a ERSAR. Essa realidade também foi trazida nas CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL (C-16/16).

⁶⁰ Diferentemente de Portugal, em que a doação de órgão é presumida, através de uma *default rule*, no Brasil, de acordo com o art. 4º, Lei 9.434/97, essa só é permitida através da autorização da família do doador, sendo indiferente manifestação de vontade prévia do indivíduo, ainda que de forma inequívoca. Dessa forma, o Ministério da Saúde constantemente veicula informações nos meios de difusão acerca dessa realidade, mostrando os benefícios dessa decisão e utilizando-se de frases como “converse com sua família. Seja um doador de órgãos”.

Pedro Gonçalves (2001: 744) assinala, ainda, as certificações como uma forma de expressão das recomendações, ao distinguir algum produto através de certificados que identificam os atributos de alguns produtos, como sua qualidade, sua inserção no quadro de um desenvolvimento sustentável, bem como a adoção de *boas práticas* no seu processo produtivo.

Há que se distinguir aqui, sumariamente, ao menos duas espécies de certificações: a primeira, consistente num *sistema voluntário*, que visa obter a adesão voluntária dos privados, que tendo em vista as eventuais contrapartidas, bem como a possibilidade de obtenção de uma posição valorizada em face da concorrência em razão do reconhecimento de alguns atributos, como suas preocupações ambientais (Pereira da Silva, 2001: 225), que estimulam os destinatários a uma aquisição preferencial (Gonçalves, 2001: 727), tendem a adequar suas práticas aos critérios exigidos para a obtenção dos certificados; e uma outra, *obrigatória*, que já não se enquadra nas recomendações, mas constitui uma forma de atuação que se seria uma via intermédia entre o ato administrativo e uma atuação administrativa sancionatória e fiscalizadora (Tavares da Silva, 2010b: 91), destinada a dar cumprimento a políticas. É o caso, por exemplo da certificação energética dos edifícios.

Por fim, destaque-se que a elaboração de recomendações com vistas a orientar comportamentos não é uma exclusividade do aparato administrativo estatal, tendo sido adotado também pela UE como já assinalado, e por organizações – sobretudo internacionais – localizadas fora da organização administrativa. Exemplo disso são as recomendações realizadas pela OCDE, com esteio em estudos sobre as melhores práticas em diversos setores – que por vezes elegem alguns *paradigmas* de atuação, bons exemplos a serem seguidos - destinadas aos Estados pertencentes à referida organização. O que destaca, como salientado alhures, a imprescindibilidade de identificar a autoria administrativa das recomendações – e ainda, no âmbito de competência conferida às instituições -, para lhe reconhecer efeitos jurídicos.

No contexto comunitário, as recomendações são atos típicos das instituições da UE, por força do art. 288º, TFUE, mas desprovidas de vinculatividade jurídica em razão do mesmo dispositivo. No entanto, a sujeição da atividade da UE a princípios jurídicos – entre os quais ganha relevo nesse cenário o princípio da proteção da confiança legítima - que conferem a ela, também, uma vinculatividade de geometria variável, como se verá adiante.

Vale salientar, todavia, que nessa esfera é comum a emissão de recomendações destinadas às administrações dos Estado-Membros, o que dificulta sua caracterização, nesses casos, no âmbito da *administrative guidance*.

2.3.1.2. Advertências

As advertências ou avisos ao público constituem uma das manifestações da atividade informativa ativa da AP, através do qual essa busca evidenciar as consequências negativas que podem advir da adoção de um comportamento, visando *desincentivar* a sua adoção (Gonçalves, 2001).

Com o escopo de veicular informações sobre perigos ou riscos associados a condutas, atividades ou produtos, as advertências revelam uma forma de combate a esses fatores de ameaça que, através do desestímulo da sua adoção ou consumo, almeja atenuar ou evitar os resultados indesejados – e mesmo imprevistos - que podem sobrevir. Está, portanto, em causa uma atuação levada a cabo no âmbito do dever de proteção da AP (Gonçalves, 2001).

Note-se que também aqui, a realização de advertências ao público não é exclusiva da AP – ao contrário, trata-se de uma ação bem difundida, por exemplo, por associações de defesa do consumidor, e pode ser realizada pelos provados em razão de uma imputação de obrigação legal de realizar publicidade negativa quanto aos riscos e perigos associados à conduta. No primeiro caso, havendo a inexistência de vínculo com a AP, a essas não se aplica o regime jurídico de direito público aplicável à AP. Realidade distinta ocorre no segundo caso, em que há as advertências indiretas que, muito embora não seja realizada diretamente pela AP, esta é considerada a responsável e autora das advertências realizadas nesses moldes. É o caso dos apelos negativos nas embalagens de tabaco.

Este último, aliás, é um exemplo paradigmático da absorção das advertências pelo Direito Comunitário, que através do art. 5º da Diretiva 2001/37/CE determinou que os Estados membros adotassem medidas adequadas para impor a realização desses avisos em porcentagens dos espaços das embalagens comercializadas.

Como uma espécie de recomendações negativas, as advertências podem assumir a forma de simples declarações – como *fumar pode matar* ou *fumar prejudica gravemente saúde* -, mera informação que qualifica um comportamento ou um produto como perigo ou os inclui numa lista dessa natureza, ou comunicações dirigidas ao público. Nessas situações, a simples externalização do perigo ou do risco advindo de certos comportamentos, serviços ou produtos já é suficiente para caracterizar a advertência, não sendo imperioso o convite explícito à sua não adoção (Gonçalves, 2001: 732). Casos há, entretanto, em que se verifica esse apelo ou convite à abstenção, quando o “fumar pode matar” transforma-se num “não fume”. Ou, ainda, “não coma carne de vaca”, “se dirigir, não beba”.

Nessa senda, Velasco Caballero (1998) classifica as informações divulgadas com o intuito de alertar – de forma descritiva ou prática - sem conter propostas de comportamento claramente definidas, como *avisos*, qualificando as advertências como aquelas informações que já especificam um comportamento concretamente aconselhado. Esses termos, entretanto, acabam sendo utilizados pela doutrina com alguma indistinção⁶¹.

Trata-se de medida que pode assumir um caráter complementar – isto é, vir acompanhada de um ato formal da administração – quando estiver em causa, por exemplo, advertências anormalmente perigosas e graves, ou produtos que não cumpram requisitos legais, hipótese em que esses avisos deverão vir acompanhados de medidas típicas para a retirada dos produtos de circulação (Gonçalves, 2001).

Com efeito, as advertências – sobretudo aquelas que renunciam à sua generalidade para adquirir feições concretas, através da menção a marcas, empresas, ou produtos, ou aquelas realizadas em situações urgentes⁶² – suscitam problemas quanto à ingerência nos direitos fundamentais – e, de forma mais ampla, nos direitos subjetivos públicos. Essa situação chama a atenção para a necessidade de a observância do princípio da legalidade, na sua dimensão positiva da reserva de lei, que impõe a necessidade da AP atuar consoante os critérios estabelecidos pelo legislador no programa normativo na concretização dos direitos fundamentais e atribuição de direitos subjetivos públicos, bem como ao mandato de conformação multipolar, *i.e.* se lhe foi conferido um âmbito material de competência para

⁶¹ Veja-se a utilização sinônima conferida por Carla AMADO GOMES (1999: 224).

⁶² A urgência aqui é entendida como a situação de caráter excepcional, que ante os perigos ou riscos iminentes legitimam atuações mais incisivas (Urbano Calvão, 1998: 61). A esse respeito, Pedro GONÇALVES (2001: 780) destaca que a verificação de uma situação de urgência, de um perigo ou risco anormal, pode, por si só legitimar atuações e ingerências em direitos não fundadas em lei.

conformar os direitos em conflito. Além da observância da reserva de lei, essas atuações postulam também a conformidade com os princípios da verdade, que como uma imposição da própria prossecução do interesse público, exige a verificação da efetiva existência do pressuposto do perigo cuja sua atuação visa proteger (Gonçalves, 2001: 793), bem como os princípios da proporcionalidade, igualdade e procedimentalidade – a exigir não uma formalização, mas sim a fundamentação das advertências.

Trata-se de uma modalidade de ação que pode produzir efeitos equiparáveis ao de um ato administrativo formal, mas sem as vestes formalmente regulamentadas desse e a rigidez de uma *proibição expressa*. Nesse toar, não é impossível que a opção pela veiculação de uma propaganda que, ao advertir acerca dos riscos associados ao consumo de um produto, produza para o seu fabricante os mesmos efeitos de um ato formal que o proíba⁶³. Um cenário como esse revela a necessidade de controle material dessa atividade, inclusive para a tutela dos direitos subjetivos dos lesados.

Ademais, esses avisos podem acabar por atingir outras esferas que vão além do objeto do alerta, tais como a reputação e a confiança em uma empresa⁶⁴. O que impõe a observância do princípio da proporcionalidade pela AP, no que concerne à opção pela advertência, além do modo como essa deve ser realizada (Amado Gomes, 1999: 224)

Vale salientar que, quando estiver em causa riscos ou perigos, as recomendações e as advertências, como expressões da atividade informativa da Administração, se afiguram como ações intercambiáveis, isto é: pode a AP optar por estimular a adoção de determinada conduta, através das recomendações, destacando seus benefícios, ou desincentivar a adoção de postura contrária através de advertências que dão conta de seus perigos (Gonçalves, 2001: 744). A determinação entre essas distintas atividades de informação ativa e subjetiva terá, então, em conta àquela mais apta e proporcional a atingir os fins pretendidos.

⁶³ Sublinhe-se, aqui, o elucidativo exemplo das bebidas energéticas trazido por Suzana TAVARES DA SILVA (2008a), cuja proibição de venda levou à condenação da Itália pelo TJUE e, no entanto, a escolha de uma propaganda ressaltando as características negativas que levaram à sua proibição seriam passíveis de produzir efeitos semelhantes a essa.

⁶⁴ Veja-se o exemplo da advertência realizada pelo Ministro da Agricultura ao divulgar uma nota, na época de surto de peste suína africana, contendo o nome das empresas e comerciantes que vendiam e distribuíam carnes suínas oriundas de abates clandestinos, tendo uma das empresas requerido indenizados pelos prejuízos ao seu bom nome comercial. Na ocasião, entretanto, o STA entendeu inexistir conduta ilícita do Ministro, ante seu dever de prevenir atentados à saúde pública e de notícias na imprensa que denunciava a atuação dessa e de outras empresas. V. AMADO GOMES (1999: 235).

2.3.1.3. *Os acordos informais*

Inseridos no âmbito das atuações negociadas, os acordos informais constituem uma manifestação da *guidance* em que a cooperação com os demais atores é alcançada através de uma atuação bilateral, com a realização de acordos atípicos desprovidos de vinculatividade. Sua *áxis* consiste na *bargaining*, isto é, uma discussão levada a cabo por dois ou mais atores com vistas a atingir um consenso, cuja incidência se verifica em numerosos setores – e podem acarretar a celebração de atos formais, como contratos e licenças, ou mesmo a *acordos amigáveis*, desprovidos de vinculatividade jurídica (Morand, 1999: 167).

Essas atuações dialogadas ou negociadas com vistas a atingir consensos abundam em tempos hodiernos, por serem apanágio da estrutura jurídica reflexiva, que busca estabelecer os objetivos a serem realizados por uma política de forma consensual, não estritamente regulada pelo direito, com os interessados (Willke, 1991), além de consistirem no principal instrumento de atuação do Estado no ambiente das políticas globais, fortemente estruturado em torno de uma *Governance by agreements*, que envolve transações, contratos, cooperação, acordos mútuos, partilha de poder e consenso (Cassese, 2012).

O *bargaining*, seja explícito ou implícito, ganha relevo nos domínios em que se faz necessário articular os diversos interesses em jogo, bem como compreender as possíveis dificuldades dos privados em concretizar as medidas *a priori* pretendidas pela AP, e chegar a um denominador comum, seja através da negociação das próprias metas a serem traçadas na prossecução do interesse público, das possíveis medidas densificadoras das políticas, adotadas em razão de convenções prévias tendentes a estabelecer um ambiente favorável para a cooperação dos privados (Tavares da Silva, 2008a: 912) e, ainda, contribuem para o incremento da legitimidade das atuações, colmatando déficits democráticos (Amado Gomes, 1999).

Por isso, tem lugar privilegiado na formação e concretização de grandes políticas nacionais que envolvem um caleidoscópio de interesses, de forma a evitar medidas restritivas que

poderiam levar à sua ineficácia ou a barreiras de colaboração e investimentos. Nesse âmbito, buscam através de processos complexos estabelecer compromissos ou bases de concertação, no âmbito dos quais vão se realizando consensos acerca dos interesses (Tavares da Silva, 2008a).

No entanto, retomando a ideia da criação da confiança como elemento-chave para o empenho dos particulares, a realização desses acordos está umbilicalmente ligada à criação de um ambiente de confiança para alcançar os esforços dos privados na cooperação com a concretização dos projetos governamentais.

Nessas negociações, o Estado renuncia ao seu monopólio de unilateralmente desenvolver o quadro de regras a ser impostas a certas situações (Lascoumes, 1991: 233), para negociar soluções que podem colaborar para a elaboração de atuações típicas, ou de acordos desprovidos de vinculatividade jurídica, baseados na confiança e na expectativa de cumprimento da outra parte, como forma de otimizar a eficácia da direção que deseja imprimir aos comportamentos (Morand, 1991: 183). O que, entretanto, não exclui seu caráter bilateral, uma vez que a solução adotada é consensualmente obtida através de diálogos e negociações em que o próprio Estado é chamado a ceder para realizar esses acordos⁶⁵.

Exemplo disso é o recente acordo realizado pela Direcção Geral de Saúde com sete indústrias alimentícias para a redução do sal e açúcar nos alimentos, em que inicialmente se pretendia a redução de 20% do açúcar em alguns produtos como cereais e refrigerantes. Contudo, diante da dificuldade de adaptação das empresas, acordou-se a redução de apenas 10% do açúcar⁶⁶ - o que revela seu potencial de harmonizar interesses.

As negociações podem ter lugar na própria definição das políticas, em que se verifica a participação de grupos de interesses, como empresas, grupos representantes de interesses e sindicatos, que atuam de formas distintas nas preparações dos trabalhos legislativos (Morand, 1991) com vistas a influenciar ou evitar a criação de leis.

⁶⁵ Assim, contrariamente a Vasco PEREIRA DA SILVA (2003: 476), acreditamos que essas formas de atuação não podem ser classificadas como unilaterais e tampouco valem apenas pela vontade da AP.

⁶⁶ Tenha em vista a notícia veiculada a respeito do acordo mencionado. V. <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/interior/meta-de-reducao-de-sal-e-acucar-do-governo-ficou-a-metade-do-proposto-pelas-organizacoes-10853738.html>

Essas atuações negociadas no âmbito legislativo, além de contribuir para a realizabilidade das leis ao evitar possíveis resistências em razão do acoplamento do grupo que deseja influenciar na criação de soluções, também possui a virtude de permitir o exercício da margem de liberdade dos agentes particulares a partir de objetivos *auto-impostos* (Willke, 1991). Além disso, como salienta Suzana Tavares da Silva (1998: 75), relaciona-se com o princípio de eficácia, uma vez que os quadros legislativos definem critérios determinantes para a atuação discricionária da administração, constituindo a base de uma atuação de qualidade, além dos critérios normativos para o controle judicial.

No domínio administrativo, os acordos informais podem se verificar a partir de acordos verbais (*arrangements*) e acordos escritos (*gentlemens agreements*). Os primeiros são criados com uma intenção de obrigatoriedade, embora não possuam previsão de sanções em caso de descumprimento - contudo, o próprio incumprimento da outra parte já se consideraria considerada uma sanção proporcional (Tavares da Silva, 2008a: 913).

Quanto aos segundos, apesar de sua forma escrita, os mesmos não possuem vinculatidade formal, constituindo meros ajustes reduzidos à escrito sem obedecer a uma forma previamente regulamentada que, no entanto, se fundam numa expectativa de comportamento *gentleman* da outra parte em caso de desrespeito ao que fora acordado (Tavares da Silva, 1998: 61). Contudo, a sua materialização com a adoção de “forma” escrita possibilita a sua discussão e controle pelo público diante da visibilidade que lhe pode ser conferida, que também acaba por compelir as partes ao seu cumprimento, diante da possibilidade de notícia do seu incumprimento, o que por si pode constituir simultaneamente uma forma de controle e de sanção (Tavares da Silva, 2008a: 914).

Insta salientar que antes de decisões administrativas, é possível vislumbrar contatos prévios essencialmente confidenciais, de modo a não colocar em risco o compliance que almeja – que tomam forma, sobretudo, através da troca de cartas ou por atos notórios – destinados a contornar a possível resistência que as decisões podem encontrar na realidade prática, a partir do esclarecimento de questões relacionadas ao âmbito fático, técnico ou mesmo econômico. Com efeitos, as informações trocadas nesses contatos prévios não vinculativos podem sustentar expectativas legítimas patrimonialmente relevantes – de onde se extrai manifestações de vínculos entre as partes (Tavares da Silva, 2008a: 913).

Os acordos informais ainda constituem um mecanismo de boa-governança que permite negociar os custos fundados no princípio da proteção da confiança legítima, verificados na transação de um regime de monopólio para a concorrência de mercado. (Tavares da Silva, 2008a: 924)

Na seara dos acordos informais é possível visualizar com clareza a fragilidade do relacionamento em rede a que Morand (1999) se refere e que delinea o âmbito onde esses instrumentos do direito das políticas públicas se insere, e apesar de conseguir harmonizar os diferentes interesses em causa, dificilmente consegue superar – e acaba por absorver essas fragilidades.

Exemplo disso é o caso *Air Pollution Control Policy* (Tavares da Silva, 1998: 10-12), em que firmou-se um acordo informal com o escopo de evitar a classificação de uma área pelo governo como “*burdened regions*” quando os níveis de poluição do ar estivesse próximos ou acima dos *standards* mínimos de qualidade, ou em valores prejudiciais para a saúde. Nas regiões que recebem essa classificação, as indústrias são obrigadas enviar declarações com os níveis de poluição atmosférica anualmente, que servem de base para a elaboração dos objetivos regionais da política de qualidade do ar, não estabelecendo qualquer sanção.

