

Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança ·

Joaquim Freita da Rocha
jfrocha@direito.uminho.pt

Principais abreviaturas utilizadas:

ALR: *Administrative Law Review*

AnFD: *Anuario de Filosofía del Derecho*

AöR: *Archiv des öffentlichen Rechts*

ArchPhD: *Archives de Philosophie du Droit*

Der Staat: *Der Staat (Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches öffentliches Recht)*

HStR: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*

JhbRsRt: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*

JuS: *Juristische Schulung (Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung)*:

QC: *Quaderni Costituzionale*

RFDA: *Revue Française de Droit Administratif*

RTDP: *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*

I. Enquadramento temático e pressupostos analíticos

a) Enquadramento temático

Na sua dimensão jurídico-normativa, o princípio da protecção da confiança constitui um dos invólucros jurídicos que o Ordenamento dispensa aos valores da estabilidade, da segurança e da confiabilidade. Tratam-se, estes últimos, de valores que, por serem merecedores de um reconhecimento indubitável e de uma protecção acrescida, são erigidos à categoria de bens jurídicos fundamentais, constituindo-se em cânones orientadores que devem enformar todos os actos dos poderes públicos, principalmente os que encerrarem conteúdo decisório. Na verdade, é quase intuitiva a ideia de qualquer sujeito cria expectativas e orienta as suas opções de vida de acordo com um esquema de normalidade, antecipando riscos com base em determinadas situações que prevê poderem manter-se, e planificando pessoal, profissional e economicamente com base em dados que, com probabilidade, se repetirão. Por isso se pode afirmar que, de um ponto de vista subjectivo, a ideia fundamental a reter é a de que não devem ser permitidas alterações jurídicas com as quais, razoavelmente, os destinatários não podem contar e que introduziriam na respectiva esfera jurídica desequilíbrios desproporcionais, justificando-se por isso que seja reconhecida ao Ordenamento normativo uma dimensão conservadora tendente a impedir a perturbação que a acção estadual imprevista poderia introduzir.

· Texto originalmente publicado em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010 (especial), páginas 383 e ss.

Numa perspectiva de Direito Público, e na sua configuração clássica ¹, o princípio da protecção da confiança (*Vertrauensschutz*) vincula e limita os vários poderes Estaduais, exigindo de cada um deles cuidados suplementares no momento de levarem à prática as diferentes tarefas que o Ordenamento lhes confia, consigna e impõe, impondo particularmente:

- que o criador normativo desenhe normas claras, determinadas e tendencialmente estáveis;
- que o agente administrativo (Administração pública) fundamente adequadamente todos os seus actos, os notifique convenientemente aos seus destinatários e não revogue os actos constitutivos de direitos; e
- que o aplicador normativo jurisdicional (Tribunal), além de também dever fundamentar de modo apropriado as suas decisões, deve igualmente construí-las tendo presente que elas farão caso julgado, devendo ainda respeitar as decisões dos Tribunais superiores e, sendo caso disso, os precedentes.

Como se vê, e ainda classicamente, trata-se de um princípio que compreende quer uma dimensão de eficácia positiva — exigindo clareza e transparência na actuação (aqui se interseccionando com o princípio da boa-fé) — quer uma dimensão de eficácia negativa — impondo a conservação de situações jurídicas (até eventualmente desconformes com o ordenamento, por inconstitucionalidade ou ilegalidade) —, mas que, em todo o caso, assume que a normalidade e a estabilidade são duas das traves estruturais sobre as quais deve assentar todo o Ordenamento. De qualquer modo, deve-se reconhecer que não é de qualquer confiança que se está a tratar, nem da salvaguarda de qualquer tipo de expectativas ou de simples desejos baseados em interesses pessoais — muito mais do que isso, o que se procura é acautelar a confiança digna de protecção, isto é aquela que se funda numa convicção legítima de que as coisas se passarão de determinado modo e cuja violação se pode considerar atentatória da mais elementar ideia de justiça. Numa expressão simples: trata-se de assegurar a protecção da confiança legítima (*Schutzes berechtigten Vertrauens*).

Contudo, e numa altura em que os Estados, as estruturas dos respectivos Ordenamentos e particularmente as suas bases jurídico-constitucionais, se encontram

¹ V., para uma abordagem geral, MAURER, Hartmut, “*Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, in HStR, org. INSENSEE, Josef e KIRCHOFF, Paul, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, III, § 60, 211 e ss..

sujeitas a profundas influências e crescentes impulsos de abertura — quer em sentido horizontal, quer em sentido vertical —, será interessante indagar em que medida é que tais impulsos poderão ou não colocar em crise as dimensões essenciais da protecção da confiança acima referidas, particularmente interrogando se numa altura de pós-modernidade jurídica, os valores da estabilidade e da confiabilidade não terão de ceder perante os da flexibilidade e da eficiência. Neste contexto, o presente trabalho, mais do que tentar uma abordagem expositiva e histórica do princípio da protecção da confiança, narrando ou vazando discursivamente as suas exigências tradicionais — sem prejuízo da mais-valia que tal abordagem possa, eventualmente, transportar — procurará interrogar criticamente o papel de tal princípio no cosmos da multiplicidade jurídica que caracteriza o Ordenamento actual, começando por reconhecer que a manutenção do *status quo* inerente à protecção da confiança pode conflitar com as tendências de adaptação do Ordenamento às novas realidades e, conseqüentemente, com a sua expansão mediante a introdução de novo material normativo. Contudo, e como se verá, é precisamente na busca do equilíbrio entre tais tensões (conservadorismo e manutenção *versus* adaptabilidade e inovação) que o problema deve ser tematizado e resolvido.

De um modo mais específico, centrar-se-ão as presentes reflexões no contexto dos poderes normadores (legislador *lato sensu*) e procurar-se-á abordar o fenómeno da desestadualização e da contaminação a que os criadores normativos têm vindo a ser sujeitos por via de interferências não estaduais (embora estadualmente reconhecidas) e em que medida tais interferências poderão bulir com as garantias essenciais da estabilidade e protecção da confiança ², identificando algumas patologias e momentos de perturbação.

Em termos de delimitação analítica, é importante frisar que no discurso perpassará sempre a íntima ligação entre o princípio da protecção da confiança — objecto central das reflexões — e o inseparável princípio da segurança jurídica, embora se possa reconhecer uma diferença científica: o primeiro relaciona-se com os poderes aplicativos, com a protecção das expectativas e com a defesa da estabilidade subjectiva, afirmando-se vocacionado para a preservação das esferas jurídicas em

² V., a propósito, LADEUR, Karl-Heinz, “*Risiko Sozialstaat. Expansion des Sozialstaats ohne verfassungsrechtliche Schranken*”, in *Der Staat*, 46, 1, 2007, 61 e ss., em particular, 85.

concreto, o segundo relaciona-se com os poderes normadores (v.g., legislador) e com a defesa da solidez objectiva e com a estabilidade do Direito³.

O trabalho, porém, não deve ser levado a efeito sem que, previamente, se procure fixar em termos minimamente precisos e rigorosos os alicerces de pensamento sobre os quais vão assentar a forma e o conteúdo do discurso, clarificando pressupostos e justificando por essa via algumas das conclusões que se propõem. É certo que se pode concordar ou não com tais pressupostos, mas ao menos tenta-se — recorde-se: num trabalho sobre segurança e confiança — atingir a “segurança discursiva” e faz-se um esforço no sentido de eliminar as ambiguidades semânticas e os espaços vazios de sentido rigoroso. O convencimento do auditório — no sentido da procura da sua adesão aos conteúdos e às conclusões —, sendo importante num trabalho científico, acaba deste modo por assumir um papel secundário ou instrumental, na medida em que o propósito principal é o da apresentação e exposição das ideias, ficando a persuasão para um momento lógico posterior.

b) Pressupostos analíticos

Como se disse, o principal objectivo que se tem aqui em vista é interrogar criticamente a colocação do princípio da protecção da confiança no cosmos da multiplicidade jurídica que caracteriza qualquer Ordenamento actual, tendo por referência os poderes de criação normativa. Procurar-se-á saber se continua a fazer sentido referir a existência de um dever de cuidado no sentido de acautelar expectativas adquiridas numa altura de vertigem produtiva e de contínua introdução de normas, reclamada pela constante necessidade de actualização, adaptação, acompanhamento e flexibilização do Direito.

