



CENTRO
DE INVESTIGAÇÃO
JURÍDICO
ECONÓMICA



PPGJA
Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa

DIREITO ADMINISTRATIVO DE GARANTIA

CONTRIBUTOS SOBRE OS MECANISMOS DE
PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

COORDENADORES

Juliana Ferraz Coutinho (FDUP/CIJE)

Ricardo Perlingeiro (UFF/CIJE)

BIBLIOTECA RED

2 0 1 8

TÍTULO

Direito Administrativo de Garantia. Contributos sobre os Mecanismos de Proteção dos Administrados.

COORDENAÇÃO

Juliana Ferraz Coutinho

Ricardo Perlingeiro

AUTORES

Juliana Ferraz Coutinho · Ricardo Perlingeiro · Alexandre Arruda · Carla Margarida Costa · Carmen Silvia Lima de Arruda
Flávia Martins Affonso · Joana Costa e Nora · Livia Pitelli Zamarian · Pedro Jacob Morais · Sara Soares · Rita Barros
Victor Roberto Correa de Souza

NÚMERO DE PÁGINAS

196

EDIÇÃO

Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Rua dos Bragas, 223 · 4050-123 Porto · Portugal

LOCAL DE EDIÇÃO

Porto

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

ISBN

978-989-746-147-7

APOIOS

Faculdade de Direito da Universidade do Porto · Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da FDUP
Universidade do Porto/Banco Santander · “Santander Universities”

março 2018

DIREITO ADMINISTRATIVO DE GARANTIA

CONTRIBUTOS SOBRE OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

COORDENAÇÃO

Juliana Ferraz Coutinho · Ricardo Perlingeiro

AUTORES

Juliana Ferraz Coutinho · Ricardo Perlingeiro · Alexandre da Silva Arruda · Carla Margarida Costa
Carmen Silvia Lima de Arruda · Flávia Martins Affonso · Joana Costa e Nora · Livia Pitelli Zamarian
Pedro Jacob Morais · Rita Barros · Sara Soares · Victor Roberto Correa de Souza



ÍNDICE

JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E PORTUGUESA UM REENCONTRO?	7
(BRAZILIAN AND PORTUGUESE ADMINISTRATIVE JUSTICE A RE-ENCOUNTER?)	
Juliana Ferraz Coutinho	
Ricardo Perlingeiro	
PLANO DA OBRA	13

PARTE I

O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

INTRODUÇÃO	17
Ricardo Perlingeiro	
INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	21
(INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF PUBLIC ADMINISTRATION)	
Alexandre da Silva Arruda	
A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO AMBIENTAL AO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA CONSAGRADO NO ACORDO DE PARIS.....	39
(APPROXIMATION OF ENVIRONMENTAL PROCEDURE TO THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY ENSHRINED IN THE PARIS AGREEMENT)	
Carmen Silvia Lima de Arruda	
O DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NA INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE — SUS	61
(DUE ADMINISTRATIVE PROCESS THROUGH INCORPORATION OF TECHNOLOGY IN THE BRAZILIAN PUBLIC HEALTH SYSTEM — SUS)	
Flávia Martins Affonso	
O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	79
(PUBLIC ADMINISTRATIVE AUTHORITIES' COMPLIANCE WITH COURT JUDGEMENTS)	
Livia Pitelli Zamarian	
PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA	97
(PROTECTION AND PROMOTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS)	
Victor Roberto Corrêa de Souza	

PARTE II

O SISTEMA PORTUGUÊS DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

INTRODUÇÃO	117
Juliana Ferraz Coutinho	
AS FORMAS DE GARANTIA DOS TRABALHADORES PÚBLICOS.....	121
(THE FORMS OF PROTECTION OF PUBLIC SERVANTS)	
Carla Margarida Costa	
AS GARANTIAS IMPUGNATÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....	137
(RIGHT TO CHALLENGE ADMINISTRATIVE DECISIONS UNDER THE NEW ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE)	
Joana Costa e Nora	
QUEM DEFENDE O DIREITO? CONSIDERAÇÕES JUSFILOSÓFICAS A PROPÓSITO DA ALTERIDADE E DO PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DO BINÓMIO EU-OUTRO.....	153
(WHO DEFENDS LAW? CONSIDERATIONS OF LEGAL PHILOSOPHY ON THE ALTERITY AND ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE PROTECTION OF THE PAIR I-OTHER)	
Pedro Jacob Morais	
UM SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DOS CIDADÃOS	167
(A MULTILEVEL SYSTEM OF CITIZEN PROTECTION)	
Rita Barros	
UMA PERSPECTIVA ACTUAL SOBRE AS GARANTIAS DOS CONTRIBUINTES.....	183
(CURRENT OVERVIEW OF PROTECTION OF TAXPAYERS)	
Sara Soares	