Assim, em razão da publicidade negativa (e seus consequentes prejuízos) que pode ocorrer com a classificação de uma área como “*burdened region*”, as indústrias se comprometeram a enviar voluntariamente essas declarações, de modo a possibilitar a inventariação das informações e o estabelecimento adequado dos objetivos. Em contrapartida, as autoridades competentes se comprometeram a adiar a decisão de classificar aquelas áreas como “*burdened region*”. No entanto, enquanto algumas empresas cumpriam a obrigação voluntariamente assumida, outras não o faziam, ou elaboram declarações insuficientes. Diante da ausência de vinculatividade, a AP não pode exigir a apresentação dos relatórios, pelo que, diante do incumprimento, a área é declarada como “*burdened region*”, acarretando no prejuízo para todas as empresas da região, além da obrigatoriedade de apresentação dos mesmos relatórios.

No entanto, quando todos os envolvidos cumprem o que voluntariamente se comprometeram, esses acordos podem ser boas alternativas à típica atuação administrativa.

2.3.2. Juridicidade, efeitos jurídicos e vinculatividade

É nesse eixo que se situa o *embaraço dogmático* das atuações informais, possivelmente causado pela ausência de regulamentação jurídica dessas atuações e, sobretudo, da sua própria categorização, o que gera alguma controvérsia doutrinária quanto à natureza dos atos informais e que, ao nosso ver, dificulta sua correta tutela e pode dificultar seu justo tratamento pela própria administração.

2.3.2. Juridicidade e Efeitos jurídicos das atuações atípicas

Bohne⁶⁷, responsável pelos primeiros traços das atuações informais na doutrina jus-publicista na década de 1980, os concebia como *alternativas de fato* não regulamentadas pelo direito, empreendidas com vistas a reduzir as chances de resistência das decisões administrativas e possibilitar a posterior incorporação dos resultados dessa atuação nas formas tradicionais e vinculativas da atuação da AP (Tavares da Silva, 2008a: 905), como uma espécie de atuações integrativas, que visava melhorar a capacidade de atuação da AP.

Nesse toar, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos (2007: 405) não reconhecem a juridicidade das atuações atípicas ante a ausência de regulamentação jurídica das mesmas e, em sentido próximo, Charles-Albert Morand (1999: 173) aduz que em razão da ausência das características da sanção e da obrigatoriedade, essas ações não são dotadas de juridicidade, estando fora do quadro do direito.

No entanto, estando a própria atividade administrativa submetida ao direito – que não se esgota na lei, mas possui uma dimensão de juridicidade que está antes e para além dela – estando sujeita notadamente à Constituição e aos princípios materiais que informam e limitam a atividade administrativa, consoante o art. 266º/2, CRP, e diante da inexistência de um princípio de tipicidade das formas (Tavares da Silva, 2008a: 907), é certo que as atuações atípicas, mesmo sem regulamentação específica, devem estar sujeitas a esse quadro de juridicidade, estando portanto inegavelmente inseridas no âmbito do direito.

⁶⁷ Suzana TAVARES DA SILVA (1998: 35) e Pedro COSTA GONÇALVES (2001:754). Para um esboço do desenvolvimento dogmático das atuações administrativas informais na doutrina alemã, v. TAVARES DA SILVA (1998)

Essa acepção é, ademais, o alicerce da doutrina que se posiciona pelo reconhecimento da juridicidade das atuações atípicas ou informais da AP⁶⁸

Sublinhe-se, consoante as lições de Paulo Otero (2007: 917), embora as atuações atípicas, pela sua vitalidade e dinamicidade sejam pouco propícias ao enquadramento em fórmulas fechadas, não se pode afirmar que se trata de um agir ajurídico ou fora dos quadros da legalidade. Outrossim, a legalidade administrativa tem sido colonizada por um *direito de princípios*, reflexo de uma abertura do sistema constitucional a um modelo principialista (Otero, 2007: 168).

Além de reconhecer a juridicidade das atuações atípicas, é possível realizar uma espécie de *cartografia* das mesmas, enquadrando-as no novo direito administrativo (Tavares da Silva, 2010) e do direito das políticas públicas (Morand: 1999).

É necessário, no entanto, observar que a sua própria submissão à juridicidade torna imperiosa a observância da esfera de competência, em atenção ao princípio da separação dos poderes, somente podendo reputar-se como legítima uma atuação atípica se praticada no âmbito da esfera de competências materiais da entidade administrativa, seja essa conferida pela lei ou pela Constituição⁶⁹. É, ainda, vedada a sua utilização em substituição a um ato ou procedimento formal imposto por lei (Otero, 2007: 918).

No que tange aos efeitos jurídicos, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos (2007: 405) sustentam, na sequência do seu posicionamento pelo não reconhecimento de uma esfera de juridicidade das atuações atípicas, a impossibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a essas, ainda que *ex post*, com base no princípio da proteção da confiança legítima.

Charles-Albert Morand (1999), apesar de não reconhecer a juridicidade dessas atuações, admite que sejam suscetíveis de produzir efeitos jurídicos. Em sentido próximo, parte da doutrina assevera que apesar de destinarem-se a produzir efeitos meramente fáticos, as atuações informais podem adquirir relevo jurídico⁷⁰.

⁶⁸ Entre eles, destacamos BAUER, PFENNINGER (*apud* Tavares da Silva, 1998: 36-37); Suzana TAVARES DA SILVA (2008a); Pedro GONÇALVES (2001); Paulo OTERO (2007)

⁶⁹ No que tange à atuação no âmbito da esfera de competência, v. DINIZ DE AYALA (1995). Trataremos essa questão mais a frente, no ponto 3.2.3.

⁷⁰ Nesse sentido, v. Pedro GONÇALVES (2001). Falando já na inaptidão para produção de efeitos jurídicos, PAES MARQUES (2011: 65).

A própria juridicidade das atuações atípicas, aliada ao seu potencial conformador de comportamentos (Tavares da Silva, 1998), torna imperativo o reconhecimento da sua aptidão para a produção de efeitos jurídicos, bem como da possibilidade de controle dessas atuações (Tavares da Silva, 1998: 91), diante das expectativas que pode gerar, bem como da repercussão que poderá produzir nas esferas jurídicas dos particulares. Para isso, em conformidade com o princípio da separação de poderes, é imprescindível a observância do âmbito de atribuições da entidade administrativa que praticou o ato atípico para que possa ser considerada legítima e, portanto, apta a produzir efeitos jurídicos.

Note-se, a esse respeito, uma propaganda em que o Estado Irlandês incentivou o consumo de produtos nacionais, com o slogan “*Buy Irish*” e informações acerca dos benefícios dessa conduta para o país, como o aumento de empregos, acompanhada de medidas de disponibilização de informação ao consumidor para facilitar esse comportamento. Tal situação levou à condenação da Irlanda pelo TJCE, pelo incumprimento das obrigações previstas no art. 30, TCE, tendo o Tribunal declarado que mesmo os atos do governo desprovidos de força vinculativa podem influenciar o comportamento dos comerciantes e dos consumidores e produzir efeitos aptos a frustrar os fins da Comunidade Europeia⁷¹.

2.3.2. Vinculatividade de geometria variável – Atuações atípicas entre a soft e a hard law – a hoft law

No que tange já à vinculatividade, a ausência dessa característica é uma das marcas das atuações informais (Gonçalves, 2001). No entanto, poderia ser ingênuo carimbá-las com a ausência de vinculatividade apenas por não caber nas vestes formais.

Na esteira de Breuer (*apud* Tavares da Silva, 1998: 91), em consonância com a flexibilidade das atuações informais, o elemento da vinculatividade nessa seara também não apresentará um caráter rigidamente pré-definido, mas são dotados de uma específica vinculatividade jurídica que se situa entre os polos onde há a sua ausência e aquele em que há o *compromisso com a vinculatividade jurídica*.

⁷¹ v. Acórdão de 24 de novembro de 1982, *Comissão das Comunidades Europeias vs Irlanda*, Processo C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402.

Com efeito, a sua própria informalidade acarreta na inexistência de vínculos jurídicos *a priori*, mas nas quais é possível vislumbrar manifestações de vinculatividade que são aptas a produzir reflexos jurídicos (Tavares da Silva, 1998: 91). O que não significa a necessidade de absorção dessas atuações por uma das figuras tradicionais de atuação (formal) da administração⁷², mas advém da sua sujeição aos princípios jurídicos que compõem a esfera de juridicidade (Tavares da Silva, 1998: 91).

Tal e qual salientado alhures, como uma atuação que visa primordialmente orientar a conduta dos seus destinatários, as atuações informais não possuem uma intenção *endógena*, mas sim *exógena* (Vicente, 2012). No entanto, cuidam-se de manifestações carregadas de juízos de valor, que expressam as preferências da administração ou compromissos firmados com seus parceiros colaborativos e, ainda, que apontam a direção e o cenário que o aparato público deseja imprimir na sociedade.

Dessa forma, não se pode olvidar a existência de efeitos autovinculativos para a administração, limitando sua discricionariedade e o empreendimento de atos ou normas contrários a essa direção, sobretudo em razão da sua subordinação aos princípios estruturantes do Estado de Direito que tornam imperativa a tutela da confiança e a previsibilidade de sua ação (Otero, 2007: 916). Assim, embora não seja sua intenção primária, as atuações atípicas têm como principais efeitos trazer previsibilidade e regularidade para a atuação administrativa (Vicente, 2012: 116), fazendo com que a adoção de atos contrastantes apenas seja admissível de acordo com princípios jurídicos.

Sublinhe-se, inclusive, que nos acordos informais, a falta de vinculatividade formal direta acarreta consequências no que tange à inviabilidade da exigência de seu cumprimento, não excluindo, todavia, a possibilidade de reparação de eventuais prejuízos decorrentes do seu incumprimento (Tavares da Silva, 2008: 932).

No que concerne à vinculação dos destinatários, muito embora a adoção desses instrumentos atípicos indique que caso não haja a adesão e cumprimento voluntário dos particulares, em seguida a AP adotará medidas dotadas de vinculatividade que conduzam

⁷² Já aqui, destacamos o posicionamento adotado por Vasco PEREIRA DA SILVA (2002), que com parte da doutrina alemã e com esteio no CPA, reconduz as atuações informais que assumem uma vinculatividade à categoria dos atos administrativos.

ao mesmo fim (Morand, 1999: 165), essas atuações *soft* em regra não são, por si só, vinculativas.

Entretanto, a institucionalização da *soft law* pela AP e os efeitos que dela pode advir em razão de *quem* aconselha ou assume compromissos, traz à tona a necessidade de verificação substancial do instrumento para aferir seu caráter vinculativo ou não, a depender da natureza e especificidade do comportamento requerido (Dupuy, P.M., 1991: 430) e eventuais sanções impostas.

Nesse toar, Möllers (2010) elucida, a pretexto da regulação do mercado financeiro no âmbito da internormatividade, que a institucionalização da *soft law* por um órgão dotado de poderes de estabelecer normas de caráter vinculativo, aliada à previsão de mecanismos de supervisão do cumprimento das medidas recomendadas – por uma autoridade dotada desses poderes, ou por através do *comply or explain* (Catarino, 2012: 167) -, bem como à incorporação de sanções *soft*, como *naming and shaming*, que produz efeitos duros os quais inibem a não adoção da conduta. Esses efeitos clássicos da *hard law*, aliado à institucionalização da *soft law*, dá origem à uma terceira via das fontes do direito, a *hoft law* (Möllers, 2010: 387), em razão da vinculatividade material dessas formas.

Essa construção chama a atenção para a necessidade de controle material das formas de atuação sob a roupagem *soft*, em razão dos efeitos que pode desencadear, e parece confirmar a proposta de Suzana Tavares da Silva (1998), que preconizava, nas atuações informais substitutivas de atos ou contratos administrativos, a existência de uma nova espécie de atuações dentro da atividade administrativa, consubstanciada nas atuações não procedimentais geradoras de vinculatividade jurídica.

2.4. Que valor jurídico?

Para além dos efeitos jurídicos mais evidentes da utilização da *guidance administrativa*, assentes sobretudo na conformação de comportamentos, na legitimação de expectativas e na previsibilidade da atuação pública, sob uma ótica dinâmica ou intertemporal, as atuações atípicas da *guidance* voltadas a orientar comportamentos sem obrigá-los podem constituir o ponto de partida para a criação de normas obrigatórias, funcionando por vezes

como uma espécie de *legislação experimental*, cujo êxito e aceitação apontam para o provável sucesso de uma *hard law* com o mesmo sentido (Morand, 1999).

De se destacar, ainda o valor das recomendações como referência interpretativa, tanto para a administração como para a atividade jurisdicional, para a atribuição de sentido às noções indeterminadas (Morand, 1999: 171).

3. POSIÇÕES JURÍDICAS DOS DESTINATÁRIOS E DOS AUXILIARES NA CONDUÇÃO DAS POLÍTICAS

3.1. Direito Administrativo, Relação Jurídica e Políticas Públicas

O alargamento da atividade da AP, notadamente com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, sobretudo em razão da deslocação do núcleo da dogmática administrativista, antes centrado no ato administrativo, para um eixo de matriz subjetivista, que vê na relação jurídica o seu conceito medular – muito embora aqui não haja consenso quanto à própria deslocação desse eixo⁷³, e tampouco para a ocupação desse pela relação jurídica⁷⁴. Fato é, entretanto, que o deslocamento do cerne da dogmática administrativista para o conceito subjetivo de relação jurídica – que apresenta numerosas vantagens⁷⁵, tais como a possibilidade de exame das relações estabelecidas no interior da organização administrativa e de análise da dinâmica de produção de efeitos jurídico-administrativos entre a AP, os destinatários da suas atuações e os terceiros, de modo a tutelar os interesses em presença.

⁷³ Nesse sentido, Hartmut MAURER não reconhece o referido deslocamento do cerne da dogmática administrativa do ato administrativo para a relação, embora admita algumas vantagens quanto à utilização dessa (*apud* Machete, 2012: 819), bem como não se tratarem de realidades excludentes (*apud* Pereira da Silva, 2003: 204, nota 2).

⁷⁴ A doutrina italiana, em outro giro, refere-se a esse deslocamento, entretanto, para um paradigma objetivista assente no procedimento administrativo, refletindo as preocupações com a melhoria das formas procedimentais na prossecução do interesse público para a ampliação da participação dos particulares. No entanto, como destaca Suzana TAVARES DA SILVA (1998), se a dogmática do Direito Administrativo se der em torno do procedimento administrativo, excluir-se-ia do âmbito desse as atuações informais que há pouco nos referimos, sobretudo por essas não estarem sujeitas a um procedimento previamente estabelecido.

⁷⁵ Para uma abordagem de vantagens da adoção dessa concepção, v. Vasco PEREIRA DA SILVA (2003: 186-206).

Além disso, na Administração de cooperação e no âmbito do NDA, verifica-se uma constante troca de posições de sujeito ativo e passivo entre a AP e os particulares, que cooperam com aquela na prossecução do interesse público.

Com o reconhecimento da relação jurídica como eixo do direito administrativo, e tendo em vista a ideia que carrega das partes da relação como sujeitos detentores de direitos e deveres, ganha evidente espaço a visão da AP como um sujeito de direitos e deveres concretos em razão das relações que estabelece no exercício do seu *poder-dever* de prossecução do interesse público, bem como dos particulares que com ela se relacionam, dos destinatários da sua atuação e terceiros a ela, não mais como receptores passivos dos atos de comando da AP, mas correspondentemente titulares de direitos subjetivos públicos e deveres que devem balizar sua atuação⁷⁶ - o que não sufoca, entretanto, a capacidade da Administração agir unilateral e imperativamente, mas apenas *tempera* a sua atuação ao acentuar a detenção de direitos subjetivos públicos dos particulares.

A essencialidade da compreensão dessa figura, da sua amplitude e de seus deslindes é incontestável, inclusive para dimensionar as situações que podem ser alvo da tutela jurisdicional administrativa, cujo critério constitucionalmente consagrado no art. 212º/3, CRP, assenta na figura das relações jurídico-administrativas – o que revela, também, uma subjetivização do cerne da justiça administrativa.

Não obstante os numerosos feixes de questões que advém dessa situação que assumem especial relevância também no âmbito da justiça administrativa⁷⁷ cabe a nós, *hic et nunc*, compreender, em breves linhas, as características hodiernas da relação jurídico-administrativa e o que a sua centralidade traz de novo para as decisões administrativas complexas.

Uma relação jurídica caracteriza-se como o(s) elo(s) estabelecido(s) entre dois ou mais sujeitos em razão de um fato com relevância jurídica – que aqui podemos dizer ser um ato jurídico-administrativo conformador, com um mínimo de determinabilidade - que origina posições jurídicas situadas em polos distintos e ocupadas por um determinável número de

⁷⁶ Em sentido próximo CARMONA, 2011: 290, e PEREIRA DA SILVA, 2003: 187.

⁷⁷ Surgem, aqui, questões ligadas sobretudo à legitimidade processual para impugnar atos jurídico-administrativos conformadores. V. CARMONA (2011).

sujeitos, os quais detém um conjunto de direitos e deveres recíprocos e, via de regra, simétricos em relação aos demais polos de sujeitos da relação. (Paes Marques, 2011: 49).

No entanto, a multicomplexidade da sociedade hodierna acentua o efeito irradiante da atuação administrativa – que, diríamos, acabam por produzir reflexos multidirecionados – incide nas relações jurídicas estabelecidas a partir da atuação administrativa na condução e concretização de políticas públicas (Canotilho, 1996), desencadeando diversas relações multilaterais àquelas estabelecidas entre a entidade administrativa e os seus destinatários diretos. Nesse cenário, mesmo as decisões com aparente caráter particular e bilateral, acabam por assumir uma dimensão ampla, produzindo efeitos que afetam, também, uma diversidade de outros sujeitos (Pereira da Silva, 2003: 131). Tais aspectos, somados à pluralidade de entidades administrativas, que estabelece uma rede de relações complexas no próprio âmago da administração, dá origem a uma teia de relações interconectadas.