Ora, contextualizando a abordagem e indicando algumas pistas de enquadramento, deve-se começar por assinalar que será aqui adoptada uma visão positivista e normativista, querendo com tal significar o seguinte:

- (i) em primeiro lugar, que se entende — ou melhor dito: que se continua a entender, uma vez que a defesa deste arsenal gnoseológico e metodológico

³ Neste sentido, cfr. MAURER, Hartmut, “*Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, cit., 212. Cfr., GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010 (reimp.), 250.

já foi feita anteriormente em outros trabalhos ⁴ — que o Direito, enquanto ciência, é uma realidade essencialmente descritiva e eminentemente neutral, na medida em que o seu objecto são normas jurídicas, e não aspirações, motivações, valores, considerações axiológicas, dados sociológicos, etc. Por outras palavras, deve ser feita uma separação adequada entre *Direito* e moral, filosofia e sociologia, reservando para o primeiro o conhecimento e estudo das normas jurídicas, sejam estas boas ou más, aceitáveis ou não aceitáveis, valiosas ou não valiosas (positivismo) ⁵.

(ii) Em segundo lugar, e em decorrência da primeira compreensão, que se entende que as normas relevantes para consideração de um dado Ordenamento são aquelas que foram nele introduzidas pelo órgão competente, de acordo com a forma constitucionalmente prevista e de acordo com um procedimento específico, não sendo relevante para a consideração de determinada realidade como norma a sua efectiva aplicação. Aliás, é esta distinção entre normas correctamente criadas e normas efectivamente aplicadas que permite com clareza identificar as visões normativista (à qual aqui se adere e que é defendida por exemplo por KELSEN ⁶, BOBBIO ⁷, HART ⁸ ou BULYGIN ⁹) e realista (preconizada, por exemplo, por ROSS ¹⁰).

⁴ Cfr., designadamente, o nosso “Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos - Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa”, Coimbra editora, Coimbra, 2008.

⁵ Naturalmente que o referido no texto não significa que o conteúdo das normas jurídicas não seja importante. Significa tão somente que não é esse conteúdo que lhe vai conferir juridicidade, pois as “más” normas (v.g., normas injustas, normas desvaliosas) também são normas e também fazem parte do agregado normativo. De resto, não se torna difícil compreender que o próprio ordenamento incorpora mecanismos de afastamento das normas menos recomendáveis, seja por via do controlo de legalidade, seja por via do controlo de constitucionalidade.

⁶ Cfr., KELSEN, Hans, “*Zur Theorie der Interpretation*”, in “*Die Wiener rechtstheoretische Schule*”, Europa Vlg., Wien, 1968. Do mesmo autor, v. “*Der Begriff der Rechtsordnung*”, *idem*; “*Zur Theorie der juristischen Fiktionen*”, *ibidem*; e *Reine Rechtslehre* (trad. Portuguesa: Teoria pura do Direito, 6.^a edição, Arménio Amado editora, Coimbra, 1984).

⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, “*Teoria dell’ordinamento giuridico*” in *Teoria generale del Diritto*, Giappichelli ed., Torino, 1994 e “*Il positivismo giuridico*”, Giappichelli ed., Torino, 1996.

⁸ Cfr. HART, Herbert L. *The concept of law*, (trad. Portuguesa: “O conceito de direito”, Fundação Calouste Gulbenkian., Lisboa).

⁹ Cfr. BULYGIN, Eugenio, “*On norms propositions*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Aulis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000; “*Sobre la estructura logica de las proposiciones de la ciencia del Derecho*”, in *Análisis Logico y Derecho* (Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; e “*Alexy’s thesis of the necessary connection between law and morality*”, *Ratio Juris*, 13, 2, 2000, 134.

¹⁰ Cfr. ROSS, Alf, “*On law and justice*”, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, reimp., 1974.

Por aqui se pode ver, de um modo simplista, que um Ordenamento será dimensionado como um conjunto ordenado de normas jurídicas. Estas, de um ponto de vista material, assumem-se como padrões objectivos de comportamento que constituem pressuposto decisório dos poderes aplicativos, e formalmente estão vertidas em actos estadualmente criados ou estadualmente reconhecidos (leis, decretos, regulamentos, tratados, directivas, etc.).

Será tendo presente este quadro de pensamento jurídico que se procurará tematizar as questões enunciadas, começando por se fazer referência ao que se pode designar como patologias normativas, em consequência da *corrosão do poder legislativo clássico*.

II. As patologias normativas

Pode afirmar-se que o fenómeno que reconhecemos como *corrosão do poder legislativo clássico*, numa certa perspectiva, é induzido pelos impulsos pós-modernos da desestadualização, desracionalização e desabstracção da lei.

Com efeito, parece notória a tendência para a existência de um cada vez maior número de actos emanados por órgãos não estaduais de produção normativa que se afirmam como verdadeiras leis em sentido material, apesar de formalmente não serem possuidores do valor e da eficácia normativa da lei, além de se reconhecer que muitos desses actos não têm na sua base os padrões de racionalidade (v.g., visão prospectiva, generalidade, abstracção, aplicação indefinida) que seriam exigíveis a qualquer acto do poder público, baseando-se ou fundamentando-se em “racionalidades específicas” e “localizadas”. Consequentemente, transportam a normação para os domínios da salvaguarda de expectativas particulares e sectoriais e da resolução de casos em concreto.

Neste contexto, pode-se apontar, reconhecendo-se eventualmente outros, os seguintes indutores de incerteza: explosão legal, ambiguidade e tecnicização.

Procuremos analisá-los individual e sumariamente.

a) Explosão legal

A primeira inquietação relaciona-se com a quantidade de normas.

Na abordagem ao tema da proliferação e emanação excessiva de normas jurídicas, convém começar por adoptar uma postura cautelosa e não excessivamente crítica e ter presente que no contexto de uma sociedade globalizada e que se caracteriza pela antecipação do risco, qualquer Ordenamento é intrinsecamente plural e composto por camadas sucessivas de normas ¹¹. Tal pluralidade pode ser perspectivada de acordo com vários enfoques, todos eles relacionados entre si: de um ponto de vista orgânico, o tradicional monopólio estadual de produção normativa e legal dá lugar a um fenómeno de disseminação das fontes, com o surgimento de novos núcleos, e com a produção de Direito a pulverizar-se em várias direcções. Sob o ponto de vista espacial, e por via do fenómeno da globalização, surgem cada vez mais normas não internas a reclamarem pretensão applicativa no âmbito interno, como é o caso das normas oriundas de organizações internacionais — embora seja duvidosa a sua caracterização — e principalmente da União Europeia. Sob o ponto de vista temporal, verifica-se uma constante introdução de normas novas que regulam os espaços vazios e que alteram ou substituem as normas anteriores, dando origem ao estabelecimento de relações em *catenária* (sucessão horizontal).