PREFÁCIO

JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E PORTUGUESA UM REENCONTRO?

(BRAZILIAN AND PORTUGUESE ADMINISTRATIVE JUSTICE
A RE-ENCOUNTER?)

Juliana Ferraz Coutinho*

Ricardo Perlingeiro**

1. A parceria entre UFF e a UP

As Instituições de Ensino Superior e, portanto, as Faculdades de Direito, devem sobretudo servir para ensinar a pensar num espaço aberto, pluralista e criativo, onde se respeitem as liberdades de aprender e de ensinar, e se potencie a individualidade dos estudantes, o intercâmbio, a interação e, assim, a produção científica e a inovação.

No ensino do direito, em especial do direito administrativo, a internacionalização dos projetos de investigação assume-se como uma inevitabilidade no contexto de um direito administrativo sem fronteiras, embora ainda com Estado. O direito administrativo de hoje define-se como *um direito administrativo de transição*, não só pela sua natural reatividade à necessidade de satisfazer, de forma eficiente e eficaz, os interesses públicos, e pelo papel central assumido pelo legislador nacional, mas também pelo seu caráter transfronteiriço, o que obriga a um reajuste metodológico e à comparação de soluções jurídicas entre ordenamentos jurídicos do mesmo sistema e de sistemas diferentes, como acontece com o português e o brasileiro.

* ✉ Juliana Ferraz Coutinho, jcoutinho@direito.up.pt

Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da FDUP.

** ✉ Ricardo Perlingeiro, ricardoperlingeiro@id.uff.br

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro), Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) e Investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da FDUP.

A Universidade do Porto (UP), através da Faculdade de Direito e da Faculdade de Letras, tem um Acordo de Cooperação com a Universidade Federal Fluminense (UFF) tendo em vista o desenvolvimento de atividades de investigação conjuntas e a realização de eventos científicos.

Essa parceria entre a Faculdade de Direito da UFF e a Faculdade de Direito e a Faculdade de Letras da UP deu os primeiros frutos em 2010, quando, por iniciativa do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA) foram organizados em Niterói, nos dias 1 a 5 de março, o I Workshop e I Seminário Euro-Americano de Justiça Administrativa, com a participação de investigadores brasileiros e portugueses da área da Ciência da Informação.

Desde então, foram organizados quatro eventos científicos e quatro obras coletivas, no Brasil e em Portugal, a saber: *i)* o Colóquio “A informação jurídica na era digital”, 24 e 25 de fevereiro de 2011, Faculdade de Direito da UP, do qual resultou um livro com o mesmo título;¹ *ii)* o II Colóquio Luso-Brasileiro “Incursões Interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação”, 18 e 19 de outubro de 2011, Faculdade de Direito da UFF, em Niterói, e o livro com igual denominação;² *iii)* o III Colóquio Luso-Brasileiro “Direito e Informação: que responsabilidades?”, Faculdade de Direito do Porto, 11 e 12 de outubro de 2012, tendo o livro correspondente sido editado pela Editora da UFF;³ *iv)* e o IV Colóquio “Direito e Informação na sociedade em rede”, Faculdade de Letras da UP, 17 e 18 de março de 2016, com o livro *Direito e Informação na Sociedade em Redes*.⁴

Dessa fase, participaram como coordenadores os Srs. Doutores Fernanda Ribeiro, Luísa Neto e Armando Malheiros, professores da Universidade do Porto, e os Srs. Doutores Ricardo Perlingeiro, Sandra Lucia Rebel Gomes e Rosa Inês de Novaes Cordeiro, professores da Universidade Federal Fluminense.