Nesse dado cenário, reduzir as relações jurídico-administrativas a um esquema binário seria simplificar demasiadamente a realidade jurídica de pluralização de sujeitos e interesses que se interpenetram (Canotilho, 1994b) e, quiçá, não dar a devida importância à chuva de interesses públicos e privados que tendem a afogar a efetividade da atuação pública nas *policies* caso não sejam atentamente analisados e ponderados no exercício da atividade administrativa.

Temos, com isso, que as relações jurídico-administrativas assumem hodiernamente uma feição multilateral, produzindo efeitos para pluralidade de sujeitos distintos dos destinatários diretos da decisão administrativa (Paes Marques, 2011: 29), que não poucas vezes revelam-se como efeitos poligonais ou multipolares, ao envolverem interesses contrapostos de particulares quanto à atuação administrativa.

Sublinhe-se que tais fatores, além de destacar o caráter multilateral das relações jurídico-administrativas contemporâneas, trazem à tona sua feição *multi* adjetivada – haja vista seu caráter *multimaterial*, sua intencionalidade *multifinalística*, e a *multilateralidade* de interesses que deve harmonizar ou conformar, agindo de modo integrado, coordenado, global e participado (Canotilho, 1996).

Assim, as decisões administrativas na condução de políticas públicas assumem-se como verdadeiras decisões complexas que, como apontado por Rudolf Steinberg (*apud* Paes

Marques, 2011: 28-29), possuem como traços estruturais, além da complexidade fática que apela a um constante diálogo com setores do conhecimento técnico-científico, já referido, para avaliação dos possíveis riscos, possuem um programa legal incipiente, com ampla abertura à margem de livre decisão administrativa, inclusivamente por recursos a conceitos indeterminados⁷⁸. Note-se, ademais, que a técnica legal utilizada, de recurso a *políticas públicas* ou, em outras palavras, ao *governo por programas de ação*, acentua a tênue programação legal e tende a estabelecer relações duradouras que vão se concretizando a partir de ações e intervenções faseadas, suscetíveis de produzir efeitos multidirecionados, estando obrigadas a se atentar aos direitos e interesses legalmente protegidos em causa, entre a pluralidade de interesses públicos e privados que concretamente se interpenetram – e por vezes podem ser contrapostos, hipótese em que teremos vertida as relações poligonais - e que conferem legitimidade procedimental e processual aos detentores de direitos subjetivos públicos. Note-se que a ampliação da margem de livre decisão administrativa, bem como a dificuldade de percepção da globalidade de interesses privados em causa, acentua as dificuldades de determinação dos sujeitos que concretamente possuem a referida legitimidade procedimental e processual.

Ainda, a condução e a implementação das políticas públicas, encontra uma de suas principais balizas nas posições jurídicas subjetivas dos particulares, conforme preceitua o art. 266º/1 da CRP – que, na prática, traz uma vinculação à AP aos direitos subjetivos públicos (Diniz de Ayala, 1995), impondo a escolha da alternativa que for menos gravosa diante do caleidoscópio de direitos e interesses legalmente protegidos.

3.2. Políticas públicas e Programa Normativo Multipolar

3.2.1. Relações Jurídicas Poligonais, Direitos Subjetivos Públicos e Posições Jurídicas Substantivas

⁷⁸ Não abordaremos a relação entre os conceitos indeterminados e a margem de livre decisão administrativa em pormenor. No entanto, remetemos o leitor para as considerações realizadas por Bernardo DINIZ DE AYALA (1995) e Suzana TAVARES DA SILVA (1998).

Como salientado alhures, a multiplicidade de direções que os efeitos da atuação administrativa contemporânea podem originar e as distintas naturezas dos interesses que atingem, podem dar origem a relações jurídicas multilaterais – uma categoria genérica que traduz a diversidade de sujeitos envolvidos numa relação jurídico-administrativa, ou que podem ser atingidas por seus efeitos. Trata-se de uma “grande categoria” que possui como uma de suas espécies as relações jurídicas poligonais ou multipolares⁷⁹.

As relações jurídicas poligonais, para além de englobarem um ou mais sujeitos distintos do destinatário direto do ato, possui, como elemento qualificador e que as distingue dos demais tipos de relações jurídicas multilaterais, a presença de sujeitos privados distintos que, no lado contraposto ao da AP na relação jurídica, atuem com liberdade na defesa de interesses conflitantes entre si e que devem ser alvo da análise ponderada da AP quando da sua atuação.

Essa colisão de interesses, que pode ser de natureza constitutiva ou de oposição recíproca, implica que a satisfação do interesse se um sujeito (ou um grupo de sujeitos) privado acarrete o prejuízo do interesse de outro sujeito privado.

As relações jurídicas dessa natureza colocam em evidência exigências de proteção mais complexas e diversificadas (Figueiredo Dias, 1997: 319) e, assim, a questão que agita essa temática refere-se, sobretudo, à proteção e qualificação da posição dos particulares que não ocupam a posição de destinatários diretos da atuação da AP mas, como “terceiros”, acabam por ser positiva ou negativamente atingidos por essa e, por conseguinte, veem suas situações jurídicas conformadas por aquela atuação. Nesse toar, para a adequada atuação administrativa e diante da subjetivização da sua jurisdição, é imperioso identificar aqueles a quem poderiam ser reconhecidas posições jurídicas substantivas – pautadas em direitos e interesses legalmente protegidos -, e aqueles que são titulares apenas de interesses de fato (Vieira de Andrade, 2018: 63).

⁷⁹ A doutrina alemã utiliza a terminologia relação jurídica poligonal (Paes Marques, 2011), bem como alguns doutrinadores portugueses, como CANOTILHO (1994b; 1996), Fernanda Paula OLIVEIRA (2001), Suzana TAVARES DA SILVA (2008a), José Eduardo de FIGUEIREDO DIAS (1997), Rui MACHETE (2012), e Mafalda CARMONA (2010; 2011). Criticando já sua utilização, ao argumento de que tal reduziria uma situação dinâmica e que se desenvolve em rede à uma figura geométrica estanque e dando preferência ao termo *multipolar*, Vasco PEREIRA DA SILVA (2002) e Francisco PAES MARQUES (2011). Esse último autor observa, ainda, que, por vezes, a designação de multipolar acaba por ser utilizada para se referir a relações jurídico-administrativas que atingem sujeitos distintos daqueles inicialmente contemplados pelo ato administrativo, abrangendo numa única expressão diferentes realidades como relações jurídicas multilaterais, triangulares ou poligonais.

A heterogeneidade de respostas encontradas na dogmática jus-publicista a essa questão é espelho das diferentes formas de caracterização da relação jurídica poligonal ou multipolar e de compreensão da tutela dos sujeitos que possam ser atingidos pela atuação administrativa.

Nessa esteira, Canotilho (1994b; 1996), Fernanda Paula Oliveira (2001), José Eduardo de Figueiredo Dias (1997), concebem a relação jurídica poligonal como aquela que abrange um complexo de relações desencadeadas a partir de uma relação jurídica bilateral, em que no polo dos destinatários figure um particular ou um grupo de particulares com interesses homogêneos, cujos efeitos da atuação administrativas assumem-se como multipolares ou poligonais ao atingir uma diversidade de sujeitos – detentores de direitos subjetivos públicos – com interesses distintos. Essa interpenetração de interesses públicos e distintos interesses privados que podem se transformar num complexo de polos ocupados por sujeitos plúrimos, detentores de direitos subjetivos conflitantes – que não se confundem com interesses difusos e, haja vista a sua caracterização a partir do material jurídico dado, conferem às relações em causa um caráter *tendencialmente determinado* (Canotilho, 1994b: 58).

Assim, analisadas de um ponto de vista estrutural, externamente teríamos uma relação jurídica que assume um formato poligonal e, no seu interior, feixes de relações jurídicas que revelam conflitos de interesses heterogêneos de particulares em que a AP intervém (Konig, *apud* Carmona, 2010: 701)

Essa doutrina postula a necessidade da Administração incluir na ponderação o complexo de interesses todos os interesses relevantes – públicos e privados – (Canotilho, 1994b: 61), recortados de acordo com a teoria do âmbito de proteção da norma, isto é, verificando os interesses públicos e privados protegidos pela norma reguladora da atividade, e admitindo a abertura desse círculo quando não exista um preceito jurídico que expressamente proteja os direitos e interesses de terceiros, com esteio em critérios hermenêuticos de interpretação. Esses poderiam ser extraídos de preceitos jurídicos que externassem com clareza a existência de interesses juridicamente protegidos, tal como a previsão de audiência de um grupo de pessoas. Poderiam, ainda, assentar em *standards* ou valores-limite de proteção quando se trate de perigo, ou em normas procedimentais (Canotilho, 1996: 269).

Por seu turno, Mafalda Carmona (2011: 297) entende que a existência de uma relação jurídico-administrativa poligonal não é qualificada apenas em relação à verificação de terceiros, mas deve ser aferida a partir do resultado final das normas jurídicas aplicáveis, independentemente dos ramos a que fazem parte, sustentando que tais relações são reguladas por normas que não se situam exclusivamente no campo do direito administrativo - distanciando-se daquela doutrina quanto ao conjunto de normas suscetíveis de regular uma relação jurídico-administrativa poligonal.

No que tange à interpenetração do direito público e do direito privado nas relações jurídicas poligonais, Fernanda Paula Oliveira (2001: 1025-1033) e Francisco Paes Marques (2011), e que perfilhamos, destacam que a necessidade da AP verificar o cumprimento de normas pertencentes ao âmbito do direito privado, ainda que formalmente, não retira a autonomia do Direito Público, muito embora no âmbito das relações jurídicas multipolares se verifique uma interpenetração mais intensa entre esse e o direito privado.

Rui Machete (2012), fala, ainda, na existência de relações jurídicas poligonais constitucionais, quando não há norma ordinária concretizadora do direito fundamental constitucional, cabendo, em sua visão, a solução desse conflito pela AP ou pelos Tribunais, reconhecendo a possibilidade de atribuição de posições jurídicas substantivas em razão do reconhecimento de direitos fundamentais, ainda que não concretizados por norma ordinária, posicionamento esse doutrinariamente controverso, sobretudo pelo fato de admitir a verificação de posições jurídicas a partir do texto constitucional e não em normas legislativas concretizadoras.

Em sentido completamente oposto, Francisco Paes Marques (2011) concebe a relação jurídico-administrativa multipolar como aquela que se assemelha a uma relação triangular, em que a AP ou uma entidade que atue no exercício de funções públicas, encontra-se no vértice superior, e os particulares – que atuem com liberdade na defesa de interesses particulares - no plano horizontal da relação, no qual estão incluídos os destinatários diretos da atuação administrativa e outros sujeitos privados que possuam interesses colidentes com os dos destinatários diretos.

Colocando em causa a verificação da existência de sujeitos afetados reflexamente a partir da posição do destinatário do ato administrativo e não da forma como o eventual conflito de interesses é disciplinada pela lei – e o cenário de insegurança jurídica que cria, uma vez

que a norma de proteção seria procurada *a posteriori* - e criticando o tratamento discrepante do conjunto de sujeitos afetados e titulares de direitos subjetivos públicos a partir da *duplicidade estatutária formal* que deve ser superada, Francisco Paes Marques (2011) postula, então, que a identificação dos sujeitos detentores de direitos subjetivos públicos – e portanto, de posições jurídicas substantivas, aptos a requerer uma atuação da AP - deve ser feita a partir do *programa normativo multipolar*.

Esse consiste na intermediação legislativa que, ao concretizar os direitos fundamentais constitui direitos subjetivos públicos que prevê abstratamente as situações de conflito e o grau de ofensa a cada um deles – podendo incluir também nessa ponderação bens da comunidade -, de modo a garantir um mínimo de previsibilidade quanto à intervenção nos direitos subjetivos públicos e traçando, a partir dos interesses que escolhe tutelar, a linha que divide aqueles sujeitos detentores de direitos subjetivos público e os que possuem meros interesses de fato e, portanto, não detém posição jurídica na relação jurídica multipolar.

O legislador estabeleceria, ainda, o *mandato de conformação multipolar*, estabelecendo ordinariamente o âmbito material de atribuições da AP – a partir da densificação realizada e dos critérios estabelecidos.

Assim, a natureza das posições jurídicas dos particulares é verificada de acordo com a solução legislativa para regular a situação abstrata de conflitos de interesses privados, podendo esse ter concedido direitos subjetivos públicos aos particulares, ou mesmo implicar uma compressão aos direitos ou interesses dos privados, se tratem esses dos destinatários da medida ou não, ou considerado seus interesses como meros interesses de fato, não lhes concedendo proteção jurídica (Paes Marque, 2011: 306).

Sublinhe-se que para o referido autor, em razão da crítica que traça à duplicidade estatutária formal, a proteção conferida pela lei a um interesse individual (interesse legítimo) não haveria que se traçar uma diferença entre os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos como direitos subjetivos de segunda ordem.

No entanto, e como destaca Vieira de Andrade (2018), os diferentes graus de determinabilidade do seu conteúdo e de intensidade da proteção evidencia uma variedade *típica e não categorial*, em razão de uma continuidade gradativa entre os direitos

subjetivos e os interesses legalmente protegidos. Ademais, no cenário hodierno ganham destaque os *novos direitos subjetivos* (Tavares da Silva, 2010a) entre os quais se situam os interesses de baixa normatividade, como as expectativas legítimas, em função do princípio da proteção da confiança.

Por fim, note-se que no contexto em que a AP desenvolve relações de cooperação duradouras com os privados, esses, quando estiverem no plano horizontal da relação atuando na prossecução do interesse público, dariam origem a relações multilaterais ou a *relação jurídico-administrativa multipolar imprópria*. No entanto, se atuarem com liberdade da defesa de interesses privados e conflitantes com outros particulares, poderão ocupar – consoante a proteção legislativa dos seus interesses – posições jurídicas substantivas em relações jurídicas multipolares⁸⁰.

Essa é a concepção que, ao nosso ver, aparenta ser a mais adequada tanto pelo maior grau de determinabilidade – que, aliás, deve ser uma característica de uma relação jurídica - da configuração que pode assumir a relação jurídica multipolar, permitindo à AP realizar a ponderação adequada dos direitos e interesses legalmente protegidos pelo programa normativo multipolar, fonte das posições jurídicas substantivas e da garantia da segurança jurídica no Estado de Direito, pelo que cabe traçar um breve paralelo entre esse e as políticas públicas.

3.2.2. Programa normativo multipolar e a realização das Políticas Públicas a partir da atuação orgânico-funcional dos poderes estatais

Segundo a tese avançada por Paes Marques (2011: 235), a atividade administrativa de conformação de interesses opostos só pode ser corretamente compreendida se lida sob as lentes dos deveres de proteção estaduais – consagrados na ordem jurídico-constitucional portuguesa no art. 9º, “b”, CRP -, que traz consigo um mandado de otimização pelas entidades públicas, correspondente à criação de condições de efetivação dos mesmos (Tavares da Silva, 2014: 39) de acordo com um imperativo de proteção suficiente (Vieira

⁸⁰ Não obstante haja, ainda, outras figuras próximas às relações multipolares que possam conter essa realidade. v. FRANCISCO PAES MARQUES (2011: 33-45)

de Andrade, 2017: 240), segundo uma ótica bidimensional, assente numa dimensão material e outra instrumental, que se interpenetram e orientam sua concretização.

A primeira informa o conteúdo desses deveres, encontrado nos princípios basilares da ordem jurídico constitucional, como o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio normativo que desempenha a função de legitimação, fundamento e limite da atuação dos poderes públicos, bem como o fundamento último dos direitos fundamentais. (Moniz, 2017: 74-75). A matriz da dignidade da pessoa humana, conjugada com o princípio do Estado de Direito, impõe o respeito dos direitos fundamentais pelos poderes públicos, bem como a garantia de sua efetivação, através da adoção de providências pelo Estado em ordem a assegurar o exercício das liberdades individuais e da igualdade material.

Sua face instrumental é expressão do princípio da separação dos poderes e do Estado de Direito, impondo a realização orgânico-funcionalmente orientada dos deveres de proteção pelos poderes públicos.

Desta feita, e adequando já o discurso à realidade das políticas públicas, se ao Governo cabe estabelecer a direção política, com a definição do interesse público primário no âmbito do quadro jurídico-constitucional, ao legislador cumpre a definição da política, a partir da realização político-jurídica dos direitos, valores e interesses (Moniz, 2017) e a concretização do interesse público (Vieira de Andrade, 1993), que por sua vez há de ser realizado pela AP, no exercício do seu poder discricionário, enformado pelos critérios fixados pelo legislador, mas que neles não se esgota, englobando o direito em toda a sua juridicidade.

A esfera legislativa, determinante para moldar o campo da atuação administrativa e guiar suas decisões a partir dos critérios estabelecidos, consiste na instância à qual preside a imprescindível tarefa de concretização dos direitos – incluídos aqui os direitos fundamentais de matriz liberal, ante seu caráter preceptivo (Vieira de Andrade, 2017) – e que deve, no exercício da sua ampla margem de conformação, guiada segundo juízos de oportunidade e conveniência acerca da concretização dos interesses gerais da comunidade, mas vinculada ao direito e em estrita conformidade com o programa governamental estabelecido (Moniz, 2017), atender ao princípio da determinabilidade das leis. Esse princípio, como ensina Canotilho (1990: 64), se desdobra em duas dimensões

fundamentais: a da *exigência de clareza das normas legais*, evitando-se obscuridade e contradição na previsão normativa, e a *exigência de densidade suficiente*, a trazer à norma um conteúdo suficientemente concreto que lhe permita desempenhar adequadamente o papel de norma de atuação para a AP, critério de controle e norma de proteção dos cidadãos apta a alicerçar direitos subjetivos e posições jurídicas substantivas, quando o legislador assim o queira atribuir.

Assim, na densificação dos direitos e princípios constitucionais, deve o legislador atribuir-lhes valor abstrato a partir da avaliação das potenciais ofensas a direitos, valores e interesses subjacentes à comunidade no contexto que concretamente regulamenta (Soares, 1981: 184), bem como identificar e ponderar os possíveis resultados laterais da seu programa regulamentar, bem como as possíveis soluções legais a serem empreendidas⁸¹.