Os problemas e as dificuldades começam a surgir com a ampliação contínua do ordenamento e particularmente quando o acrescento de normas se transforma em multiplicação, e a pluralidade dá lugar a um fenómeno de inflação legislativa ou “explosão legal” (TEUBNER ¹²), motivada por razões mais ou menos legítimas, que podem ir desde a tentativa de acompanhamento do progresso social e técnico, à transposição de norma não interna, às motivações no sentido de agradar a grupos ou de “despachar” assuntos em períodos transitórios ou de fins de mandato (*midnight regulations*) ¹³.

Pode assim nascer uma rede normativa caracterizada pela espontaneidade, e por uma estrutura descentrada, não enquadrável na tradicional visão *Kelseniana* de um ordenamento formalmente rígido e hierarquizado.

¹¹ Neste particular ponto, seguir-se-á de perto o nosso “Constituição, ordenamento e conflitos normativos”, cit., 246 e ss. V., a propósito, LINDAHL, Hans, “*Sovereignty and the institutionalization of Normative order*”, in *OxfJLS*, 21, 1, 2001, 168 e TERRÉ, François, “*La «crise de la loi»*”, in *ArchPhD*, 25, 1980, 17 e ss.

¹² A propósito, v. JhbRsRt, 9 (“*Gegentendenzen zur Verrechtlichung*”), e TEUBNER, Gunther, “*Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*” (trad. Portuguesa de José Engrácia Antunes, e Paula Freitas: “Juridificação – Noções, características, limites, soluções”, *RDE*, XIV, 1988, 17 e ss.).

¹³ Cfr., a respeito, BRITO, Jerry e DE RUGY, Veronique, “*Midnight regulations and regulatory review*”, in *ALR*, 61, 1, 2009, 163 e ss.

Quais as consequências desta avalanche de normas?

Em primeiro lugar, a perda de identidade do próprio Ordenamento: sempre que uma norma entra ou sai ele perde alguma da sua identidade, obtendo-se um novo conjunto, diferente do originário ¹⁴. Se as entradas e saídas forem quantitativamente numerosas e temporalmente constantes, deixa quase de haver Ordenamento no verdadeiro sentido do termo, existindo apenas um agregado ou conjunto desordenado de componentes diversas e com pouca relação entre si, perdendo-se o carácter sistémico. Esta “elasticidade”, que a um primeiro olhar pode não parecer demasiado danosa, torna a tarefa interpretativa demasiado arenosa e movediça, impossibilitando, por exemplo, o recurso a qualquer tentativa de interpretação utilizando o elemento sistemático. Mas não apenas. Em segundo lugar, da multiplicação referida advêm consequências ao nível da própria segurança jurídica e protecção da confiança, pois as questões e os problemas que surgem no momento da aplicação são inúmeros ¹⁵: qual a norma que se deve aplicar ao caso em concreto – a norma geral, constante de um código ou a norma especial constante de uma lei avulsa? Identificada a norma, as inquietações também surgem a propósito da aplicação do critério cronológico de resolução de conflitos normativos: vigorará ainda essa norma ou já terá ela sido revogada (por vezes de um modo tácito) por uma disposição “escondida” em qualquer outro diploma? Ainda: qual a sua versão actualizada?

Não se torna difícil compreender que esta insegurança applicativa encontra grande parte da sua razão de ser na complexidade do Ordenamento, particularmente em segmentos jurídicos mais sensíveis e mais sujeitos a contínuas intervenções normadoras, como sucede no domínio do Direito tributário, do Direito do ambiente, do Direito do trabalho ou do Direito da segurança social ¹⁶. Nestes e em outros domínios, pode afirmar-se que o Direito é muitas vezes reflexivo num sentido negativo, pois materializa-se numa sucessão de normas dificilmente identificáveis e

¹⁴ Assim, GUASTINI, Ricardo, “*Ordinamento Giuridico*”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 419 e ss. e ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio, “*Sobre el concepto de orden jurídico*”, in *Análisis Logico y Derecho* (org. Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 396.

¹⁵ V., a respeito, e para uma visão global, WALDHOFF, Christian, *Vertrauensschutz im Steuerrechtsverhältnis*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (org.), *Vertrauensschutz im Steuerrecht (=Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, 27)*, Köln 2004, 129 e ss., disponível online em http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/Kirchenrecht/LehreWS06_07/AufsatzVertrauensschutz.pdf. (em 10.12.2008)

¹⁶ V., a propósito, TOWFIGH, Von Emanuel, “*Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht*”, in *Der Staat*, 48, 1, 2009, 29.

que se autoremetem e se enredam na sua própria complexidade ¹⁷. Em termos práticos, a referida proliferação conduz quase inevitavelmente à desordem, entrando-se então no domínio dos conflitos normativos e das quebras no sistema ¹⁸, também bastante danosos para a protecção da confiança, pois as expectativas também podem ser defraudadas quando o criador normativo [*rectius*: os criadores normativos] cria normas em conflito com outras ¹⁹. Consequentemente, é frequente surgir a dúvida sobre se a disposição de uma lei nova revogou ou não a de uma lei antiga; se a norma contida num tratado internacional devidamente aprovado prefere ou não na sua aplicação em relação a uma norma de Direito Europeu sobre a mesma matéria; se uma disposição geral posterior afasta uma disposição especial anterior, etc.

A este respeito, as dúvidas quanto à colocação escalonada de algumas normas, e particularmente quanto à sua consideração como leis com valor reforçado, podem introduzir factores de insegurança. Isto porque a integração de determinada norma num singular escalão normativo implica o reconhecimento em relação a ela de uma força jurídica específica, que de outro modo ela poderá não ter, e significa igualmente ligar-lhe um conjunto de efeitos jurídicos que outras normas não terão, como a capacidade ou resistência revogatória ou derogatória, consoante os casos ²⁰.

¹⁷ Neste sentido, TOWFIGH, Von Emanuel, “*Komplexität und Normenklarheit...*”, cit., 59.

¹⁸ Em termos jurídicos, um Ordenamento pode considerar-se sistemático quando as respectivas normas se encontrarem coerentemente articuladas entre si, o que não significa total ausência de contradições. Na verdade, o que se torna verdadeiramente indispensável — sem o que não se pode considerar que exista um autêntico Ordenamento normativo [assim, JARASS, “*Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe (Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber)*”, in AöR, 126, 4, 2001, 588.) — é que existam formas de superar e resolver essas contradições, ou, como já dissemos em outro lugar, que existam “conexões lógicas e enlacs dedutivos que as permitam solucionar” (que passarão pelas ideias de hierarquia e de preferência applicativa), atingindo-se uma sistematicidade em sentido lógico e não tanto em sentido material. O objectivo é que o agregado normativo em que o Ordenamento se materializa constitua um articulado de sentido, pois se tal não suceder os destinatários das normas dificilmente poderão com razoabilidade antecipar mentalmente a produção dos seus efeitos e delinear os seus actos de acordo com eles.

¹⁹ Assim, MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “*La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*”, AnFD, XVIII, 2001, 30, 303.

²⁰ Pode apontar-se como exemplos nas matérias tributárias e fiscais, designadamente a Lei geral tributária (LGT), a Lei do orçamento do Estado (LOE) ou a Lei das finanças locais (LFL). Cada uma destas leis incorpora uma disciplina jurídica que em muitos passos não pode ser deixada ao sabor de revogações e derrogações momentâneas e constantes, antes devendo ser revestida de um invólucro protector que as defenda e preserve de investidas de outros actos legais. Sucede, todavia, que em lado algum do Ordenamento se estabelece inequivocamente o respectivo valor reforçado, pelo que legitimamente se pode levantar a dúvida acerca da sua existência e, consequentemente, suscitarem-se problemas no momento da aplicação aos casos em concreto, pois os juízes terão sérias dúvidas em saber se aplicam, por exemplo, a norma X constante da LOE ou a norma Y constante de uma lei ordinária que contém uma disciplina contrária.