Reconhecendo que a conflitualidade é apanágio da matéria da realização de direitos (Moniz, 2017: 151), e da sua própria conformação pela esfera pública, busca-se, com isso, estabelecer critérios claros e densificados em ordem a orientar a atividade administrativa e os modos pelos quais lhe é legítimo tocar os direitos subjetivos legalmente atribuídos (Soares, 1981:183), numa ponderação que não é restrita aos bens de valor constitucional, mas pode acolher bens ou interesses públicos da comunidade, ante a estrutura triádica da problemática jusfundamental, que ao lado dos interesses colidentes engloba, também, os referidos bens (Paes Marques, 2011: 242).

A clara definição abstrata da proteção conferida aos sujeitos privados, bem como à comunidade, possibilita aos indivíduos orientar suas condutas em conformidade com o programa normativo multipolar, bem como assegurar a previsibilidade da atuação conformadora da AP, além de prevenir atuações arbitrárias e discriminatórias da AP que possam macular a segurança jurídica que deve ser proporcionada pelo Estado (Paes Marques, 2011: 244).

Ademais, uma das funções da lei é organizar e definir competências, de modo a regular as decisões juridicamente vinculantes. Nas palavras de Canotilho (1990: 49-50) “*planificar o comportamento estadual implica defender a segurança e confiança dos cidadãos perante os poderes públicos; traçar regras juridicamente vinculativas do poder significa planificar*

⁸¹ Nesse sentido, CANOTILHO, (1990: 69), referindo-se ao teorema dos resultados laterais ou secundários como um dos momentos necessários da metódica legislativa.

o domínio interno do Estado e fazer obedecer os seus agentes às leis aprovadas pelos órgãos democraticamente legitimados”.

Destaque-se que a previsão abstrata dos conflitos não legitima qualquer intervenção legislativa na esfera de atuação administrativa, em ordem estabelecer medidas para concretamente conformar os direitos subjetivos, sob pena de ofensa ao princípio da separação e interdependência dos poderes (Otero, 2007).

Relembre-se que a adequada compreensão do princípio da separação e interdependência dos poderes conduz ao reconhecimento da existência de núcleos essenciais, isto é, reservas de funções que não podem ser suprimidos ou exercidos por outros poderes. Nesse sentido, e ratificando o raciocínio até aqui expandido, o núcleo funcional da atividade administrativa, na sua vertente de *reserva de execução*, impõe limites à atividade legiferante, mas a ela não pode ser alheia, o que acarreta, como expressão do princípio da legalidade administrativa o poder discricionário e a margem de livre apreciação da AP são delineados pelos limites fixados na lei (Diniz de Ayala, 1995: 55-56).

Deveras, como sublinha Suzana Tavares da Silva (1998: 137), o princípio da legalidade administrativa nessa seara desempenha a função de proteger o próprio interesse público, impedindo que a AP, nas atuações negociadas, assuma compromissos inconciliáveis com o interesse público.

Dessa forma, além de realizar os deveres de proteção aos direitos que consoante o seu âmbito de atribuição, o legislador colabora para uma realização ótima das tarefas estaduais concertadas ao estruturar a *policy* a partir da concretização clara e suficientemente densificada dos direitos, valores e interesses esquadramento abstrato das relações recíprocas entre sujeitos iguais, constituindo e valorando os direitos subjetivos públicos que os particulares podem invocar contra a AP e que podem implicar, reciprocamente, uma restrição na esfera jurídica de outro particular (Paes Marques, 2011), fornecendo, assim, critérios para a adequada atuação administrativa, bem como para solução de conflitos – no âmbito administrativo e judicial. Ao fim e ao cabo, realiza-se, assim, o princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito, na sua dimensão da previsibilidade.

Isso é dizer que as formas mais flexíveis e *soft* de ação – sejam típicas ou atípicas – empreendidas com vistas a realizar políticas públicas de forma mais eficaz e eficiente não

podem se dar dissociada da atuação orgânico-funcionalmente orientada e concertada dos poderes estatais, de forma a zelar também pelos valores do Estado de Direito (tais como previsibilidade, estabilidade e confiança).

Sob essa ótica, ao legislativo cabe definir as políticas através do programa normativo multipolar, regulando de forma geral e abstrata os interesses conflitantes da RJ multipolar e cuidando de estabelecer a nível ordinário – haja vista a *dupla fonte* da competência administrativa, *in casu*, constitucional e ordinária – de determinar os domínios materiais subjacentes à atividade da AP e a sua maior ou menor margem de livre decisão e discricionariedade, ao estabelecer critérios materiais de decisão capazes de preencher as previsões normativas (Paes Marques, 2011). Ao judiciário, por sua vez, cabe a fiscalização do exercício desse mandato de conformação multipolar, em conformidade com os critérios e parâmetros previamente fixados e com a constituição – sem prejuízo do controle jurisdicional de constitucionalidade ou de validade⁸² da concretização legislativa e dos critérios por ela estabelecidos.

O que não significa a obrigação da AP de aplicar critérios normativos inconstitucionais. Tampouco podemos ignorar a possibilidade da lei não conseguir regular abstratamente – ou o fazer de forma insuficiente – ante a complexidade da matéria ou mesmo da sociedade, em constante mutação.

Nessa seara, o *administrative constitutionalism*, que decorre do princípio da constitucionalidade, impõe em sua dimensão positiva o dever de interpretar o programa normativo multipolar e executá-lo de modo constitucionalmente conforme. Já a sua dimensão negativa impede a AP de praticar atos inconstitucionais – imediata ou consequentemente -, estando, por conseguinte, impedida de aplicar normas jurídicas inconstitucionais. Diante da referida situação e em atenção a questão da possível desaplicação de leis inconstitucionais pela AP, Francisco Paes Marques (2011: 277) entende lhe ser vedada essa possibilidade, ao argumento de que o princípio da constitucionalidade não habilita outros poderes a colmatar eventual falha de outro,

⁸² Vale esclarecer que a constitucionalidade e a validade dos critérios normativos são características que, muito embora possam por vezes ser coincidentes, não se confundem. A constitucionalidade assenta na conformidade da norma com as normas e princípios constitucionais, ao passo que a sua validade é aferida a partir da sua conformidade com os princípios que a fundamentam – e que podem ou não estar constitucionalmente consagrados, haja vista o reconhecimento de uma dimensão axiológico-jurídica (Castanheira Neves, 2013).

exercendo funções idênticas, sob pena de ofensa ao princípio do Estado de Direito e da separação de poderes, bem como em atenção ao fato desse poder ter sido conferido aos tribunais pelo art. 204, CRP, e à interpretação restritiva do art. 18, CRP.

Em outro giro, Ana Raquel Moniz (2017: 137-138) postula a possibilidade de a AP afastar a aplicação de normas inconstitucionais quando se verificarem pressupostos de ordem objetiva e subjetiva. Os primeiros referem-se à existência de inconstitucionalidade grave e evidente, com a necessária observância do princípio da proporcionalidade. Sob a ótica subjetiva, refere-se à impossibilidade desse poder ser exercido por todos os órgãos da AP, mas apenas por aqueles que estejam mais bem posicionados, como superiores hierárquicos ou órgãos independentes.

3.2.3. Atuações Atípicas e Programa Normativo Multipolar

Embora não regule conflitos de forma imperativa e delas não resultem vínculos jurídicos diretos e formais, é certo que as declarações da AP nessa modalidade de atuação contribuem para a conformação de comportamentos (Tavares da Silva, 1998) podendo desencadear mudanças nos fluxos de atividades desenvolvidas e causar danos a sujeitos privados (Paes Marques, 2011: 65). Ademais, o escopo de sua mobilização, além de informar e orientar, é buscar esclarecer e solucionar problemas de conflitos de interesses (Gonçalves, 2001: 730). Nessa medida, aproximam-se do ato administrativo (Tavares da Silva, 1998) e são atuações suscetíveis de conformar interesses antagônicos, com a virtude de, como instrumentos do direito das políticas públicas, potencialmente harmonizar os interesses em conflito, de modo que a satisfação de um interesse não implique necessariamente o sacrifício de outro.

Cabe a nós sublinhar *hic et nunc*, que a falta de regulamentação específica das atuações informais não as isenta de observar o *programa normativo multipolar*. Ademais, a vinculação administrativa aos deveres de proteção estaduais torna imperiosa a análise desses critérios para dirimir a decisão de escolha dos instrumentos atípicos que, sob a égide do princípio da proporcionalidade, se revelem sobretudo adequados e proporcionais a

prosseguir os objetivos pretendidos sem acarretar um déficit de proteção aos direitos subjetivos tutelados, e tampouco uma intromissão desmedida em outros.

É indispensável, ainda, a verificação do mandato de conformação multipolar, em sua dupla fonte – constitucional e ordinária – a fim de assegurar que a atuação atípica é levada a cabo na esfera de competência atribuída ao órgão administrativo, o que também constitui uma condição *sine qua non* da legitimidade da atuação que lhe permite atribuir efeitos jurídicos.

Outrossim, o adequado cumprimento do legislador do seu dever de clareza pode contribuir para a superação de alguns desafios inerentes à utilização das atuações informais, uma vez que a identificação dos interesses relevantes e daqueles a quem são conferidas posições jurídicas *ex ante*, a partir do programa normativo multipolar elaborado pelo legislador, possibilita a ponderação adequada dos interesses legalmente protegidos e a abertura ao diálogo e à negociação com aqueles detentores de posições jurídicas substantivas.

PARTE III – PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA ATIVIDADE DE CONDUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já viemos desenvolvendo ao longo do trabalho, a atuação dos poderes públicos encontra sua juridicidade, bem como seus limites últimos, nos princípios normativos que compõe o sistema jurídico.

No âmbito dos princípios jurídicos que limitam a atividade estatal, cabe destacar aqueles caracterizados como “princípios de governo” (Canotilho, 2006b: 6), isto é, os princípios cuja intencionalidade exprimida (Castanheira Neves, 2013), constitui a própria ideia, estruturação e ordem do Estado de Direito – ou, na expressão de Maria Lúcia Amaral (2012a: 12), a própria *forma da república*.

Cuidam-se, portanto, dos princípios que compõe a estrutura basilar de um Estado de Direito, corolários do princípio do Estado de Direito, estruturando o programa constitucional e impondo limites positivos e negativos à atuação do Estado que vinculam todos os poderes estatais (Novais, 2019).

Entre os princípios que podem receber esse qualificativo de *estruturantes*, escolhemos aqueles princípios que, no cenário atual de fluidez e rápidas mudanças no contexto social – e, por conseguinte, no âmbito regulatório -, ocupam papel central na garantia da segurança jurídica a partir da limitação da atividade de condução de políticas públicas pois, ao mesmo tempo em que permitem a realização da mudança necessária na regulação ou regulamentação estatal, o fazem de modo a proteger a segurança jurídica dos destinatários das políticas públicas. São eles o princípio da segurança jurídica e o da proteção da confiança legítima.

Saliente-se, por fim que ainda que uma Constituição não consagre expressamente os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, esses podem ser extraídos do art. 2º, CRP e, ademais, constituem pilares materiais do Estado de Direito. Ainda, sob a ótica dos particulares, os referidos princípios são pressupostos da própria realização da sua autonomia individual ao postularem a previsibilidade da atuação estatal. (Novais, 2019: 149).

1. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como assinalado, o desenvolvimento do Estado de Direito teve, como um de seus principais escopos, assegurar a criação de um ambiente em que a atuação pública fosse previsível, calculável e que o cenário oferecesse uma estabilidade tal que ao indivíduo fosse possível planificar e conduzir sua vida, realizar investimentos e compromissos sem que fosse surpreendido com mudanças arbitrárias na ação estatal e com a atribuição de efeitos jurídicos inesperados às suas condutas e às dos demais.

A ordem do Direito, enquanto uma ordem capaz de trazer segurança, apresenta-se como uma condição *sine qua non* para permitir o livre desenvolvimento e planejamento de vida dos indivíduos, ao trazer a certeza do direito e, por conseguinte, a previsibilidade da atuação dos poderes públicos – através de limites impostos a esses pela própria ordem jurídica - e o conhecimento das consequências jurídicas do comportamento dos indivíduos (Castillo Blanco, 1998: 62). Nesse contexto, a segurança jurídica impõe também que o ordenamento jurídico seja capaz de garantir sua própria consistência como sistema normativo para seus operadores e destinatários (Sánchez-Pescador, 1989: 198).

O princípio da segurança jurídica é, assim, um dos pilares materiais e um dos fins do Estado de Direito, de tal modo que Castillo Blanco (1998: 63) afirma que seria uma utopia falar em Estado de Direito sem segurança jurídica.

Seu escopo consiste em oferecer aos particulares a garantia de que *“aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.”* (Canotilho, 2016: 257). É, assim, imprescindível para a realização de outros valores como a justiça, a igualdade, a confiança, o bem-estar, a liberdade e a dignidade da pessoa humana (Castillo Blanco, 1998: 62).

O seu núcleo caracterizador é, portanto, constituído pelos imperativos de estabilidade e previsibilidade quanto a elementos objetivos da ordem jurídica (Canotilho, 2016) e, nesse sentido, acaba por apresentar um carácter funcional (Calmes, 2001: 156), irradiando exigências multidirecionadas à ação de todos os poderes públicos com vistas a realizar o

seu conteúdo, estendendo as exigências de estabilidade e previsibilidade a todos os comportamentos estatais passíveis de produzirem efeitos jurídicos (Calmes, 2001: 162).

A doutrina acentua a ausência de rigidez conceitual da segurança jurídica (pela sua própria natureza enquanto princípio) e a dinamicidade da sua apuração na ordem jurídica (Calmes, 2001: 158) características que torna possível assegurar que fluida ação estatal seja, também, garantidora da segurança jurídica. Nesse sentido, Castillo Blanco (1998: 63) sintetiza o princípio em estudo como um princípio que permite o progresso e o bem estar social mas, simultaneamente, se traduz na garantia de submissão dos poderes públicos às leis e ao Direito, já não podendo esses atuar à margem das normas previamente fixadas.

Dessa forma, os postulados do princípio da segurança jurídica são doutrinariamente densificados a partir de abordagens distintas. Canotilho (2016), Suzana Tavares da Silva (2016) o fazem a partir da identificação das exigências realizadas às atividades dos três poderes – isto é, à atividade normativa, à atividade administrativa e à atividade jurisdicional.

Maria Lúcia Amaral (2012a) opta já por caracterizar a segurança jurídica a partir daqueles que compreende como seus subprincípios densificadores, quais sejam, a publicidade dos atos estaduais e a determinabilidade do seu conteúdo, o princípio da proteção da confiança legítima, e o da proibição do excesso.

Leghina Villa (*apud* Castillo Blanco, 1998: 63), por sua vez, identifica no princípio da segurança jurídica uma tríplice dimensão, assente no conhecimento e certeza do direito positivo, na confiança dos cidadãos nas instituições públicas e na ordem jurídica, e por fim na previsibilidade das consequências jurídicas atribuídas às ações dos particulares.

Sylvia Calmes (2001) densifica o princípio da segurança jurídica a partir de uma tripartição de natureza temporal, assente numa dimensão prospectiva – com esteio na previsibilidade -, em outra, do conhecimento a fim de possibilitar a previsibilidade - que se expressa, sobretudo, a partir do acesso qualitativo, no plano formal em material, a informações sobre as decisões e comportamentos dos poderes públicos -, e uma terceira, caracterizada pela estabilidade.

Uma vez que o presente trabalho aborda às exigências e limites impostos pelo princípio em voga dirigidos aos poderes estatais na condução das políticas públicas, optamos aqui por abordar algumas das suas refrações sobre o domínio da atividade legislativa.

1.1. Segurança Jurídica e atividade normativa

Quando se trata das exigências do princípio da segurança jurídica vertidas à atividade normativa – mormente à legislativa – as figuras que classicamente vêm à tona são a determinabilidade das leis, bem como as limitações temporais dirigidas ao poder público com vistas a resguardar os efeitos jurídicos e os valores da previsibilidade, estabilidade e confiança das relações e situações que se desenvolveram no passado, pelo que não deixaremos de nos referir a essas aqui – sobretudo tendo em vista a essencialidade da elaboração de normas claras e precisas hodiernamente.

O já referido princípio da determinabilidade das leis - um *princípio jurídico de normação jurídica* (Canotilho, 2016: 258), cuja autonomia dogmática como um dos princípios estruturantes do Estado de Direito é referida por parte da doutrina (Novais, 2019) e, que muito embora seja amplamente reconhecido como uma dimensão ou exigência do princípio da segurança jurídica, também se articula com outros princípios, como o da reserva de lei e o da proibição do excesso.

As exigências de clareza e de suficiente densidade das normas legais situadas em seu núcleo, além de imprescindíveis para alicerçar posições jurídicas substantivas dos particulares, oferecem o suporte essencial para permitir aos particulares realizar planos e empreender comportamentos concretos.

Dessa forma, a realização da sua tarefa através de normas com clareza e suficiente precisão é capaz de construir critérios claros a constituir normas de ação para a AP, bem como critérios a alicerçar a atuação jurisdicional – inclusivamente no controle da atuação da AP. Assim, ao revelar para os particulares, a partir de um conteúdo identificável, os direitos e deveres que lhe são atribuídos, bem como a medida abstrata de sua potencial em que podem sofrer restrições nas relações que desenvolve com os particulares e com os poderes públicos, viabilizando que os direitos sejam “reconhecíveis no seu conteúdo e previsíveis

nos seus efeitos” (Novais, 2019: 267), a determinabilidade das leis realiza os imperativos de previsibilidade e de certeza do direito, articulando, aqui, os princípios da segurança jurídica com os da proibição do excesso e da proibição do déficit, ao revelar também a medida em que poderão ser realizados e sofrer restrições⁸³.

Relembre-se aqui também a essencialidade da determinabilidade das leis no âmbito da separação dos poderes, contribuindo para evitar interferências dos poderes públicos em domínios que não sejam de sua competência orgânico funcional, bem como do estabelecimento de critérios *a posteriori* em matéria de direitos, dificultando a previsibilidade e a segurança da atuação pública.

Não se pode deixar de considerar, aqui, a faca de dois gumes trazida pelas políticas à determinabilidade das leis. Ao mesmo tempo em que demanda a precisão normativa para assegurar a segurança jurídica na atuação orgânico-funcionalmente orientada dos poderes, também convoca a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, que trazem vaguidade às leis através da utilização de conceitos como *justiça e interesse público*, ou a fixação de critérios pautados em conceitos como beleza e maturidade (Novais, 2019).

Essa vaguidade é por vezes desejada para assegurar a continuidade do direito e das políticas, em ordem a permitir sua adaptação aos diferentes casos concretos que podem emergir na mutante realidade fática. No entanto, apesar dos seus benefícios reconhecidos, o problema aqui reside quando a utilização desses conceitos acaba por indeterminar a extensão daquilo que se deseja que seja determinável, dificultando a identificação dos titulares do direito sem que se trate de direitos ou interesses difusos, ou quando acaba por deixar à margem de outros poderes o preenchimento de conceitos que possam representar decisões substanciais em matérias reservadas à lei, como a restrição de direitos fundamentais (Novais, 2019) e passíveis de gerar a imprevisibilidade da atuação dos poderes públicos quanto à realização ou ingerência nos direitos subjetivos públicos.

No que tange à atividade normativa no tempo, o princípio da segurança jurídica impõe a proibição de pré-efeitos de atos normativos, vedando a produção de efeitos jurídicos dos atos legislativos ou de outra natureza com caráter normativo, quando esses ainda não estejam em vigor nos termos constitucionais e legais (Canotilho, 2016).

⁸³ Nesse sentido, v. AMARAL (2012a) e NOVAIS (2019).

No entanto, quando se trata da temporalidade das normas jurídicas e a segurança jurídica, um dos aspectos mais frequentes na doutrina e na jurisprudência é o da proibição de normas retroativas.

De fato, normas jurídicas cujos efeitos incidam sobre relações e situações jurídicas estabelecidas no passado, vão contra a sua própria natureza e poderia macular *a priori* os imperativos de previsibilidade e estabilidade essenciais para uma ordem jurídica. (Amaral, 2012a). Nesse sentido, quando pretenda elaborar normas que produzam efeitos exclusivamente para o futuro, para relações e situações jurídicas que ainda serão constituídas, a margem de conformação do legislador é ampla, qualificada por Jorge Reis Novais (2019: 154) como “*quase total*”. Já não o será assim quando elaborar normas destinadas, naturalmente, a reger o futuro mas que de alguma forma toquem relações ou situações jurídicas estabelecidas no passado, produzindo efeitos *ex tunc*.

A retroatividade constitui uma ruptura lógica que pode apresentar diferentes graus (Novais, 2019), podendo consistir desde a afetação potencial de todos os efeitos no passado à retroatividade aparente, e é classificada pela doutrina e pela jurisprudência em retroatividade autêntica – quando vise produzir efeitos jurídicos sobre situações já consumadas no passado, situação em que se vislumbraria uma *ficção*, com o início de sua vigência à época temporalmente anterior à sua própria existência – e em retroatividade inautêntica ou retrospectividade quando, apesar de reger para o futuro, a lei produza efeitos para situações iniciadas no passado, sob outro quadro regulatório, e que se prolongam no tempo.

Apesar de escapar do imperativo de cognoscibilidade do direito e dos efeitos de suas ações e relações pelo particular, as normas jurídicas dotadas de retroatividade ou retrospectividade não são, *a priori*, inconstitucionais ou inválidas à luz do princípio da segurança jurídica. Ademais, a própria dinâmica da vida e de suas relações pode impor mudanças no quadro regulatório que apensar de desfavoráveis podem ser previsíveis para os destinatários (Amaral, 2012a; Tavares da Silva, 2016).

A Constituição, entretanto, elenca três hipóteses em que a retroatividade é vedada, quais sejam, as normas penais (art. 29º/1, CRP), as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (art. 18º/3, CRP), e as leis fiscais (art. 103º/3, CRP). A esse respeito, Suzana Tavares da Silva (2016: 130) e Maria Lúcia Amaral (2012b: 29) ponderam que a proibição

constitucionalmente consagrada, notadamente no âmbito fiscal e no que tange às restrições de direitos, liberdades e garantias, deve ser interpretada de forma razoável, centrada no que é necessário para assegurar os bens e valores constitucionais que enunciam. Desse modo, tais situações estariam imunes à retroatividade autêntica, mas poderiam ser atingidos pela retrospectividade, uma vez que aqui, a possibilidade de incidência desses efeitos resvalaria numa ponderação de valores no domínio da proteção da confiança.

Nesse sentido, imperioso notar que apesar de consistir numa limitação imposta à atividade normativa pelos ditames do princípio da segurança jurídica, a fundamentação acerca da (im)possibilidade de atribuição de efeitos retroativos ou retrospectivos nos casos concretamente colocados acaba por residir no princípio da proteção da confiança legítima, e não na segurança jurídica *per se* (Tavares da Silva, 2016). E, embora deixemos para discorrer sobre a soluções no tópico subsequente, vale destacar que *a priori* as normas retrospectivas somente violam o princípio da proteção da confiança se impor às expectativas legítimas circunstâncias que tornem esses efeitos retrospectivos demasiadamente onerosos⁸⁴.

Há, entretanto, dimensões dessa relação que ganham notoriedade com a atividade planificadora do Estado, atinentes sobretudo ao modo de elaboração das leis e previsão das mudanças.

Ademais, hodiernamente, a atividade normativa que pretenda desempenhar bem a sua função de certeza do direito e sua função planificadora (Canotilho, 1990), bem como de regular a sociedade adequadamente e de forma a promover a estabilidade e previsibilidade do direito e, assim, ser capaz de, mesmo diante da sua natural “rigidez” (Garcia, 2009), acompanhar o movimento da sociedade trazendo segurança jurídica às relações por ela reguladas precisa incorporar os diferentes conhecimentos na sua elaboração, estar pautada em estudos dos seus possíveis impactos sistêmicos, auscultar aqueles que poderão ser afetados ou mesmo interessados pelos regimes que estabelece, e adotar técnicas de elaboração que permitam sua melhor compreensão⁸⁵ – tais como referências no preâmbulo quanto aos objetivos -, tornando explícitas, consoante o teorema da prova da metódica legislativa (Canotilho, 1990: 68), os dados empíricos e os diversos fatores que constituem

⁸⁴ Nesse sentido, v. MOTA PINTO (2014: 166) e AMARAL, (2012a: 183).

⁸⁵ Nesse sentido, TAVARES DA SILVA (2016: 125)

as premissas da sua decisão de legislar, assim como explicitar dia compatibilidade com outros instrumentos já consagrados.

Ora, a incorporação dessas técnicas, ao permitir ao legislador o conhecimento mais preciso das especificidades do domínio da vida que pretende regular e dos possíveis efeitos da sua intervenção, possibilita, também, a identificação e ponderação mais precisa e adequada dos interesses em causa, bem como dos resultados laterais ou secundários da sua intervenção, a adoção de soluções praticáveis e o estabelecimento de critérios que atendam de forma satisfatória aos imperativos de clareza e densidade das normas.

Nesse toar, a necessidade de continuidade das relações e situações jurídicas constituídas pela atividade normativa, bem como de estabilidade, convocam o respeito pelas boas práticas da elaboração de normas jurídicas (Tavares da Silva, 2016: 125) – e, portanto, de boa governança - no âmbito das técnicas e métodos de legística.

Como destaca Suzana Tavares da Silva (2016: 126), embora a incorporação das dimensões da boa governança não seja, por si, um parâmetro apto a conferir validade às normas jurídica, ela se relaciona com os valores essenciais trazidos pela democracia e cidadania à produção normativa, além, é claro, da segurança jurídica.

Ainda nesse cenário de constante mudanças e evoluções, o desenvolvimento da sociedade e as exigências de intervenções novas ou de alterações e quebras no quadro das relações já constituídas demandam o desenvolvimento de mecanismos aptos a assegurar a existência de certeza do direito, previsibilidade e estabilidade no quadro de flexibilização e mudanças nos rumos da ação pública.

Vale salientar que os princípios, apesar de serem capazes de conferir validade às mudanças empreendidas, por sua própria natureza não oferecem um conteúdo suficientemente denso *a priori* – uma vez que seu conteúdo é concretamente revelado a partir da interrogação dos casos concretos (Castanheira Neves, 2013) - a estabelecer critérios que permitam realizar juízos de previsibilidade e certeza do direito e da ação pública.

Contudo, como ensina Charles-Albert Morand (1999), a flexibilidade da atuação não é alcançada apenas com o recurso aos princípios, mas também através de normas que estabeleçam critérios em pormenor, capazes de guiar a ação pública caso sejam necessárias mudanças na sua atuação.

Nada obstante, a previsão desses critérios a guiar a ação pública estabelecem já nas soluções dos conflitos entre os interesses privados ou entre o interesse público e o interesse privado, e oferecem àqueles que com o poder público se relacionam elementos que possibilitam prever em que situações e em que medida é lícito ao Estado realizar ingerências nos seus direitos e, ainda, a natureza e a dimensão das medidas a serem adotadas para manter o cenário de continuidade e estabilidade da sua situação jurídica.

Tal ocorre com a previsão das hipóteses em que a AP poderá rescindir contratos de concessão, bem como de fórmulas que permitem a realização de amortizações justas e equitativas nos casos em que o particular realizou um investimento, confiando que ao longo da relação jurídica que mantinha com a AP, recuperaria os investimentos realizados.

Com efeito, se esses critérios já estiverem previstos em lei, a situação dos particulares e a própria defesa do interesse público não ficarão relegados à incerteza⁸⁶.

Dessa forma, além de conferir a previsibilidade aos particulares e evitar a fixação desses critérios apenas *a posteriori*⁸⁷, o estabelecimento de critérios com mecanismos de flexibilização da ação pública também se revelam protetores do interesse público, evitando o posterior estabelecimento de indenizações compensatórias pela quebra contratual que sejam exorbitantes e efetiva fonte de lucro dos particulares.

Nesse cenário, os imperativos que sustentam o princípio da segurança jurídica demandam que legislador, na previsão dos possíveis conflitos e das soluções a serem adotadas, realize, também, a elaboração de critérios que realizem o princípio da segurança jurídica ao permitir a previsibilidade e a estabilidade da segurança em eventuais viragens da atuação pública estatal.

⁸⁶ Nesse sentido, a Lei de Contratos do Setor Público espanhola (Ley 9/2017) traz previsões dessa natureza ao longo de seu texto e, por exemplo, no que tange ao contrato de obras traz essas disposições em seus arts. 245 e 246.

⁸⁷ Em sentido próximo, referindo à importância do estabelecimento de critérios no âmbito legislativo, v. NOVAIS (2019: 268).

1.2. Segurança Jurídica e Força do Caso Decidido

Sob a ótica da atividade administrativa a segurança jurídica remete ao caso decidido e a sua tendencial estabilidade, decorrente da ideia de continuidade dos atos favoráveis em nome da estabilidade das situações jurídicas (Tavares da Silva, 2016), somada à autovinculação da AP às suas decisões (Canotilho, 2016).

O caso decidido aponta para a inclinação à imutabilidade dos efeitos jurídico-constitutivos favoráveis decorrente dos atos administrativos que definem o direito nos casos concretos (Tavares da Silva, 2016; Vieira de Andrade, 2018).

Nesse contexto, Filipa Urbano Calvão (1998: 44), apoiada na doutrina alemã, esclarece que para parte da doutrina, a força do caso decidido advém de uma relação de tensão, que estaria entre a necessidade de alteração dos atos administrativos e a segurança jurídica e, para outra parcela, na unilateralidade do ato que altera a situação jurídica anteriormente fixada e a imperiosa proteção da confiança dos administrados.

Muito embora a estabilidade das situações jurídicas contribua para a própria funcionalidade e eficácia da atuação da AP, permitindo falar numa *segurança jurídica funcional* (Prevedourou *apud* Calmes, 2001: 162), o cenário de mudanças e evoluções constantes tem reduzido a força da estabilidade do caso decidido nessa relação de forças em tensão, seja pelo aumento das situações que em razão dos riscos a Administração se vê obrigada a emitir atos provisórios, precários ou com eficácia condicionada por reserva de revogação (Tavares da Silva, 2016: 134), bem como pela cláusula das melhores técnicas disponíveis – trazida pelo direito europeu – (Amado Gomes, 2006) que, ao fim e ao cabo, remete à necessidade de alteração do ato em razão do princípio da atualização do interesse público, que legitima as decisões de mudanças administrativas (Vieira de Andrade, 2018: 204).

Imprescindível mencionar, num contexto de *guidance administrativa* a força do caso decidido material (Vieira de Andrade, 2018: 205), que indo mais fundo que a irrevogabilidade dos atos administrativos favoráveis, remete à “capacidade de resistência” do âmago essencial de uma decisão administrativa a futuras decisões administrativas que sejam tomadas perante o mesmo destinatário. O que pode ser traduzido como a tendencial

estabilidade das situações jurídicas definidas pela AP e a resistência que a sua continuidade (e a confiança do particular nela) oferece para eventuais decisões futuras que atinjam retrospectivamente a situação já estabelecida, podendo a proteção dessa situação ser solucionada através de juízos de ponderação entre os interesses conflitante (Vieira de Andrade, 2018: 205), no âmbito da proteção da confiança do particular.

Note-se que as deliberações preliminares realizadas em um procedimento não possuem força de caso decidido material. Esse, ainda, também não implica a obrigatoriedade da AP tomar decisões idênticas em relação a outros destinatários em casos semelhantes e futuros – não possuindo, portanto, força de precedente decisório (Vieira de Andrade, 2018: 205).

Como visto, a força estabilizadora do caso decidido é comumente tratada em relação a decisões da própria administração. Contudo, o contexto da condução das políticas públicas coloca-nos diante do modo como as alterações legislativas podem afetar as situações jurídicas já consolidadas pela AP – e, portanto, dotadas da força do caso decidido atribuída aos atos e contratos realizados pela AP.

Quanto a essa questão, inicialmente cabe destacar que o caso decidido não possui a força do caso julgado (Vieira de Andrade, 2018: 202), notadamente no que tange à imodificabilidade característica desse e, dessa forma, a força do caso decidido não constitui óbice à realização de mudanças legislativas. No entanto, não se pode olvidar que a tendencial estabilidade do caso decidido gera confiança nos privados de continuidade das situações jurídicas já estabilizadas e que lhe foram atribuídas pela AP.

Assim, muito embora a força do caso decidido não impeça que o legislador realize mudanças na condução das políticas que afetem as situações por ele estabilizadas, esse deve, em eventuais transições que deseje empreender, respeitar a tendencial estabilidade dessas situações jurídicas, adotando medidas que atenuem os impactos da mudança para o particular, tais como as indenizações.

Ainda, se torna imprescindível nesse âmbito que o legislador realize também um juízo de eficiência da transição que deseja realizar, ponderando se os benefícios que podem advir da mudança superam seus custos e, inclusive, se esses custos justificam a realização das medidas pretendidas naquele momento.

2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

De construção jurisprudencial, o princípio da proteção da confiança legítima foi reconhecido no período pós-guerra, tendo sido avençado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão por volta da década de 1960 (Amaral, 2012b). Esse, na sua atividade judicativa, extraindo a ideia central do referido princípio diretamente do Princípio de Estado de Direito⁸⁸, desenvolveu o princípio da proteção da confiança legítima como um dos componentes essenciais do Estado de Direito, que traz um sistema de defesa do particular contra intervenções administrativas, legislativas e judiciais repentinas e desmedidas (Castillo Blanco, 1998: 115).

Assim, o princípio constitucional em referência visa a proteção dos sujeitos que efetivamente confiaram, sendo essa característica aferida objetivamente, em função das disposições realizadas (Calmes, 2001), e viram frustrados suas ações e investimento de confiança realizados⁸⁹ em razão de uma ação posterior do poder público que, de forma desfavorável, quebra repentinamente o cenário que sustentava sua situação jurídica e-, portanto, a sua estabilidade e continuidade.

Tutela, portanto, a permanência e a continuidade da confiança dos particulares na manutenção das suas posições e situações jurídicas, e portanto, daquilo que já existe, diante da necessidade de mudança – sem que isso signifique a petrificação dessas situações de confiança, mas possibilitando a realização de mudanças, com necessária adoção de medidas que reduzam o impacto negativo dessas, quando sua inteira manutenção não for possível diante do interesse público na mudança (Castillo Blanco, 1998: 116). Assim, o princípio da proporcionalidade um dos pilares centrais do princípio da proteção da confiança legítima (Calmes, 2001), essencial à ponderação entre as expectativas de

⁸⁸ A definição inicial dada pelo Tribunal Alemão, como expõe Maria Lúcia AMARAL (2012b: 22) foi a de um princípio constitucional segundo o qual o cidadão deve poder “*prever as intervenções possíveis do Estado na sua esfera jurídica e tomar, tendo em conta essa previsão, as disposições adequadas*” e deve “*poder confiar que o seu comportamento, conforme ao Direito em vigor, permanecerá reconhecido como tal com todas as consequências que lhe estavam originariamente associadas*”, sendo “*em princípio constitucionalmente proibido que o Estado desvalorize as posições jurídicas dos destinatários dos seus actos sempre que estes tenham razões válidas para esperar a não alteração do Direito que lhes era aplicado*”. A referida autora faz algumas ponderações a essa primeira definição, sublinhando problemas que podem ser trazidos pela mesma em função da sua abrangência quanto à forma de vinculação dos poderes estatais que, com veremos mais a frente, conhece algumas diferenciações em razão da sua posição orgânico-funcional.

⁸⁹ Paulo MOTA PINTO (2014: 164) assevera que, nessa medida, a frustração do investimento da confiança aproxima ao dano da confiança no direito privado.

continuidade e o interesse público na realização da mudança e a adoção de soluções adequadas.

Haja vista que o bem aqui protegido – isto é, a confiança – constitui um elemento essencial da segurança jurídica, bem como do Estado de Direito e do relacionamento desses com os cidadãos (Novais, 2019: 150), bem como é amparado (de forma diversa e por vezes mais ampla) por outros princípios jurídicos, a compreensão da base constitucional do princípio que aqui tratamos nem sempre é uniforme nos distintos ordenamentos jurídicos e na doutrina: por vezes é deduzido de forma imediata do Princípio do Estado de Direito, por vezes é ancorado no da Segurança Jurídica – relacionando-se com aquele de forma mediata - e, por vezes, é associado à boa-fé⁹⁰ (Mota Pinto, 2014: 163).