Acresce aos aspectos apontados um outro, por vezes negligenciado, mas que, numa óptica normativa, se assume como bastante relevante: é que, no contexto de um conjunto múltiplo, impreciso e desordenado de normas, pode revelar-se difícil encontrar o parâmetro aferidor da validade de uma determinada actuação jurídica concreta. Por outras palavras: o parâmetro ou o bloco de legalidade torna-se nebuloso e de difícil concretização, sendo custoso, por exemplo, identificar a lei que vai servir de parâmetro aferidor da validade de determinado acto administrativo ou regulamento, o que, como facilmente se intuirá, constituirá um sério obstáculo à aplicação normativa administrativa e à resolução de litígios por parte do poder judicial.

Enfim, como se pode ver, a inflação legal, que num primeiro momento até é apontada como um factor de segurança — pois contribui para o desaparecimento de uma lacuna ou de um espaço em branco no sistema — torna-se exactamente no oposto: incerteza applicativa e desconhecimento normativo.

b) Ambiguidade

O segundo momento de preocupação relaciona-se, já não com a quantidade, mas com o conteúdo das normas.

Importa aqui começar por recordar que, de acordo com os cânones teóricos clássicos e no quadro de um Ordenamento típico da modernidade, a lei era emanada por um órgão estadual geral e representativo (Parlamento), enformada pelo primado da razão e vocacionada para um aproveitamento temporal, objectiva, e subjectivamente indefinido, sublimando o ideal de igualdade formal e da aplicação universal. Porém, enquanto nos domínios da teoria do conhecimento se verifica um progressivo enfraquecimento da concepção racionalista de existência e uma quebra da confiança no dogma da razão, no domínio social assiste-se à emergência de “corpos intermédios”, “grupos de pressão” ou “poderes paralelos” (aparelho burocrático, comunicação social, sindicatos, minorias poderosas), o que, conjugadamente, empurra o Ordenamento para o domínio da desracionalização, dos conflitos de interesses e campos de tensão, suscitando a tentação de utilizar a lei com o intuito de resolver

problemas, anseios e reivindicações concretos ²¹. Pode falar-se aqui em “emergência da sensibilidade”, na medida em que a lei passa a ser emanada mais por motivações afectivas do que racionais, mais com o propósito de agradar a certo grupo ou entidade e pelo impulso de acolher pretensões específicas — sob pena de sanções eleitorais — e menos com finalidades gerais e abstractas, surgindo as leis feitas à medida e que procuram antecipar todos os possíveis conflitos.

Simultaneamente, verifica-se o recurso ao Direito aberto, um aumento das cláusulas indeterminadas e das remissões. Na realidade, tornando-se difícil acolher directamente num enunciado legal as aspirações subjacentes, o caminho mais simples e evidente é o do afrouxamento da vinculação: a lei, se quer continuar a ser aparentemente geral e adaptável a todos os casos, desenha um enunciado linguístico abarcante e vago, endereçando para quem a vai aplicar aos casos em concreto uma tarefa interpretativa complexa. Em certos casos, utilizando conceitos indeterminados e conceitos polissémicos; em outros, e em eventual violação de princípios estruturantes do Estado de Direito, remete mesmo para o aplicador (Administração ou Tribunal, na maior parte dos casos) a densificação necessária para que se afirme como enunciado normativo e possa conter um padrão de comportamentos que a permita qualificar-se como norma, mediante remissões e cláusulas de opção. Pense-se, por exemplo, no combate à evasão e à fraude tributárias — domínio em que é frequente o legislador ceder às pretensões do aparelho burocrático do Estado — e atribuir margens decisórias amplas à Administração tributária, mediante a utilização de conceitos e cláusulas como “condições normais” ²², “razões de natureza económica ou técnica (...) aceites pela Direcção-Geral dos Impostos” ²³, “razões devidamente justificadas e aceites pela Direcção-Geral dos Impostos” ²⁴, “margens médias do lucro líquido” ²⁵, “taxas médias de rentabilidade” ²⁶, “relação congruente e justificada entre os factos apurados e a situação concreta do contribuinte” ²⁷, etc.

Em todos estes casos, pode falar-se em “ambiguidade” do legislador e, de acordo com um enfoque próprio de certos sectores do pensamento jurídico, trata-se de

²¹ V., a propósito, CHECCOLI, Tiziano, “*Il fenomeno del lobbying negli Stati Uniti e nell’Unione europea*”, QC, XXVI, 4, 2006, 719 e ss.

²² Cfr. art.º 26.º, n.º 4 do CIRC.

²³ Cfr. art.º 27.º, n.º 2 do CIRC.

²⁴ Cfr. art.º 29.º, n.ºs 3 e 4 do CIRC.

²⁵ Cfr. art.º 90.º, n.º 1, alínea a) da LGT.

²⁶ *Idem*, alínea b).

²⁷ *Ibidem*, alínea i)

“importar” para o Direito a lógica *teubneriana* dos subsistemas e dos códigos comunicativos próprios, reconhecendo que os esquemas de linguagem utilizados pelo subsector jurídico não coincidem necessariamente com os esquemas de linguagem adoptados pelos outros subsistemas, particularmente os subsistemas político, económico e moral/religioso. Por aqui se constata, por exemplo, que determinada medida que juridicamente seria altamente recomendável e até imprescindível não seja levada à prática porque, politicamente, seria desaconselhada ou até desastrosa. Da mesma forma, uma certa actuação concreta que se consideraria economicamente útil e eficaz, pode, do ponto de vista jurídico, ser considerada ilegal ou inconstitucional, por violação de dimensões normativas essenciais.

Neste quadro, quais são as consequências ao nível da protecção da confiança e da segurança jurídica?

À partida, a consequência que se afigura, do nosso ponto de vista, mais gravosa (embora se reconheça que possa assumir alguma lateralidade em relação ao tema aqui em reflexão): a desintegração do Interesse público. Com efeito, num contexto em que se tentam acolher todas as pretensões²⁸ e dar cobertura a interesses múltiplos e sectoriais, a procura de um “interesse geral” ou de um “bem comum” que sirva de substrato material às actuações das entidades públicas torna-se, senão impossível, bastante difícil, a não ser que se entenda que o caminho passa pela minimização quase depreciativa da intervenção estadual. Pela nossa parte, continuamos a entender — e acentuadamente — que o Interesse público não significa o resultado da soma algébrica de todos os interesses individuais, mas deverá consistir num *plus* em relação a este resultado. Importando o discurso para as temáticas que são aqui objecto de análise, sempre se pode dizer que, no mínimo, a actuação da Administração se torna errática e insegura — externalizando esta insegurança para a esfera jurídica dos administrados —, porque não se conseguirá rever num Interesse público que lhe sirva de referência e que (ainda) deve estar constitucionalmente ancorado²⁹.

Por outro lado, levantam-se, uma vez mais, problemas de insegurança applicativa, na medida em que o aumento das cláusulas indeterminadas e das remissões

²⁸ Cfr. BÉROUJON, François, “*Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes*”, in RFDA, 2008, Mai-Jun, 454.