Nessa senda, Federico Castillo Blanco (1998), Sylvia Calmes (2001), Rafael Maffini (2006: 55), Maria Lúcia Amaral (2012a) e Jorge Reis Novais (2014; 2019) entendem que, apesar da possibilidade de ancoragem direta do princípio em voga no princípio do Estado de Direito, como realizado pelo Tribunal Alemão, esse tem como fonte imediata o princípio da segurança jurídica, caracterizando-se como um subprincípio desse.

Já Canotilho (2016), parece conceber que o princípio da proteção da confiança legítima, embora intimamente conexionado com o da segurança jurídica, está diretamente ligado ao princípio do Estado de Direito, posicionando o referido princípio ao lado do princípio da segurança jurídica, como o fez o Tribunal Alemão⁹¹, como princípios basilares do Estado de Direito.

Deveras, a diferença essencial entre o princípio da segurança jurídica e o princípio em voga é a objetividade daquele e a subjetividade desse (Canotilho, 2016). Enquanto a segurança jurídica é aferida em termos globais, a proteção da confiança legítima liga-se mais com aspectos subjetivos, tutelando a confiança do indivíduo na manutenção de um quadro jurídico. Adensando um pouco mais essas diferenças, como acentua Sylvia Calmes

⁹⁰ Não obstante a boa-fé também encontre seu lugar nas relações jurídicas concretas. No entanto, há uma autonomia entre eles, de tal modo que possa ser vislumbrada uma violação da proteção da confiança através da atuação estatal mesmo quando essa não macule também o princípio da boa-fé de seus agentes (Novais, 2019: 149). Sublinhe-se, aqui, que nos ordenamentos jurídicos espanhol e italiano, a boa-fé é considerada como fonte da proteção da confiança, assumindo-se como um princípio geral que enforma o ordenamento jurídico, sendo a proteção da confiança realizada através de uma situação de aparência criada pela administração (Vicente, 2017: 175).

⁹¹ A referência ao posicionamento realizado na argumentação do Tribunal Federal Alemão quando do reconhecimento do princípio da confiança legítima é realizada por Sylvia CALMES (2001:102).

(2001), o princípio da segurança jurídica é um quadro de ação, que oferece parâmetros para a ação pública em suas diversas expressões. A proteção da confiança, de forma mais específica, fornece métodos mais precisos para balizar as decisões públicas na proteção da confiança legítima cuja aplicação é invocada a partir da ocorrência de condições específicas e seus efeitos⁹².

Doutrinariamente qualificado como um princípio de ordem formal ou instrumental por não enunciar *per se* o seu bem substancial - uma vez que a confiança decorre da face material do Estado de Direito e da segurança jurídica – o princípio da proteção da confiança oferece métodos que permitem identificar a confiança digna de proteção nos casos concretos e a solucionar anomalias diacrônicas que envolvem bens constitucionalmente equivalentes⁹³, que decorrem, em última instância, de exigências de sentido contrário, entre os valores postulados por um Estado de Direito, como a previsibilidade e a estabilidade, e a revisão de decisões legitimada por fatores democráticos e de atualização do interesse público e da ampla margem de conformação nesse domínio (Amaral, 2012b: 27; Novais, 2019: 152).

Não obstante as distintas formas de invocação que o referido princípio conhece nas distintas ordens jurídicas, pode-se dizer que os métodos que oferece encontram, em sua base, a necessidade de reunião cumulativa da existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação ou regime jurídico e, por outro lado, a verificação de uma alteração inesperada no comportamento do Estado em relação ao quadro jurídico em vigor e que frustra a confiança dos particulares e acarreta a lesão dos seus interesses. (Novais, 2019: 159).

Trata-se, ainda, de um princípio que dirige exigências de proteção à atuação dos poderes públicos (Canotilho, 2016), salvo interesse público superior, das expectativas que fizeram nascer nos particulares⁹⁴ em graus distintos consoante a sua posição orgânico-funcional. Quanto à atividade administrativa e à judicial, sua vinculação ao princípio da proteção da confiança legítima se dá sobretudo através da concretização do mesmo realizada na lei, uma vez que o legislador, ao regular as diferentes situações da vida, o deve fazer tendo em conta o princípio da proteção da confiança legítima. Outrossim, tais normas deverão,

⁹² Para maiores desenvolvimento acerca das diferenças práticas entre o princípio da segurança jurídica e o da confiança legítima, v. CALMES (2001: 166-172).

⁹³ Nesse sentido, AMARAL (2012b) e MOTA PINTO (2014).

⁹⁴ Nesse sentido, CALMES (2001, 1).

também, ser interpretadas de acordo com o referido princípio, pelo que a proteção da confiança, enquanto princípio constitucional, é fonte do direito e critério de interpretação. No que respeita ao legislador, sua vinculação ao princípio constitucional da proteção da confiança encontra uma dimensão não tão delimitada quanto a anterior e que assenta principalmente nos postulados jurisprudencialmente construídos, o que acaba por suscitar algumas dificuldades quanto à tutela da confiança de continuidade no quadro regulatório vigente (Amaral, 2012b: 22; Novais, 2019: 152).

Intimamente relacionado com o tempo⁹⁵, e situando-se numa *zona nebulosa* (Amaral, 2012a) em que busca proteger a confiança dos particulares de ações públicas desfavoráveis com eficácia retroativa ou retrospectiva e enunciando soluções que permitam a evolução da ordem jurídica e social sem que isso signifique quebras abruptas na ordem já estabelecida, o princípio da proteção da confiança legítima possui campo de ação privilegiado no âmbito econômico (Castillo Blanco, 1998: 116), uma vez que os operadores econômicos pautam suas atuações e investimentos em bases regulatórias dos Estados, no entanto, a própria dinâmica da economia e seus impactos na conjuntura social podem demandar alterações substanciais da orientação e atuação pública, tanto para não comprometer a eficácia de medidas anteriores, como para modificá-las em ordem a se adaptar à nova realidade. Note-se, a esse respeito, que os oito acórdãos da conhecida *jurisprudência da crise* convocaram a utilização do princípio da proteção da confiança (Mota Pinto, 2014).

Ora, as políticas públicas se dilatam no tempo, não apenas pelo aspecto diacronicamente extenso das ações que podem ser levadas a cabo nas políticas mas, sobretudo para o ramo que aqui nos apresenta, em razão da sedimentação das dinâmicas de determinada política que estruturam o cenário futuro, delineando as características do contexto e até mesmo da forma com que se verão tratados os problemas (Capano, 1996).

Assim, o princípio da proteção da confiança, ao tutelar as situações jurídicas de confiança dos particulares contra mudanças brutais e imediatas na linha de ação pública, e vincular a atuação dos poderes públicos⁹⁶, limita a ação desses – mormente ao legislador, no contexto

⁹⁵ A relação entre o tempo e a proteção da confiança é largamente trabalhada pela doutrina. Sobre essa relação, v. AMARAL (2012b).

⁹⁶ Nesse sentido, NOVAIS (2019: 149).

da alteração de políticas -, contudo, não traz *per si* um desincentivo à mudança. O que faz é, sobretudo, impor balizas à forma como essa ocorre⁹⁷.

2.1. Direitos, Expectativas legítimas e Proteção da confiança

Orientada pelo postulado de que as leis devem, pela sua própria natureza, reger sempre para o futuro (Amara, 2012a), a proteção da confiança legítima que tradicionalmente assentava no dogma da inalterabilidade dos direitos adquiridos, salvo a verificação de interesse público superior (Tavares da Silva, 2016: 135), *vis à vis* leis cujos efeitos apresentassem caráter retroativo ou retrospectivo desfavoráveis, viu o seu campo de abrangência ampliado diante das numerosas mudanças no desenvolvimento das relações entre o Estado e os particulares – impulsionados sobretudo por fatores como a emergência do Estado Prestador, a globalização econômica, a emergência de crises financeiras, e as constantes mudanças impulsionadas pelo desenvolvimento tecnológico, para tutelar também direitos que assentam em expectativas legitimamente formadas a partir de atuações dos poderes públicos (Tavares da Silva, 2016).

Enquanto os direitos adquiridos assumem-se, consoante a definição realizada pela Lei de Bases da Segurança Social portuguesa⁹⁸, como os direitos que já tenham sido reconhecidos ou que já reúnam todos os requisitos legais necessários ao seu reconhecimento e sua pretensa imutabilidade após sua inserção na esfera jurídica dos sujeitos caracterize-se como uma herança do Estado Liberal (Loureiro, 2010: 119), as expectativas legítimas – de que nos ocuparemos mais, haja vista a estreita relação que possui com o eixo do presente trabalho - ganham notoriedade no Estado Social e podem ser caracterizadas como situações de confiança geradas pela ação de uma autoridade pública (Calmes, 2001), que por vezes podem consistir em momentos prévios à formação do direito – como é o caso dos direitos em formação, cujo exemplo clássico é o do regime de pensões -, nas quais é possível identificar uma densidade de proteção jurídica (Tavares da Silva, 2016), cuja intensidade poderá apresentar pesos variados consoante a intensidade das condutas públicas que estão em sua base de formação e que devem ser objeto de ponderação cuidada dos poderes

⁹⁷ Em sentido próximo, v. VICENTE (2017: 197).

⁹⁸ Lei nº 4/2007, de 16 de Janeiro.

públicos quando da realização de decisões⁹⁹. Ambos não deixam de caracterizarem situações de confiança, embora com pesos distintos.

A confiança que está na base das expectativas pode ter por objeto a manutenção ou continuidade de situações favoráveis ao particular ou a realização de mudanças em razão de compromissos assumidos (Calmes, 2001) e pode, com efeito, ser formada a partir de ações públicas com distintos graus de densidade (Weeks, 2017: 149). Essas vão desde atos legislativos, decisões administrativas e inclusive a jurisprudência, que evidenciam o modo de interpretação e de aplicação do quadro regulatório vigente (Tavares da Silva, 2017c: 116), à ações cuja manifestação é mais simples, como simples divulgações de informações pelo poder público, a realização de promessas¹⁰⁰, a própria realização de políticas e a adoção de uma prática reiteradas no tratamento de determinadas questões.

Deveras, a concreta indução da confiança é objetivamente apurada, se expressando concretamente em *investimentos* de confiança do particular, isto é, na assunção de comportamentos que podem consistir, por exemplo, na realização de medidas ou na abstenção quanto a possibilidades de ação que poderiam lhe ser vantajosas em razão da confiança que lhe foi gerada na estável adoção de uma linha de conduta pública aparente e coerente (Calmes, 2001).

Não obstante, para que possa ser digna de tutela pelo princípio da proteção da confiança, não basta que uma ação dos poderes públicos tenha sido capaz de gerar ou induzir a confiança dos particulares. É essencial que essa se afigure *legítima*. A inserção desse adjetivo demanda, nos ordenamentos de inspiração germânica, que as expectativas de continuidade ou de mudanças tenham se consubstanciado numa frustração através de uma ação dos poderes públicos represente, para o particular, uma surpresa razoável (Calmes, 2001), ou seja, uma alteração que ele não poderia razoavelmente esperar pelo operador médio com esteio no contexto em que sua confiança se insere – e que envolve, desde logo,

⁹⁹ Nesse sentido, CALMES (2001) e TAVARES DA SILVA (2016).

¹⁰⁰ Greg WEEKS (2017) qualifica as promessas como formas de comunicações mais diretas, aptas a criar expectativas quanto a realização de medidas específicas. Sylvia CALMES (2001) relaciona já as promessas a um compromisso realizado pela autoridade competente de realizar ou não uma medida.

aspectos socioeconômicos locais, nacionais ou globais¹⁰¹, bem como eventuais sinalizações públicas de possíveis alterações da orientação de sua ação.

No sistema inglês, a legitimidade das expectativas é aferida com base em critérios de “consistência, adequação às políticas prosseguidas e conhecimento de situações de facto” (Tavares da Silva, 2016: 143) e, a sua análise junto às Cortes britânicas é comumente associada aos conceitos de notável injustiça e abuso de poder (Weeks, 2017: 163), sendo densificados aos longo dos casos.

Já no contexto comunitário, a legitimidade das expectativas está atrelada à circunstância de os operadores econômicos terem recebido garantias específicas em relação à manutenção de uma situação (Vicente, 2017: 180).

No entanto, o reconhecimento da existência de expectativas legítimas pode conduzir a soluções variadas com vistas a proteger a confiança gerada em cada caso concreto, a depender do peso ou do grau de densidade dessas, sopesadas com o interesse público que motivou a adoção de comportamento distinto do anterior pelos poderes públicos.

Nesse toar, é possível vislumbrar proteções procedimentais, em ordem a garantir que o interessado será auscultado nas decisões que lhe possam ser desfavoráveis – como ocorre nos sistemas de *common law* – até proteções substanciais da confiança legítima, que limitam a condução das políticas públicas em níveis distintos a depender do forma de proteção empreendida – seja a manutenção da situação de confiança ou a compensação dos prejuízos sofridos (Calmes, 2001: 438). Fato é que essa escolha se dá através do recurso a mecanismos do direito que permitem evitar que as mudanças empreendidas se traduzam em quebras abruptas na ordem estabelecida, mas se deem de forma suave. Esses mecanismos assentam, sobretudo, no recurso à princípios jurídicos de aplicação transversal, como o princípio da proporcionalidade, e instrumentos de estabilização de situações jurídicas individuais – como a adoção de medidas de transição (Calmes, 2001: 3).

Note-se, entretanto, que frustradas as expectativas legítimas no âmbito da atuação legislativa ou administrativa, o campo de proteção última da proteção da confiança legítima é o dos tribunais, onde o princípio nasceu e se desenvolve consoante as contínuas densificações de seu conteúdo consoante os casos que concretamente se colocam. Esse, no

¹⁰¹ A relevância do contexto em que a atuação pública se insere para aferir se as alterações desfavoráveis representaram ou não uma surpresa para o particular foi destacada, por exemplo, pelo Ac Tc 399/2010.

entanto, na sua atividade, além de não poder deixar de observar o comportamento do legislador e o seu próprio¹⁰², como o fez o TC no Ac. 187/2013, para aferir a existência de expectativas legítimas, não deve extrapolar os juízos do legislador na definição do interesse público a ser prosseguido – e tampouco se substituir a ele, definindo o que entende ser o interesse público – quando da ponderação entre as expectativas legítimas de continuidade dos privados contrapostas ao interesse público definido pelo legislador, devendo ater-se a avaliar o peso das suas razões elencadas por esse e se as medidas por ele empreendidas foram necessárias, adequadas e proporcionais a justificar a mudança empreendida¹⁰³.

Destarte, o reconhecimento de proteção legal às expectativas ou interesses, ainda que se afigurem de baixa normatividade – como aqueles em cuja base de formação se vislumbram instrumentos de *soft law* (Vieira de Andrade, 2018) – conferem ao seu detentor, assim como ao de direitos adquiridos, direitos subjetivos públicos que devem ser considerados e sopesados na construção das novas soluções prescritas pela prossecução do interesse público (Tavares da Silva, 2016: 136), haja vista o direito à proteção da sua confiança na estabilidade de sua situação jurídica (Calmes, 2001: 34) e finalmente, o reconhecimento de posições jurídicas substantivas do seu titular no âmbito das relações jurídicas multilaterais ou multipolares.

¹⁰² Não podemos deixar de considerar que a jurisprudência também pode ser uma base de confiança (Calmes, 2001), e que as mudanças jurisprudenciais podem atingir as situações jurídicas dos destinatários da norma interpretada, razão pela qual a doutrina propõe uma limitação dos efeitos das decisões quanto às situações criadas no passado. V. CASTILLO BLANCO (198: 117).

¹⁰³ Nesse sentido, v. MOTA PINTO (2014: 181) e AMARAL (2012b: 24). A questão da definição do interesse público pelo TC veio à tona no contexto da crise econômico financeira através do AcTc 862/2013. No voto das Juízas Conselheiras Maria José de Rangel Mesquita e Maria de Fátima Mata-Mouros, essas afirmaram que “Na apreciação da conformidade constitucional de uma tal opção político-legislativa, cabe ao juiz, no respeito dos limites funcionais ditados pelo princípio da separação de poderes analisar se a fundamentação seguida pelo legislador na definição de prioridades merece censura jurídico-constitucional?”. No mesmo sentido, Paulo MOTA PINTO (2014: 181) traçou críticas ao modo como o TC realizou a ponderação dos interesses conflitantes no citado acórdão, asseverando que não cabe ao TC avaliar e determinar o interesse público, mas apenas realizar o controle, consoante um critério de evidência, de que as medidas empreendidas pelo poder público foram necessárias, adequadas e proporcionais para a realização do fim público concretizado pelo legislador, uma vez que na definição do interesse público vai sempre e irredutivelmente implicada uma decisão política. Suas considerações vão no sentido de que a definição judicial do interesse público, além de representar uma afronta à própria legitimidade decisória da sua definição, afronta o princípio da separação dos poderes em razão da falta de adequação funcional do Tribunal, não cabendo à instância jurisdicional a decisão acerca de questões políticas. E diríamos, também, representar uma afronta à própria segurança jurídica, por representar uma definição *a posteriori* do que estará na base das soluções legislativas para os conflitos de interesse, maculando o imperativo de previsibilidade do sistema jurídico.

Ademais, o reconhecimento de forças ou graus distintos dos direitos subjetivos públicos, em razão da sua continuidade gradativa, tal como enunciado por Vieira de Andrade (2018) revela aqui sua imprescindibilidade e pode ser mais bem visualizado.

É o caso, por exemplo, dos regimes de pensões no âmbito da seguridade social. Aqui, é possível vislumbrar sujeitos que já reúnem os requisitos necessários para ser beneficiários de pensões previdenciárias – e portanto, titulares de direito adquiridos -, bem como os titulares de direitos em formação, em que se verifica um grupo heterogêneo de sujeitos que apesar de ainda não cumprem todos os requisitos, mas já estão próximos de os realizar, bem como aqueles que acabaram de iniciar sua jornada contributiva para o sistema de pensões. No caso em tela, as expectativas legítimas são formadas quando o indivíduo começa a contribuir para o sistema e vão se densificando à medida que esse vai se aproximando de concretizar as condições estipuladas para ser beneficiário das chamadas pensões de reforma. E dessa maior densidade resulta o reconhecimento à proteção da confiança de se beneficiar do regime de pensões, cujo direito estava prestes a ingressar em sua esfera jurídica, com a adoção de regimes de transição que reduzam os efeitos da ação de um novo regime jurídico (Tavares da Silva, 2016: 136).