²⁹ V. art.º 266.º, n.º 1 da CRP.

desloca para jusante as difíceis áreas de densificação do conteúdo da lei, com o resultado de que os destinatários não conseguem antever qual a melhor forma de direccionar os seus actos jurídicos, sendo-lhes quase impossível prever se a sua conduta se inscreve ou não na moldura desenhada pelo legislador. Por outro lado, o princípio da tipicidade — uma das âncoras clássicas dessa mesma segurança, particularmente em matérias impositivas e repressivas (tributos e penas ³⁰) — é colocado em crise, pois a previsão normativa revela-se quase sempre insuficiente na medida em que carece da precisão adequada, que apenas surgirá com a aplicação ao caso em concreto. Além do mais, esta técnica de “devolução da resolução” pode revelar-se perigosa num momento em que se assiste em muitos sectores do Ordenamento a um fenómeno de privatização das funções tradicionalmente públicas, sendo o Direito tributário particularmente propenso a esta tendência, pois verifica-se que grande parte das normas fiscais, como as respeitantes à liquidação, à retenção na fonte de impostos e outras, são aplicadas pelos próprios contribuintes / particulares. Como decorrência, verifica-se um aumento do número de conflitos, pois bem vistas as coisas, na mesma situação, tal a vaguidade da norma e a margem de decisão devolvida aos aplicadores, haverá sempre, no mínimo, duas interpretações possíveis e plausíveis.

Além disso, também aqui as já referidas dificuldades de delimitação do bloco de legalidade que parametriza as actuações infra-legais serão de salientar, na medida em que a ambiguidade da previsão normativa torna difícil a delimitação de um conceito adequado de norma que sirva propósitos de controlo de validade.

c) Tecnicização

Paralelamente — e já está a ser feita referencia à terceira ocorrência — , a lei é empurrada para o campo da técnica. Isto porque os avanços do conhecimento numa sociedade tecnológica e a necessidade de precaução e antecipação de riscos, obrigam os poderes normadores a uma forte especialização e a uma permanente actualização em áreas tão distintas como a energia atómica e nuclear, a aeronavegabilidade, a

³⁰ Acerca da corrosão do princípio da legalidade penal, v. BERNARDI, Alessandro, “*All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo dio legalità penale*”, in QC, XXIX, 1, 2009, 37 e ss.

emissão de gases poluentes, a genética ou os cuidados médicos ³¹, áreas estas que costumam começar por ser disciplinadas pelos próprios interessados, através de organismos próprios representativos do sector e mediante a criação de regras de normalização, *standards* ou normas técnicas. Num tal contexto de autoregulação, se o Estado quiser acompanhar o conhecimento e proceder à juridificação das normas técnicas — não o fazendo, estar-se-á em presença de meros instrumentos *soft law*, não jurisdicionalmente vinculativos — pode enveredar por um de três caminhos ³²:

- incorporá-las total ou parcialmente nas leis ou regulamentos, nomeadamente através da criação de anexos com especificações técnicas;
- proceder a reenvios para essas mesmas normas, utilizando fórmulas como “...nos termos da norma X...” ou “de acordo com as prescrições estabelecidas na norma Y...”; ou
- utilizar cláusulas gerais de reenvio, remetendo para “regras conhecidas da técnica”, para o “estado da ciência e da técnica” ou para as “regras da arte” (*règle de l'art*).

³¹ Cfr. MARBURGER, Peter, “*Formen, Verfahren und Rechtsprobleme der Bezugnahme gesetzlicher Regelung auf industrielle Normen und Standards*”, in Müller-Graff (org.), “*Technische Regeln im Binnenmarkt*”, Nomos Vlg., Baden- Baden, 1991, 30. V., ainda, VIEWEG, Klaus, “*Technische Normen im EG- Binnenmarkt*”, *idem*, 57 [trad. portuguesa: “Normas técnicas europeias e nacionais no mercado interno da Comunidade Europeia”, in RDES, XVI a XIX, 1990 - 1993, 323 e ss.].

³² V. BREUER, Rüdiger, “*Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*”, in AöR, 101, 1, 1976, 60 e ss.

Por exemplo, o campo particular da contabilidade é um terreno privilegiado para este tipo de utilização da regulação técnica, podendo-se salientar o disposto no código do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (CIRC) a respeito da determinação do lucro tributável e o reenvio que aí é feito para “a normalização contabilística e outras disposições legais em vigor para o respectivo sector de actividade” [cfr. art.º 17.º, n.º 3, alínea a) do CIRC. V., também, com reenvio para “a normalização contabilística especificamente aplicável”, o art.º 26.º, n.º 2 do mesmo diploma].

Destaca-se neste âmbito a recente introdução por via de decreto-lei (DL 158/2009 de 13 de Julho) do *Sistema de Normalização Contabilística* (SNC), o qual, nas palavras do próprio legislador, é um modelo de normalização assente mais em princípios do que em regras explícitas e que se pretende em sintonia com as normas técnicas emitidas por uma entidade autoreguladora e normalizadora internacional — o *International Accounting Standards Board* (IASB) — e adoptadas na União Europeia (UE). As normas técnicas aqui em causa e incorporadas pelo poder estadual são o reflexo, por um lado das “normas” internacionais de contabilidade (*International Accounting Standards* - IAS) e das normas internacionais de relato financeiro (*International Financial Reporting Standards* - IFRS) e, por outro lado, das “interpretações conexas” elaboradas pelo antigo Standing Interpretations Committee e pelo actual International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC). Antes desta incorporação ou absorção estadual, tratava-se apenas de paradigmas de aplicação reconhecidamente adoptados e “conceitos contabilísticos estruturantes que, não constituindo uma norma propriamente dita, se assumem como referencial que subjaz a todo o Sistema”.

Saliente-se que os IAS, os IFRS e as “interpretações” do IFRIC não absorvidas por via legal através deste decreto-lei, têm um importante valor supletivo, pois podem ser usados como forma de integração de lacunas (assim, SNC, ponto 1.4.).

Aqui, uma vez mais, a insegurança aparece como a grande objecção ou censura, principalmente se for tida em vista a dificuldade de acesso ao conteúdo normativo das normas técnicas — devido à particularidade e complexidade do domínio material — e à deficiente publicidade a que elas estão muitas vezes sujeitas, escapando frequentemente aos modos de publicação oficial (e a publicidade não oficial como as bases de dados dos organismos normalizadores ou reguladores pode não introduzir significativos factores de confiabilidade). Por outro lado, não pode ser perdido de vista que se trata, na grande maioria dos casos, de normas com um tal grau de tecnicismo e de densidade conceptual que apenas um especialista no domínio em questão — não um “simples” jurista e, muito menos, um destinatário “comum” não jurista — as entende. Ora, esta circunstância poderá colocar em crise uma das garantias essenciais do princípio do Estado de Direito no particular âmbito da segurança jurídica e protecção da confiança — o sub-princípio da clareza e determinabilidade das normas, degenerando em situações de total imprevisibilidade decisória.

Além disso, sempre se levantam receios de uma possível ou eventual confusão entre a competência política, a competência legislativa e a competência técnica, emergindo zonas de hesitação em que se torna difícil identificar com clareza as esferas de actuação do Estado-legislador e das comissões técnicas.

Enfim, e em síntese, o que se pode concluir é que a referida pós-modernidade jurídica, trazendo seguramente vantagens em outros domínios do Ordenamento, introduz preocupantes factores de desestabilização e insegurança no domínio da teoria da normação e da criação de normas jurídicas. Isto porque, na ânsia de regulação, os códigos estáveis, duradouros e sistematicamente arrumados parecem ter dado o lugar a uma massa disforme de leis, decretos, tratados, directivas, regulamentos, normas técnicas, *standards*, etc., os quais, como agravante, não contêm uma disciplina adequada e suficientemente densa que possibilite, só por si, a afirmação de posições jurídica subjectivas merecedoras de protecção por parte do Ordenamento, além de dificilmente constituírem um pressuposto decisório ou um parâmetro deliberatório suficiente para os poderes aplicativos.

III. Os remédios para combater as patologias

Após a referência ao que se identificou como algumas patologias normativas que envolvem a introdução no Ordenamento de factores de insegurança e incerteza jurídicas, procurar-se-á apontar algumas possibilidades de resposta (“remédios”) ao dispor desses mesmo Ordenamento. Trata-se de tentar individualizar possíveis soluções que têm em vista evitar ou esbater alguns desses efeitos negativos, os quais, por razões de comodidade expositiva, catalogar-se-ão como: recuperação do normativismo (i), cláusulas adaptativas automáticas e codificação (ii), reforço principiológico (iii) e previsibilidade técnica (iv).

- (i) O primeiro desses remédios passa pela assunção de uma *postura normativista* e por resgatar as ideias de competência e de hierarquia como norteadores de toda a tarefa de criação e aplicação jurídica. Pretende com isto significar-se, em termos muito gerais, que os actores jurídicos devem assumir funções estritamente jurídicas, dando preeminência às normas e à sua conformidade com outras normas e não à sua conformidade com outros parâmetros aferidores, designadamente valores, dados, pautas morais, etc.³³. De um modo mais concreto, e tendo sempre em vista a prossecução da estabilidade jurídica e da segurança applicativa, deve adoptar-se uma postura de base legalista – em detrimento de uma postura valorativa – a qual, não sendo excessivamente formal, deve partir da consideração das regras e da sua adequada articulação com os princípios (isto porque, entende-se, uma postura normativista parte do pressuposto de que a segurança dificilmente será atingida se o Ordenamento for preenchido maioritariamente por normas não escritas, de natureza volátil e de contornos gaseificados). Neste seguimento, coloca-se o acento tónico nas questões da identificação das normas e da sua ordenação num

³³ O referido no texto não equivale a dizer — como uma apressada leitura “valorativista” poderia querer sugerir — que os fenómenos jurídicos não tenham ou não devam ter conteúdo axiológico, social, económico ou outro. Têm-no e, óbvia e necessariamente, deve tê-lo. Contudo, não é o conteúdo que identifica a marca da juridicidade, a qual será mais determinada pela fonte e menos pelo mérito (BOBBIO refere a respeito (V. “*Il positivismo giuridico*”, cit., 144.): “*Qualsiasi tentativo di definire il diritto in relazione al suo contenuto sarebbe destinato al fallimento, perchè non c'è materia che il diritto non abbia storicamente regolato o non possa in un eventuale futuro regolare...*”). Deste modo, uma norma será jurídica se a sua produção foi efectuada pelo órgão competente, de acordo com a forma e o procedimento previstos e exigidos. É verdade que podemos concordar ou não concordar com o seu conteúdo, entender até que estamos perante uma norma desvaliosa ou injusta, mas que não deixará de ser uma norma.

complexo coerente, o que implica apelar às coordenadas da competência, forma e procedimento, relevando a denominada “normação ao quadrado”, corporizada nas normas sobre a produção (BOBBIO) e nas normas de reconhecimento (HART). Naturalmente que “identificar”, neste contexto implica a atribuição e o reconhecimento de um *nomen juris* e a individualização de um regime típico, ao qual está aliada uma determinada força jurídica activa (inovatória) e passiva (de resistência). Aliada também a estas componentes está a necessidade de consideração da hierarquia e a construção do Ordenamento jurídico de acordo com um ponto de vista gradualístico e escalonado (embora se reconheça que as relações intranormativas não se reconduzem exclusivamente a este paradigma e se identifiquem relações reflexivas e em rede).

- (ii) Num domínio já mais concreto, e procurando responder ao problema da explosão legislativa, uma das soluções ao dispor do Ordenamento pode passar pelo estabelecimento de *cláusulas adaptativas automáticas*, mediante as quais as normas que estão sujeitas a constantes alterações motivadas por necessidades de actualização, incorporem factores de indexação ou de adaptação espontânea. Pense-se, por exemplo, nas deduções fiscais para efeitos de IRS, onde se pode prever que o quantitativo das mesmas seja actualizado de acordo com os valores da inflação ou tendo por referência o valor da remuneração mensal mínima garantida (salário mínimo nacional). Desta forma, evita-se que os enunciados normativos sejam alterados todos os anos (ou até por vezes, mais do que uma vez por ano), pois o acompanhamento temporal faz-se por aplicação de um coeficiente fixo ou de uma determinada percentagem, ou, por outro lado, por via da emanção de uma única lei que actualiza o valor de referência. Ainda no contexto deste problema, uma outra solução pode consistir na criação de *códigos generalistas* ou *compêndios de normas*, os primeiros, incorporando toda a disciplina genérica (“teoria geral”) subjacente e pressuposta de posteriores regimes mais densos e específicos e evitando repetições inúteis; os segundos, reunindo

normação extravagante ou dispersa que, frequentemente, duplica e sobrepõe disposições e regimes ³⁴.

- (iii) Em terceiro lugar, e como tópico de resolução dos aludidos problemas de ambiguidade motivados pela “pós-modernidade”, defende-se um *reforço da preponderância do princípio da clareza e determinabilidade das normas jurídicas* ³⁵. Como se sabe, situa-se este princípio no âmbito das exigências do princípio mais vasto do Estado de Direito, fixando ao criador normativo particulares cuidados na tarefa normadora, e particularmente impondo que as normas devem ser claras e densas. Claras, na medida em que não devem recorrer exageradamente a conceitos indeterminados e polissémicos; densas, na medida em que a sua disciplina jurídica deve ser suficientemente carregada (evitando a vaguidade e as cláusulas abertas), possibilitando aos aplicadores uma determinação mais fácil dos caminhos a seguir. Contudo, quando as cláusulas abertas forem indispensáveis, devem ser incorporadas nas normas de tal modo que se preveja a utilização de conceitos que, embora indeterminados, sejam determináveis apenas com recurso a critérios científicos e técnicos e não com recurso a valorações pessoais e subjectivas. Claro que estas considerações devem ser adequadamente interpretadas e o resultado deve ser ponderado tendo em vista a “textura aberta” (*open texture, Offenheit* ³⁶) do Direito. Não se defende um positivismo extremo e um Direito “registado” ou um legalismo “tabular”, mas antes um Ordenamento seguro, mas atento à necessidade de deixar em aberto questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso em concreto. Esta “textura aberta”, se não for exagerada, não

³⁴ Cfr., a propósito, o paradigmático “Código regulamentar do Município do Porto” (edital n.º 275/2008, in DR, II série, 19 de Março de 2008, 12183 e ss.), o qual visa corporizar um instrumento de “racionalidade” com a finalidade de tornar “mais fácil a identificação e o acesso ao universo das normas regulamentares” municipais.

³⁵ Cfr. TOWFIGH, Von Emanuel, “*Komplexität und Normenklarheit...*”, cit., 37 e ss. Acerca da densificação jurisprudencial emprestada pelo BVerG a tal princípio, v. *idem*, 38, nota 43.

³⁶ Cfr., HART, Herbert L. *The concept of law* (trad. Portuguesa: “O conceito de direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa), 137 e ss. e ALEXY, Robert, “*Recht und Richtigkeit*”, in *The reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. (Festschrift for Auslis Aarnio)*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2000, 13.

implica incerteza e assume-se como um meio de enfrentar a diversidade fáctica. Neste quadro, os órgãos de controlo da constitucionalidade deverão ter um importante papel de sindicância da conformidade do material normativo, considerando inconstitucional — por violação do referido princípio — as normas que se mostrem obscuras e demasiado abertas.