2.2. Proteção da Confiança Legítima nos sistemas inspirados pela matriz germânica

O sistema que constitui o berço do princípio da proteção da confiança legítima, caracteriza-se como um modelo flexível de aplicação do princípio (Vicente, 2017), com vistas a realizar a tutela substantiva da confiança legítima do particular e de sua posição jurídica subjetiva.

Sylvia Calmes (2001: 295) esclarece que no direito alemão a proteção da confiança legítima ganha corpo e densidade a partir de uma espécie de esquema, composto por cinco fases encadeadas cronologicamente que permite identificar a existência de uma confiança digna de proteção e, por conseguinte, apurar se uma expectativa legítima foi violada. Em suma, as fases dessa estrutura técnica referem-se a momentos temporalmente distintos, avaliando o comportamento público que está na base da confiança, bem como aquele que demonstra a efetiva *confidence en la base* – não ainda em termos de realizações

de investimentos de confiança, mas na sua boa-fé quanto à inexistência de vícios na base -, bem como os aspectos que permitem apurar sua legitimidade. Apurada a legitimidade da confiança em causa, a sua tradução concreta em ações empreendidas permite aferir concretamente o nível de interferência que a mudança ditada pelo interesse público representa para o particular para, por fim, suceder a um juízo de proporcionalidade entre os interesses privados na continuidade de uma linha de ação pública e o interesse público, a fim de averiguar se esse último revela-se superior e justificador da mudança e, em caso positivo, permitir a adoção de medidas adequadas e proporcionais a recuperar a continuidade das relações estabelecidas.

Assim, a proteção da confiança nesse sistema passa, desde logo, pela identificação de uma situação subjetiva de confiança objetivamente aferida, que culmina na ponderação dos interesses em presença, processo no qual a análise do comportamento daquele que suscitou a confiança e daquele que confiou tem lugar privilegiado (Vicente, 2017: 170).

No sistema alemão, o reconhecimento jurisprudencial do princípio da proteção da confiança legítima refletiu-se na atividade legislativa, que deu concretude o princípio da proteção da confiança legítima a partir da sua codificação na Lei Federal de Procedimento Administrativo, tendo consagrado níveis distintos de proteção da confiança no âmbito administrativo (Maffini, 2006; Castillo Blanco, 1998). Entre as diferentes formas de proteção consagradas, cabe trazer aquela que evidencia a flexibilidade e subjetividade desse modelo: a proteção plena da confiança que impede a revogação de atos administrativos inválidos de vantagem quando a proteção da confiança prevalecer sobre o interesse público.

Nesse sentido, concordamos com Marta Vicente (2017) quando assinala que esse modelo flexível e pautado na subjetividade é aquele que melhor responde às necessidades da administração, na busca pela melhor solução concreta realizar ponderações quanto aos interesses em causa.

No ordenamento jurídico português também se vislumbra a utilização dessa lógica substantiva da proteção da confiança, tendo o TC estabelecido as bases para a aferição da inadmissibilidade de mudanças que afetem as expectativas legitimamente fundadas dos particulares no AcTc 287/1990, especificamente no seu fundamento 28, enunciando que o princípio da proteção da confiança poderá ser fundamento de censura constitucional de

uma lei (Amaral, 2012b: 24) quando consubstanciar (i) uma mudança legislativa em sentido desfavorável com a qual os particulares não podiam razoavelmente contar e (ii) quando a afetação das expectativas não for ditada pela salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos e que prevaleçam a essas a partir de um juízo de proporcionalidade, vislumbrando-se a inconstitucionalidade da lei quando essa afetar as expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos quando essa afetação for inadmissível, arbitrária e demasiadamente onerosa.

Seguidamente repetidos na jurisprudência constitucional, esses critérios foram desenvolvidos pelo TC que, no AcTc 128/2009, os sistematizou nos quatro testes conhecidos que buscam aferir a constitucionalidade das medidas adotadas e que, consoante afirmou o TC no referido acórdão, precisam estar cumulativamente reunidos para que a proteção constitucional da confiança se verifique concretamente.

Os testes ou critérios se assemelham aos critérios apontados por Sylvia Calmes para a proteção substantiva da confiança, referindo-se (i) à existência de uma atuação do Estado-Legislador com densidade suficiente para gerar expectativas de continuidade nos particulares que (ii) devem se afigurar legítimas, avaliando-se se estas estão fundadas em “boas razões” e adotando-se como parâmetro o *cidadão médio, diligente e informado* (Tavares da Silva, 2016: 138). Ultrapassadas essas etapas, avalia-se (iii) a realização de planos de vida que expressem essa confiança, tais como o desenvolvimento de relações jurídicas e comportamentos empreendidos (Tavares da Silva, 2016: 139), bem como a (iv) inexistência de um interesse público prevalecente.

Essa sistematização é referida por alguns autores, como Maria Lúcia Amaral (2012b) como uma *fórmula* que densifica o princípio em voga. A esse respeito, Jorge Reis Novais (2019) pondera que uma racionalização do procedimento de controle do princípio da confiança legítima, como a realizada pelo TC selecionar alguns aspectos a se ter em conta na ponderação dos interesses em conflito e que, a depender do esforço analítico, poderá apresentar um número maior ou menor de testes.

O traço essencial da proteção da confiança na cultura germano-ocidental - e também o seu valor para a proteção da confiança - reside justamente na sua proteção substantiva através da ponderação entre os pesos das expectativas legítimas dos particulares e o peso das razões do interesse públicos, permitindo que a adoção de medidas

em ordem a alterar políticas públicas sejam consideradas válidas e constitucionais, à luz do princípio em causa, sempre que o interesse público prevaleça diante dos interesses privados que com ele colidam e, ainda, quando se verificar que os prejuízos advindos da adoção das medidas que se afigurem necessárias para a prevalência do interesse público são, de acordo com um juízo de proporcionalidade, inferiores aos benefícios gerais que apresenta (Tavares da Silva, 2016: 141).

E assim, outro importante aspecto que revela a virtude desse sistema para a proteção da confiança nas transições de políticas públicas reside na adoção de soluções adequadas à tutela das expectativas legítimas quando o interesse público for prevalecente, tais como o estabelecimento de regimes transitórios, com vistas a minorar os impactos das mudanças e assegurar transições suaves e moderadas entre os distintos regimes jurídicos¹⁰⁴.

2.3. Proteção da Confiança Legítima nos sistemas de Common Law

De modo distinto, a tutela das expectativas legítimas no sistema de *common law*, sobretudo no direito inglês, a proteção da confiança legítima é realizada sobretudo através do *principle of legitimate expectations* (Weeks, 2017) e por alguns tipos de *estoppel* (Castillo Blanco, 1998). Aqui, assim como no modelo germânico, as expectativas dignas de proteção são identificadas também de forma objetiva, a partir da análise daquilo que os indivíduos estavam autorizados a esperar, tendo em conta os atos concretos dos poderes públicos, e não o que esses efetivamente esperam em geral¹⁰⁵. Valoriza-se, assim, a noção de cidadão diligente, conhecedor do quadro regulatório e do contexto que o cerca, cuja legitimidade da confiança na manutenção desse quadro está atrelada a critérios de adequação às políticas prosseguidas, consistência e conhecimento das situações de fato (Tavares da Silva, 2016: 143). No entanto, aqui não se reconhece a legitimidade de uma *ultra vires legitimate expectation* (e portanto, da sua tutela), não protegendo a confiança quando o ato que está na base da criação da confiança afirmada for um ato ilegal – o que acarreta a “livre (ilimitada) anulação oficiosa de actos administrativos de vantagem” (Vicente, 2017).

¹⁰⁴ Nesse sentido, TAVARES DA SILVA (2016: 141).

¹⁰⁵ V. TAVARES DA SILVA (2016:143) e WEEKS (2017)

A grande diferença em relação ao modelo germânico de tutela das expectativas legítimas é que o modelo britânico assenta numa *procedural protection of legitimate expectations*, que possui como ideia fulcral a de que os poderes públicos não devem tomar medidas que sejam desfavoráveis aos destinatários de forma repentina, principalmente sem os auscultar ou realizar avisos sobre as mudanças que virão (Tavares da Silva, 2016: 142).

Dessa forma, a proteção da confiança legítima aqui é, sobretudo, uma proteção procedimental, isto é, seu reconhecimento visa garantir o direito do particular de ser ouvido pela autoridade causadora do impacto – o que encontra sua base na relevância do procedimento como forma de participação democrática dos cidadãos nas decisões da AP e no princípio da *procedural fairness* (Vicente, 2017).

O que, entretanto, não implica a impossibilidade de tutela substantiva da confiança legítima, muito embora essa seja realizada com moderação, com standard de controle pouco intenso (Vicente, 2017: 155), em consequência do respeito à margem de livre apreciação reservada à AP.

Desse modo, se o tribunal concluir que a expectativa legítima é digna de proteção substantiva, essa ainda pode ser protegida através de uma tutela procedimental, resumindo-se a um *fair procedure* se assim for admissível perante o interesse público em ponderação (Tavares da Silva, 2016: 143).

Note-se, contudo, que no modelo de proteção das expectativas nos sistemas de *common law*, a questão da proteção das expectativas legítimas em regra gira em torno da atividade administrativa, quase não se falando dos problemas que podem surgir no âmbito da proteção da confiança na atividade legislativa (Vicente, 2017).

No domínio do nosso estudo, o grande contributo do modelo anglo-saxão reside, sobretudo, na valorização da reflexividade e do direito de participação dos interessados no procedimento decisório, através do reconhecimento do direito de serem auscultados anteriormente às decisões que lhe possam ser desfavoráveis – garantia de participação que contribui sobremaneira para a adequada ponderação dos interesses em causa e a elaboração de decisões que além de mais qualitativas, melhor tutelem cada um deles. E aqui, o direito de participação no procedimento possui uma força tal capaz de fundamentar a tutela da confiança.

2.4. Proteção da Confiança Legítima e Alteração das Políticas Públicas

Com o já pudemos apurar, as políticas prolongam-se no tempo e constituem bases de confiança sobre as quais os privados realizarão seus planos e balizarão seus comportamentos e investimento – criando, assim, expectativas legítimas na estabilidade do cenário pré-estruturado e, por conseguinte, na continuidade das relações e situações jurídicas verificadas.

O princípio da proteção da confiança traz a essa seara exigências de que as alterações legislativas que se fizerem necessárias na condução de políticas públicas imprescindivelmente considerem as situações jurídicas de confiança anteriormente geradas e sobre as quais poderá incidir de forma retroativa ou retrospectiva. Estamos, aqui, diante da limitação tradicionalmente reconhecida à atividade do legislador, que consoante o princípio em estudo não pode livremente revogar ou alterar uma lei.

Deve o legislador, a par da racionalização operada pelo TC, identificar as distintas expectativas que podem ter sido geradas no quadro do regime jurídico que deseja alterar e proceder a uma ponderação entre o “peso” das expectativas de continuidade do regime e o “peso” das razões que demandam a realização das mudanças que pretende (Amaral, 2012b). Constatando-se a necessidade de tutela das expectativas, deve então o legislador verificar, consoante o resultado dessa ponderação, se a alteração deve ser realizada – ainda que em relação a um grupo de pessoas cuja confiança na continuidade apresenta maior peso – e como deve ser – seja com a instituição de regimes transitórios a serem instituídos por certo prazo, seja com a realização de indenizações, por exemplo -, adotando soluções criativas que permitam atenuar os impactos das mudanças realizadas.

Nesse âmbito, cumpre destacar que os atos de incentivo à adoção de determinadas condutas pelos particulares, não apenas constituem bases de confiança, mas, como esclarece Sylvia Calmes (2001: 420) faz nascer uma situação de confiança reforçada que se reflete diretamente na ponderação entre essa e o interesse público¹⁰⁶. E, assim, verifica-se a

¹⁰⁶ A jurisprudência do TJUE também tem reconhecido um valor acrescido à confiança quando essa foi gerada por atuações públicas destinadas a incentivar a adoção de comportamentos. V. VICENTE (2017: 184).

imprescindibilidade da análise do conteúdo material dessas atuações para apurar o próprio peso a ser atribuídos às expectativas legítimas geradas pelos atos de incentivo.

No tocante às relações jurídicas multipolares, o princípio da proteção da confiança legítima impõe que o legislador estabeleça soluções não apenas para as mudanças operadas diretamente por ele, mas preveja soluções abstratas adequadas a proteger a confiança daqueles que em virtude da atuação administrativa podem ter suas posições jurídicas subjetivas lesadas, como parâmetros para a fixação de indenizações ou, como ocorre no caso alemão (Vicente, 2017) e português, com a impossibilidade de revogação ou anulação de atos administrativos inválidos de vantagem quando a proteção da confiança prevalecer sobre o interesse público.

Indo um pouco mais fundo, acreditamos que as exigências dirigidas ao legislador pelo princípio da proteção da confiança legítima tocam, também, a esfera da boa governança no âmbito da legística.

Isso porque, como vimos, a incorporação da reflexividade, com a participação dos interessados nos procedimentos de elaboração normativa permite o conhecimento a fundo da realidade cuja regulação se pretende modificar e, assim, perceber melhor os interesses em causa, as situações de confiança na continuidade da linha de ação pública e os investimentos realizados a partir dela, possibilitando juízos de ponderação mais precisos, adequados e alicerçados – o que, ao fim e ao cabo, se refletirá na adoção de soluções que tutelem de forma eficaz e satisfatória as expectativas legítimas em causa. Assim, as boas práticas na produção legislativa estão no âmago dos valores trazidos pela democracia, cidadania, segurança jurídica e, também, da proteção da confiança legítima.

Sublinhe-se, a esse respeito, que a valorização da participação dos interessados nos procedimentos de decisões que lhe possam ser desfavoráveis é, no fundo, o que está na base da proteção procedimental da confiança do modelo anglo-saxão. E já aqui não se pode esquecer que uma das fragilidades das atuações atípicas no domínio da *guidance* largamente apontada pela doutrina reside na dificuldade de assegurar a participação efetiva dos interessados nos procedimentos. E assim, a proteção procedimental da confiança mostra suas virtudes no âmbito das alterações de políticas públicas, bem como no domínio das atuações atípicas hoje largamente empreendidas.

Nesse contexto, a realização da proteção da confiança pelo legislador convoca a adoção das boas práticas no âmbito da produção legislativa com o escopo de realizar ponderações mais adequadas acerca dos interesses em causa. Simultaneamente, exorta os tribunais e em especial o TC a levar a sério a incorporação dessas boas práticas legísticas no domínio das mudanças de políticas públicas, como dimensão concretizadora dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, tutelando a participação dos interessados nos procedimentos tendentes à realização de mudanças que lhes possam ser desfavoráveis, de modo a proporcionar a melhor e mais adequada ponderação dos interesses em causa e, ao fim, medidas aptas a realizar proteger da melhor forma a confiança dos particulares depositada na atuação Estatal.

CONCLUSÕES

A partir do caminho trilhado até aqui, realizado sem a pretensão de exaurir a temática e as possíveis soluções que podem ser empreendidas em ordem assegurar a realização do direito através dos imperativos de previsibilidade, estabilidade e confiança legítima, as novas formas de atuação pública nas *policies*, requer um olhar jurídico-dogmático cuidadoso e atento às especificidades que essa realidade nos apresenta e, ainda, dirigem novas exigências aos poderes públicos.

Inicialmente, além da juridicidade dessas atuações e da possibilidade de produção de efeitos jurídicos na esfera dos particulares, é imperioso também o reconhecimento de uma *vinculatividade de geometria variável* das atuações atípicas, que desde logo autovinculam o Estado aos seus próprios atos em razão da sua subordinação aos princípios estruturantes do Estado de Direito. Essa característica impõe limites à discricionariedade decisória dos poderes públicos na mudança de políticas públicas, ao determinar que as modificações que se fizerem necessárias também não se revelem abruptas e tampouco violadoras da estabilidade e da confiança legítima dos particulares, ocorrendo consoante os postulados dos princípios jurídicos da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

Essa questão alerta, ainda, para a necessidade de atenção ao conteúdo substancial das atuações atípicas, para aferir a natureza e a especificidade do comportamento requerido. A virtude dessa análise não se esgota na verificação de uma eventual vinculação material dos destinatários, mas permite, ainda, aferir o peso que as expectativas legítimas baseadas nessas atuações *soft* podem assumir em confronto com o interesse público quando esse demandar mudanças na linha de ação pública.

Já quanto à atuação administrativa na conformação de relações jurídicas poligonais, não obstante as divergências doutrinárias quanto à própria caracterização dessas relações e a forma de aferir os particulares afetados pelas atuações administrativas, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima tornam indispensável, ao nosso ver, que as posições jurídicas subjetivas – e, portanto, os detentores de direitos subjetivos públicos – sejam aferidas *ex ante*, a partir do programa normativo multipolar, a fim de proporcionar a adequada ponderação dos interesses em

causa, consoante os direitos atribuídos pelo legislador bem o valor que abstratamente conferiu a esses na sua atividade concretizadora. É, assim, imprescindível que mesmo nas atuações atípicas, a AP atue no âmbito da competência que lhe foi conferida e observe as valorações abstratamente realizadas pelo legislador no que tange às potenciais ofensas admitidas a direitos, valores e interesses, para dirimir a escolha do instrumento a ser utilizado e da medida da sua intervenção.

Como vimos, entretanto, essa realidade - para além das tradicionais reivindicações de clareza e determinabilidade dirigidas ao legislador que se revelam imprescindíveis para a realização do direito através de políticas públicas orgânico-funcionalmente orientadas - traz novas exigências à atuação legislativa.

Nesse âmbito, entendemos ser indispensável para garantir a segurança jurídica no âmbito das atuações flexíveis, a previsão de critérios pormenorizados que possibilitem assegurar que a flexibilidade da ação diante das exigências de mudanças se dê a partir de critérios que permitam assegurar a previsibilidade da atuação da AP.