- (iv) Em quarto lugar, e como modo de enfrentar os inconvenientes derivados da excessiva tecnicidade das normas, pode avançar-se uma vez mais com as exigências inerentes ao princípio da clareza e determinabilidade das normas, já acima referido, embora agora numa óptica um pouco diversa. Pretende-se aqui que tal princípio seja interpretado como sinónimo de *exigência de previsibilidade técnica*, no sentido em que as normas com alto grau de tecnicidade (em matérias como os cuidados médicos, as barreiras fitossanitárias, a gestão de resíduos, etc.) devem possibilitar aos aplicadores e aos destinatários um conhecimento mínimo dos efeitos normativos potenciais, o que é conseguido — melhor dito: poderá ser conseguido — se as normas forem elaboradas com base em estudos científicos inequívocos. Outro remédio que poderia ser pensado — mas relativamente ao qual se podem levantar sérias reservas no quadro de uma construção normativista de base positivista — passa pela introdução do denominado “precedente regulatório”.

IV. A contaminação do Ordenamento

Até ao momento, a atenção analítica tem incidido primordialmente sobre os poderes normadores e, em particular, sobre o poder legislativo estadual. Porém, constitui uma evidência o facto de que as tendências pós-modernas e a desestadualização que se tem vindo a referir também se propagam aos restantes poderes, alterando a sua fisionomia clássica e contaminando os seus modos de actuação e os seus actos, mais ou menos acentuadamente. Por tal motivo, antes de concluir as presentes reflexões, poderá ser útil referir, ainda que de um modo breve, em que medida tal contaminação pode ser perspectivada.

a) Ao nível do poder administrativo

Desde logo, importa salientar a tendência inequívoca que se nota em muitos Ordenamentos, no âmbito do Direito público, para o abandono do estatuto autoritário da Estado e da Administração (vista tradicionalmente como uma *Eingriffsverwaltung*), corporizado, por um lado, na tomada em consideração da vontade do administrado e, por outro lado, na outorga de tarefas tradicionalmente administrativas a entidades públicas não estaduais e mesmo a entidades privadas, fenómenos que, de um modo genérico, se podem designar, respectivamente, por consensualização e privatização do Direito público. De um ponto de vista teórico, alguma doutrina não hesita em referir-se a uma “*destruction créatrice*” do Direito administrativo ^{37 / 38}.

Ora, no que ao primeiro dos referidos tópicos diz respeito — consensualização — reconhece-se que o Direito público, no quadro de um Direito pós-moderno informalizado e desracionalizado, se encontra impregnado de um substrato de contratualização, de composição de interesses e de co-responsabilização que convida à utilização das formas típicas do Direito contratual e ao apelo às dimensões essenciais do princípio da autonomia da vontade (v.g., liberdade de conformação) ³⁹. Trata-se de reconhecer que, numa sociedade e num Ordenamento caracterizados pela pluralidade de centros de poder, de lógicas e de racionalidades, um lugar de destaque deve ser dado ao exercício consensual do poder administrativo (embora tal não se possa dizer que constitua propriamente uma novidade ⁴⁰). Até certo ponto relacionada com a consensualização da actividade administrativa está a ideia de autoregulação, isto é a entrega das tarefas regulatórias aos próprios interessados, seja mediante

³⁷ Assim, BÉROUJON, François, “*Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes*”, in RFDA, 2008, Mai-Jun, 449 e ss.

³⁸ Paralelamente, e em domínios como o ambiente, os recursos marinhos, as telecomunicações, ou a protecção alimentar, irrompe de um modo visível o fenómeno da globalização, levando a que se possa falar em sistemas regulatórios globais e num “Direito administrativo global” (V. CASSESE, Sabino, “*Il Diritto amministrativo globale: una introduzione*”, in RTDP, 2005, 2, 331 e ss.), motivados pela necessidade de uma regulação administrativa supra-estadual. Tais sistemas procuram proceder a tarefas de coordenação de políticas e actuações administrativas, além de visarem em certos casos a harmonização e a *standardização* normativas.

³⁹ V., a respeito, CASSESE, Sabino, “*Istituzioni di Diritto amministrativo*”, in *Corso di Diritto amministrativo*, org. de Sabino Cassese, 3.^a ed., Giuffrè ed., Milano, 2009, 349 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, GONÇALVES, Pedro, “O contrato administrativo. Uma Instituição do Direito administrativo do nosso tempo”, Almedina, Coimbra, 2003, 12 e ss.

instâncias de natureza privada (comissões, comités, etc.) — cuja normação pode ser “incorporada” pelo Estado nos termos acima referidos — seja mediante instâncias de natureza pública impostas pelo Estado ou por ele reconhecidas oficialmente e dotadas de poder regulamentar, das quais as autoridades reguladoras independentes são os casos mais paradigmáticos. Estas últimas são, de um modo geral, Institutos públicos (“serviços públicos personalizados”), cuja nota distintiva reside no particular e reconhecido regime de independência orgânica e funcional que usufruem em relação aos demais poderes públicos⁴¹.

Já no que concerne ao segundo tópico — privatização — está-se no domínio da entrega a entidades privadas de tarefas *materialmente* públicas, relacionadas com o Interesse público e com a satisfação de necessidades de natureza colectiva, justificando-se tal fenómeno devolutivo com razões de natureza organizacional (maior facilidade na criação e extinção de instituições), procedimental (*iter's* de decisão e actuação mais rápidos) e financeira (maior vinculação à ideia de obtenção de proveitos)⁴². A doutrina tem-se referido a estas realidades como sendo formas de “fuga para o Direito privado” ou de “exorbitância do Direito privado”, ou ainda, de um modo mais amplo, “neo-liberalismo”. A referida privatização (*lato sensu*) ganha corpo principalmente nos sectores empresariais e prestacionais da Administração pública indirecta — telecomunicações, abastecimento de água, electricidade ou gás, recolha de lixos, transporte ferroviário ou rodoviário de mercadorias e de passageiros, etc.— e pode ser efectuada de vários modos (com cobertura legal, naturalmente), quer mediante a alienação no mercado do capital social da empresa ou entidade em questão (caso das Empresas públicas, por exemplo), quer por via da constituição de uma nova entidade de Direito privado à qual é outorgada a tarefa de prossecução do Interesse público (no caso do sector empresarial local, por exemplo), quer por via de tal outorga a uma entidade privada já existente. Nos casos em que se está em presença da entrega

⁴¹ V., em especial, MOREIRA, Vital, “Auto-regulação profissional e administração pública”, Almedina, Coimbra, 1997 e, MOREIRA, Vital, MAÇÃS, Fernanda, “Autoridades reguladoras independentes. Estudo e projecto de lei-quadro”, Coimbra editora, Coimbra, 2003. V., por último, LADEUR, Karl-Heinz, “*Postmoderne Rechtstheorie (Selbstreferenz- Selbstorganisation-Prozeduralisierung)*”, 2.^a ed., Duncker & Humboldt, Berlin, 1992.

⁴² V. ESTORNINHO, Maria João, “A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública”, Almedina, Coimbra, 2.^a ed., (reimp.), 2009, 63.

de tarefas públicas a um grupo indeterminado de privados (por exemplo, liquidação de impostos), cabe falar com propriedade em *privatização em massa*.

No âmbito geral, pode dizer-se que as razões valiosas e positivas acima salientadas (destreza organizacional, rapidez decisória e desburocratização, e financiamento facilitado) podem ser consumidas por motivações menos claras e menos válidas, relacionadas nomeadamente com o intuito de fuga ou subtracção aos específicos mecanismos de controlo jurídico típicos do Direito público tradicional (libertação das vinculações jurídico-públicas). Pode pensar-se, neste contexto, nos desvios às sindicâncias inerentes a relações de hierarquia ou de tutela; numa eventual prescindibilidade da fundamentação adequada (oficiosa, clara, completa e directa); numa suposta menor necessidade de audição dos interessados ou de publicidade dos actos; num maior facilitismo na admissão ou dispensa de pessoal; ou numa evasão ao controlo das contas públicas por parte das entidades competentes, nomeadamente o Tribunal de contas. Por outro lado, não pode deixar de se salientar o perigo da emergência de uma nova espécie de corporativismo, colocando o Interesse público nas mãos de comissões, gabinetes, institutos ou departamentos por vezes com duvidosos propósitos. Nestes casos, quando estas razões sobrelevarem, pode mesmo falar-se com acerto numa fuga consciente e perversa para o Direito privado ⁴³.