At last but not the least, a necessidade de regular a complexa sociedade hodierna de forma adequada a realizar os imperativos de estabilidade e previsibilidade requer a incorporação das boas práticas legislativas, através dos mecanismos de *governance*, com a incorporação da reflexividade nas decisões legislativas, como uma das dimensões concretizadoras do princípio da segurança jurídica e da confiança legítima. E, nesse toar, há que se considerar a hipótese, à semelhança do que ocorre no modelo britânico, de proteção da confiança legítima do particular à participação nos procedimentos decisórios que lhe possam ser desfavoráveis.

BIBLIOGRAFIA

AMADO GOMES, Carla. (1999). *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2006). «Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos... contributo para a construção de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente dos pressupostos», in: *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário de seu Nascimento*, Coimbra Editora, Coimbra: Coimbra Editora.

AMARAL, Maria Lúcia. (2012a). *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2012b). «O tempo e a protecção da confiança», in: *V Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*, Org. Carla AMADO GOMES, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

ARAGÃO, Alexandra. (2005). «A Governância na Constituição Europeia: Uma Oportunidade Perdida? », in: *Stvdia Iuridica*, 84, Coimbra: Coimbra Editora, p. 105-166.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (2012). *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University Press.

BLACK, Julia. (2002). «Regulatory Conversations», in: *Journal of Law and Society*, v. 29, n.1, pp. 163-196.

BOBBIO, Norberto. (2004). «Política», in: *Dicionário de Política*, Coord. Norberto BOBBIO; Nicola MATTEUCCI; Ginfranco PASQUINO, Vol. II, Brasília: Editor UNB.

BUCCI, Maria Paula Dallari. (2013). *Fundamentos para Uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva.

_____. (1997). «Políticas Públicas e Direito Administrativo», in: *Revista de Informação Legislativa*, a. 34, n. 133 jan/mar, Brasília. disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>>, acesso em 16 de janeiro de 2019.

CAETANO, Marcello. (2015) *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, 6ª ed. rev. e ampliada, 7ª reimp., Coimbra: Almedina.

CALMES, Sylvia. (2001). *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, Paris: Éditions Dalloz.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno. (2019). *Agências de Regulação da União Europeia*, Coimbra: Gestlegal.

_____. (2008). *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (2006a). *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra: Almedina.

_____. (1994a). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (1972). «Da burocracia autoritária à tecnocracia social», *in: Revista de Cultura e Arte*, XXX, n. 345-346, Coimbra, Out-Nov, pp. 742-765.

_____. (2016). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 18ª reimp., Coimbra, Almedina.

_____. (2006b). «Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem», *in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 82, Coimbra, pp. 1-14.

_____. (1996). «Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente: as incertezas do contencioso ambiental», *in: Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3857 (Dez. 1955), pp. 232-235; nº 3858/3859 (Jan.-Fev. 1996), pp. 265-271; nº3860 (Marc.1996), p. 322-325; nº 3861 (Abr. 1996), p. 354-360.

_____.(1994b). «Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», *in: Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coord. José Pedro Pereira Monteiro FERNANDES, / Afonso QUEIRÓ, Coimbra Editora, Coimbra.

_____. (1990). «Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação», in: *Separata do vol LXIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. (2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.

CAPANO, Gilberto. (1996). «Política e Politiche», in: *Dizionario di politiche pubbliche*, Org. Gilberto CAPANO / Marco GIULIANI, Roma: La Nuova Italia Scientifica.

CAPANO, Gilberto/GIULIANI, Marco. (1996). *Dizionario di politiche pubbliche*, Roma: La Nuova Italia Scientifica.

CARMONA, Mafalda. (2011). *O Acto administrativo Conformador de Relações de Vizinhaça*, Coimbra: Almedina.

_____. (2010). «Relações Jurídicas Poligonais, Participação de Terceiros e Caso Julgado na Anulação de Actos Administrativos», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coord. MIRANDA, Jorge, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.

CASELLA COLOMBEAU, Sara. (2010). «Types de politiques publiques», in: *Dictionnaire des Politiques Publiques*, Coord. Sophie JACQUOT; Laurie BOUSSAGUET; Pauline RAVINET, Paris: Les Presses Sciences Po.

CASSESE, Sabino. (2012). *The Global Polity: global dimensions of democracy and the rule of law*, Sevilla: Global Law Press.

_____. (2002) «Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo», in: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1. Milano: Casa Editrice Dott, pp. 27-40.

CASTANHEIRA NEVES, António. (1995a). «A redução política do pensamento metodológico», in: *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, p. 379-421.

_____ (1995b). O problema da discricionariedade, in: *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, p. 531-596.

_____. (2013). *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, STVDIA IVRIDICA, 1, Coimbra, Coimbra Editora.

CASTELLS, Manuel. (2005). *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura - A Sociedade em Rede*, 2ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

_____. (2007). *A Era da Informação: Economia, Sociedade e cultura - O Fim do Milénio*, 2ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CASTILLO BLANCO, Federico A. (1998). *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.

CATARINO, Luís Guilherme. (2012). «A Nova Regulação Europeia dos Mercados Financeiros: a *Hoft Law* nos *Balancing Powers da União*», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, Studia Iuridica 105, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora.

COMISSÃO Europeia. (2001). Livro Branco sobre Governança Europeia, COM (2001) 428 final, Bruxelas.

COMPARATO, Fábio Konder. (2017). «Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas», in: *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*, Coord. Ada Pellegrini GRINOVER; Kazuo WATANABE; Susana Henriques da COSTA, Salvador: JusPodivm, pp. 175-191.

_____. (1989). *Para Viver a Democracia*, São Paulo: Editora Brasiliense.

CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL. (2017). Reino da Bélgica v Comissão Europeia, C-16/16 P, EU:C:2017:959.

DEHOUSSE, Renauld. (2010). «Politiques Européennes», in: *Dictionnaire des Politiques Publiques*, Coord. Sophie JACQUOT; Laurie BOUSSAGUET; Pauline RAVINET, Les Presses Sciences Po, Paris, pp. 427-437.

DINIZ DE AYALA, Bernardo. (1995). *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa: LEX.

DUPUY, Jean-Pierre. (2002). *Pour un catastrophisme éclairé : Quand l'impossible est certain*, Éditions du Seuil, Paris.

DUPUY, Pierre-Marie. (1991). «Soft Law and The International Law of the environment», in: *Michigan Journal of International Law, Michigan*, pp. 420-435.

DWORKIN, Ronald. (1977). *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press,

ESTEVEES, Maria da Assunção A. (2001). «Os Limites do Poder do Parlamento e o Procedimento Decisório da Co-Incineração», in: *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, pp 7-47.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de. (1997). *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo: da legitimidade processual e das suas consequências*. Coimbra: Coimbra Editora.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. (2016). *Curso de Direito Administrativo*, I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

_____. (2007). «Direito Administrativo», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Dir. Jorge Barcelar GOUVEIA, 3^o Suplemento, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 17-21.

GARCIA, Maria da Glória Dias. (2009). *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.

_____. (2007) *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Coimbra: Almedina.

GAUDIN, Jean-Pierre. (2002). *Pourquoi La Gouvernance ?*, Presses de Sciences Po, Paris.

GIDDENS, Anthony. (2011). *Mundo em Descontrole*, Trad. Maria Luiza X. da A. Borges, 8^a ed., Rio de Janeiro: Editora Record.

GONÇALVES, Pedro Costa. (2001). «Advertências da Administração Pública», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim

da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 723-796.

_____. (2013a). «Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da “new public governance”», *in: O Governo da Administração Pública*, Pedro Costa GONÇALVES [et al.], Coimbra: Almedina, pp. 7-33.

_____. (2013b). *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Coimbra Editora.

GRAHAM, John; AMOS, Bruce; PLUMPTRE, Tim. (2003). «Principles for Good Governance in the 21st Century». *In: Policy Brief*, n.15, Intitute on Governance: Ottawa..

HARGUINDÊGUY, Jean-Baptiste. (2013). *Análisis de Políticas Públicas*, Editorial Tecnos, Madrid.

HELD, David. (2009). *Globalização: Os perigos e as respostas*, Tradução Pedro M. PATACHO, Edições Pedagogo, Mangualde,

_____. (1995). *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press

LASCOUMES, Pierre. (1991). «Les contrats de branche et d’entreprise en matière de protection de l’environnement en France. Un exemple de droit négocié». *In: L’Etat Propulsif: Contribution à l’étude des instruments d’action de L’Etat*, Org. Charles-Albert MORAND, Paris: Éditions Publisud, pp. 221-236.

LOPES, Dulce. (2003). «O Nome das Coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Económico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário», *in: Temas de Integração*, Coimbra: Almedina.

LOUREIRO, João Carlos. (2010). *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (2013). A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

LOWI, Theodore J. (1972). «Four Systems of Policy, Politics and Choice», *in: Public Administration Review*, Vol. 32, n. 4 (Jul. – Ago.), pp. 298-310.

_____. (1967). «Making Democracy Safe for the World: National politics and Foreign Policy», in: *Domestic Sources of Foreign Policy*, James N. RESENAU, New York: The Free Press, pp. 295-331.

MACHETE, Rui Chancerelle de. (2012). «A tutela Administrativa e judicial dos direitos nas relações poligonais não reguladas normativamente», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coord. Marcelo Rebelo de SOUSA [et al.], Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 819-832.

MAFFINI, Rafael. (2006). *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico.

MARTINS, Ana Maria Guerra. (2017). *Manual de Direito da União Europeia*, 2ª e.d. Coimbra: Almedina.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. (1989) *Politique Publiques*, Paris : Presses Universitaires de France.

MIRANDA, Jorge. (1991) «Funções do Estado», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coord. José Pedro Pereira Monteiro FERNANDES, / Afonso QUEIRÓ, Lisboa: Coimbra Editora, pp. 416-429.

MÖLLERS, Thomas M. J. (2010). «Sources of Law in European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière», In: *European Business Organization Law Review*, nº 11, pp. 379-407.

MONIZ, Ana Raquel. (2017). *Os Direitos Fundamentais e sua Circunstância*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

_____. (2016). «O problema da realização da Constituição pela Justiça Constitucional: Ratio e Voluntas, Synépeia e Epieikeia? Reflexões a partir do pensamento de Castanheira Neves», In: *Juízo ou Decisão? O problema da realização jurisdicional do Direito*, Coimbra: Instituto Jurídico.

MORAIS, Luís Silva, (2012). O novo direito da economia e a Constituição Económica, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coord. Marcelo Rebelo de SOUSA [et al.], Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 453-484.

MORAND, Charles-Albert. (1991). «La contractualisation corporatiste de la formation et mise em oeuvre du droit». In: *L'Etat Propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de L'Etat*, Org. Charles-Albert MORAND, Paris: Éditions Publisud, pp 181-219.

_____. (1999). *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

MOTA PINTO, Paulo. (2014). «A proteção da confiança na “Jurisprudência da Crise” », in: *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Org. Gonçalo de ALMEIDA RIBEIRO ; Luís Pereira COUTINHO, Almedina, Coimbra, 2014.

MULLER, Pierre. (2018). *Les Politiques Publiques*, 12^a ed., Paris: Presses Universitaires de France.

NARITA, Yoriaki. (1968). «Administrative Guidance», in: *Law in Japan: an anual*, Traduzido por James L. ANDERSON, Vol. 2, n° 45, 1968, pp. 45-79.

NOVAIS, Jorge. (2014). *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora: Coimbra.

_____. (2019). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. (2001). «Licenças de Construção e os Direitos de natureza Privada de Terceiros», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 991-1048.

OHLWEILER, Leonel. (2007). «A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno», in: *Verbo Juris*, ano 6, n. 6, jan/dez, pp. 269-300.

OTERO, Paulo. (2012). «A dimensão política da administração pública», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coord. Marcelo Rebelo de SOUSA, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 713-733.

_____. (2007). *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina.

- PAES MARQUES, Francisco (2011). *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares: contributo para sua compreensão substantiva*, Coimbra: Almedina.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. (2003) *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Reimpressão, Coimbra: Almedina.
- _____. (2002). *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, 2ª reimp., Coimbra: Almedina.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (2015). *Teoría Política*, Andavira Editora, Santiago de Compostela.
- PETITEVILLE, Franck. (2010). «Politiques Internationales», in: *Dictionnaire des Politiques Publiques*, Coord. Sophie JACQUOT; Laurie BOUSSAGUET; Pauline RAVINET, Les Presses Sciences Po, Paris, pp. 437-445.
- PIÇARRA, Nuno. (1986). «A Separação dos Poderes na Constituição de 76. Alguns aspectos», in: *Nos Dez Anos da Constituição*, Org. Jorge MIRANDA, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 145-174.
- POLLITT, Christopher; HUPE, Peter. (2011). «Talking about government: the role of magic concepts», in: *Public Management Review*, v. 13, n. 5, pp. 641-658.
- PORTO, Manuel Carlos Lopes. (2009). *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias: face aos desafios da globalização*, 4ª ed, Almedina, Coimbra.
- PROSSER, Tony. (2014). *The Economic Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo; SALGADO MATOS, André. (2007). *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa: Dom Quixote.
- RHODES, R.A.W. (1996). «The new governance: governing without government», in: *Political Studies*, XLIV, Oxford: Blackwell Publishers, pp 652-667.
- SÁNCHEZ-PESCADOR, Libório L. Hierro. (1989). «Seguridad Jurídica y Actuación administrativa», in: *Documentación administrativa*, 218/219, pp. 197-210.
- SANTOS, Marília Lourido dos. (2006). *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. (1989). *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina.

SOARES, Rogério Ehrhardt. (1969). *Direito público e sociedade técnica*, Atlântida: Coimbra.

_____. (1981). «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 57, Coimbra, pp. 169-191.

SUNSTEIN, Cass (2016). *The Ethics of Influence: Government in the age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, New York.

TAVARES DA SILVA, Suzana. (2008a). «A Nova Dogmática do Direito Administrativo: o caso das administrações por compromissos», in: *Estudos de Contratação Pública - I*, org. Pedro GONÇALVES, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 893-942.

_____. (1998). *Actuações Informais da Administração – Verdade ou Mito?* Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

_____. (2000). «Actuações Informais e ‘Medidas de Diversão em Matéria de Urbanismo»», in: *Cedoua – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, ano III, n. 1, pp. 55-70.

_____. (2010a). *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

_____. (2016). *Direito Constitucional I*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

_____. (2014). *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

_____. (2008b). *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

_____. (2017a). «Democracia Transnacional», in: *X Encontros de Professores de Direito Público*, Coord. Ana Golveia MARTINS; Anabela LEÃO; Benedita Mac CRORIE, Patrícia Fragoso MARTINS, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas-Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, pp. 160-185.

_____. (2017b). «O Princípio da transparência: da revolução à necessidade de regulação», in: *As Reformas do Sector Público: Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-Crise*, Coord. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE; Suzana TAVARES DA SILVA, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 149-176.

_____. (2009). «O Princípio (Fundamental) da eficiência», in: *III encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2009.

_____. (2017c). «Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade», in: *Trajetórias de Sustentabilidade, Tributação e Investimento*, Coord. Suzana TAVARES DA SILVA; Maria de Fátima RIBEIRO, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 107-142.

_____. (2010b). *Um Novo Direito Administrativo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. (2008). *Nudge: um pequeno empurrão*, Editora Lua de Papel, Alfragide.

THOENIG, Jean-Claude. (2010). «Politique Publique», in: *Dictionnaire des Politiques Publiques*, Coord. Sophie JACQUOT; Laurie BOUSSAGUET; Pauline RAVINET, Les Presses Sciences Po, Paris, pp. 420-426.

URBANO CALVÃO, Filipa (1998). *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, Porto.

VALE, Luis António Meneses do. (2007a). *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde: Contributo para uma Perspectiva Jurídico Constitucional*, vol. 1, Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

_____. (2007b). *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde: Contributo para uma Perspectiva Jurídico Constitucional*, vol. 2, Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

VEIGA, Paula. (2006). «Cidadania: Cambiante de um Conceito e suas Incidências», in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 82, pp. 391-414.

VELASCO CABALLERO, Francisco. (1998). *La Información Administrativa al Público*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid.

VICENTE, Marta Nunes. (2012). *A quebra da legalidade material na atividade normativa de regulação económica*, Coimbra Editora: Coimbra.

_____. (2017). «O Princípio da Protecção da Confiança como Garantia Dinâmica», in: *Trajectórias de Sustentabilidade: Tributação e Investimento*, coord. Suzana TAVARES DA SILVA; Maria de Fátima RIBEIRO, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 143-194.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. (2017). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., reimp., Coimbra: Almedina.

_____. (1993). «Interesse Público», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coord. José Pedro Pereira Monteiro FERNANDES, / Afonso QUEIRÓ, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 275-282.

_____. (2018). *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra.

_____. (2016). «O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade», in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Org. por Maria Lúcia AMARAL, Col. Selma Pedroso BITTENCOURT, Coimbra: Almedina, pp. 239-255.

WEEKS, Greg. (2017). «What We Can Legitimately Expect from the State?», in: *Legitimate Expectations in the Common Law World*. Ed. Matthew GROOVES; Greg WEEKS. Oxford: Hart Publishing, pp. 147-164.

WILLKE, Helmut. (1991). «Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes rationnels». In: *L'Etat Propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de L'Etat*, Org. Charles-Albert MORAND, Paris: Éditions Publisud, pp. 65-94.

YOUNG, Katherine G. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão de 24 de novembro de 1982, *Comissão das Comunidades Europeias vs Irlanda*, Processo C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 399/2010, Lisboa, 27 de Outubro de 2010, disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.html>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 187/2013, Lisboa, 5 de Abril de 2013, disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 862/2013, Lisboa, 19 de Setembro de 2013, disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 287/1990, Lisboa, 30 de Outubro de 1990, disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900287.html>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 128/1009, Lisboa, 12 de Março de 2009, disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090128.html>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 214/2011, 29 de Abril de 2011, disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110214.html>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão N° 1/1997, Lisboa, 8 de janeiro de 1997, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970001.html>