Por outro lado, em tais situações, os destinatários dos actos emanados pelas entidades “privatizadas” podem ver a sua esfera jurídica afectada de um modo intolerável e com o qual não poderiam razoavelmente contar, nomeadamente se não foram previamente ouvidos, se os actos em questão não forem correctamente fundamentados ou se lhes não for dada a conveniente publicidade. Além disso, a proliferação da *rulemaking* – e aqui trazemos de novo o tema da proliferação normativa – seja por via da autoregulação privada incorporada seja por via da autoregulação pública dispersa não ajuda ao conhecimento certo e atempado dos deveres jurídicos a que os destinatários possam eventualmente estar sujeitos.

Como forma de evitar os aludidos inconvenientes, pode adiantar-se a ideia de procedimentalização das decisões — incluindo um necessário direito de participação sob a forma de audição em situações potencialmente lesivas — e a emanação de orientações genéricas.

⁴³ Cfr. ESTORNINHO, Maria João, “A fuga para o direito privado...”, cit., 68.

b) Ao nível do poder jurisdicional

Por fim, procurar-se-á averiguar se a desestadualização implica o mesmo tipo de consequências gravosas ao nível do poder jurisdicional.

Neste domínio, como se sabe, é aos Tribunais que está, por via constitucional, tradicionalmente assacada a tarefa de “administração da justiça” e resolução de conflitos (reserva da função jurisdicional). O problema que aqui se tematiza relaciona-se com a possibilidade de entrega de tal tarefa a outras entidades, e particularmente a entidades não estaduais, assumindo-se um fenómeno da desestadualização na vertente da desjurisdicionalização, sendo que tal pode acontecer quer mediante o recurso à mediação entre as partes, quer mediante o recurso à arbitragem (além, naturalmente, de se reconhecer a possibilidade de resolução do conflito pelos próprios interessados mediante concessões recíprocas – transacção). Em qualquer dos casos, quando se faz apelo a esta resolução alternativa de litígios está-se em presença da subtracção ao Estado de um dos seus mais importantes redutos: a decisão das oposições de pretensões jurídicas e a busca da paz jurídica decorrente dessa decisão.

Como se compreende, a grande objecção a esta “liberalização da justiça” relaciona-se com o perigo da emergência de uma nova espécie de corporativismo e, com a dominação da justiça por parte de grupos ou classes social e economicamente mais influentes, até porque não pode ser esquecida a circunstância de que os actores envolvidos (árbitros, mediadores, juízes especiais, etc.) deverão ser remunerados, e eventualmente, sê-lo-ão pelas próprias partes.

Em termos de segurança jurídica e protecção da confiança, várias questões podem aqui ser levantadas e, conseqüentemente, vários receios podem ser transportados, desde logo ao nível do reconhecimento de força jurídica às decisões resolutorias. Na verdade, a melhor forma de acautelar as legítimas expectativas das partes quando se procede à resolução de um litígio passa por reconhecer à respectiva decisão a força de caso julgado e revesti-la de uma protecção que impeça a sua alteração (ressalvadas situações muito excepcionais e em que prevalecem superiores interesses reconhecidos pelo Ordenamento), como acontece com as sentenças e acórdãos dos Tribunais estaduais. Daí que uma das principais críticas seja precisamente esta: a de as decisões alternativas, não constituindo sentenças

tradicionais ou clássicas, poderem não proteger devidamente a esfera jurídica e as pretensões das partes envolvidas. Por outro lado, a fundamentação da decisão poderá correr o risco de não ser rigorosa sob o pretexto de que se trata de um modo alternativo, o mesmo se passando com a publicidade, o que, além de colocar as partes numa situação de desconhecimento do *iter* decisório e da própria decisão, na prática as impede de interpor o respectivo meio de sindicância se nisso tiver interesse. Também não se deve esquecer uma eventual impreparação técnico-jurídica dos decisores — que terão de ser dotados de um elevado arsenal de conhecimentos específicos e que poderão decidir com base em critérios de legalidade, com base em critérios de equidade, ou ambos —, aliada aos receios relacionados com a dependência ou parcialidade, os quais poderão desencadear situações de desconfiança.

Como impedir estes inconvenientes?

Em primeiro lugar, no campo da resolução alternativa de litígios, a configuração jurídica da decisão — levada a efeito por via legal — não pode deixar de passar pela equiparação às sentenças ou acórdãos, reconhecendo-lhes a força de caso julgado e fazendo valer o princípio da respectiva imodificabilidade, sob pena de as posições jurídicas subjectivas supostamente acauteladas deixarem de o ser, na medida em que poderão ser revogadas ou alteradas a qualquer momento. Paralelamente, devem ser dotadas de real força executiva e deverá ser reconhecida a característica de título executivo, de modo a que não se esteja perante uma decisão meramente formal e improdutiva.

Por outro lado, o legislador deve exigir que os actos resolutórios sejam sempre adequadamente fundamentados — isto é, o sejam, também aqui, de um modo officioso, completo, claro, actual e expreso — e publicitados ou dados a conhecer aos seus destinatários, seja sob um ponto de vista individual (v.g., mediante notificação) seja de um ponto de vista geral, por exemplo através da sua divulgação numa base de dados de livre acesso.

Tal publicidade — e aqui já se faz alusão a outra eventual crítica — permitirá que os interessados possam tempestivamente interpor recurso, reclamação, revisão ou outro meio que lhes permita colocar em crise a decisão resolutória, o que tem por assumida a imprescindibilidade de reconhecimento legal de um duplo grau de decisão.

A tudo isto deve acrescentar-se as exigências de consagração dos direitos de (i) participação nas tomadas de decisão, mediante formas de audição e contraditório;

(ii) confidencialidade dos dados vertidos nos autos; e (iii) imparcialidade do órgão decisor.

V. Conclusões

A partir das considerações precedentes, ensaiam-se as seguintes coordenadas conclusivas:

1. Juridicamente, o princípio da protecção da confiança reflecte a preocupação dispensada pelo Ordenamento aos valores da estabilidade, da segurança e da confiabilidade.
2. No contexto de uma sociedade globalizada, qualquer ordenamento é caracterizado pela pluralidade normativa.
3. A pluralidade torna-se patológica quando se transforma em inflação legislativa ou “explosão legal”.
4. Esta última torna-se num factor de insegurança, pois verifica-se uma perda de identidade do próprio ordenamento. Além disso, surgem muitos problemas com a identificação da norma que se deve aplicar ao caso em concreto e o parâmetro ou o bloco de legalidade torna-se nebuloso e de difícil concretização.
5. Verifica-se também um recurso abusivo ao Direito aberto e um aumento das cláusulas indeterminadas e das remissões, o que pode levar à desintegração do Interesse público, à deslocação para jusante da densificação do conteúdo da lei e à crise do princípio da tipicidade.
6. Como remédios para combater estas patologias aponta-se a recuperação do normativismo, a criação de cláusulas adaptativas automáticas, a codificação, o reforço principiológico e a previsibilidade técnica.
7. As tendências pós-modernas e a desestadualização propagam-se também aos poderes administrativo (consensualização e privatização do Direito público) e jurisdicional (resolução alternativa de litígios), alterando a sua fisionomia clássica e contaminando os seus modos de actuação e os seus actos.