Essa colaboração estendeu-se agora a uma outra linha de investigação denominada “*Justiça Administrativa e Estado de Direito*”, do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA-UFF), e inserida na linha de investigação “*Direito Administrativo*”, do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ RIBEIRO, Fernanda; NETO, Luísa; PERLINGEIRO, Ricardo. *A informação jurídica na era digital*. Cidade do Porto: Edições Afrontamento, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/eyzWjn>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

² GOMES, Sandra Lúcia Regal; CORDEIRO, Rosa Inês de Novais; PERLINGEIRO, Ricardo. *Incursões Interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação*, v. 1. Rio de Janeiro: Beco do Azougue: Pensamento brasileiro, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/XTCoi6>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

³ PERLINGEIRO, Ricardo; RIBEIRO, Fernanda; NETO, Luísa. *Direito e Informação: que responsabilidade(s)?* Niterói: Eduff, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/W0lnbU>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁴ NETO, Luísa & RIBEIRO, Fernanda (Org.). *Direito e Informação na Sociedade em Rede - Atas*. Porto: Faculdade de Direito e Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/wEnHPe>>. Acesso em 16 ago. 2017.

Este projeto científico internacional, intitulado “*Desafios contemporâneos da justiça administrativa*”, é coordenado pela Sra. Doutora Juliana Ferraz Coutinho, Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do CIJE e pelo Sr. Doutor Ricardo Perlingeiro, Professor e antigo Coordenador do Programa de Pós-Graduação “*Justiça Administrativa*”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

No âmbito deste projeto, que se tem vindo a desenvolver desde março de 2016, foram definidas para o ano de 2017, as seguintes atividades de investigação conjunta:

- i. A realização, em Niterói, no âmbito dos Programas de Pós-Graduação Sociologia e Direito (PPGSD) e de Justiça Administrativa (PPGJA), de uma Conferência subordinada ao tema “*O sistema de Direito Administrativo Português: ainda podemos falar de um sistema de administração executiva de tipo francês*” (dia 9 de maio de 2017) e a lecionação de um curso de curta duração dirigido a estudantes dos cursos de mestrado e do doutoramento, sobre os “*Princípios fundamentais do Procedimento e Processo Administrativo no Direito Português*” (de 10 a 12 de maio de 2017), ambos com a participação da Sra. Prof.^a Doutora Juliana Ferraz Coutinho;
- ii. E a publicação de uma obra coletiva que ofereça uma perspectiva comparada sobre as garantias, procedimentais e processuais, dos administrados.

A presente publicação é assim um dos frutos dessa colaboração, reunindo um grupo de doutorandos e colaboradores de ambas as Faculdades de Direito, engajados em pesquisas relacionadas com os desafios atuais da justiça administrativa no Brasil e em Portugal, com o propósito de criar um ambiente propício a uma perspectiva comparada luso-brasileira.

2. A relevância de um estudo de direito comparado luso-brasileiro

Não são poucas as razões para um estudo comparado luso-brasileiro acerca da justiça administrativa e, num contexto mais amplo, dos mecanismos de proteção dos administrados.

A despeito do direito brasileiro a partir da proclamação da República nos fins do séc. XIX, ter sofrido influência do direito constitucional norte-americano, com a adoção de um sistema judicial único e, mais recentemente, com um devido processo legal prévio às decisões administrativas, o fato é que a cultura jurídica portuguesa e a europeia continental persistiram entre os brasileiros.⁵ Duas demonstrações dessa separação “artificial”: a primeira é a Justiça Federal brasileira, um dos ramos do Judiciário brasileiro, a qual se aproxima de uma estrutura judiciária especializada em direito administrativo federal, ao contrário do que concebe o federalismo norte-americano com as *courts* federais; a segunda, é a ausência de tradição das instituições brasileiras com as *quasi-judicial administrati-*

⁵ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2004. Tradução de J. Cretella Jr. p. 153, 221. Sobre o modelo de justiça administrativa nos EUA e no Reino Unido ver ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017; STRAUSS, Peter. *Administrative Justice in The United States*. 3.ed. Durham: Carolina Academic Press, 2016; e CANE, Peter. Por que ter tribunais administrativos? *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, 2017, prelo.

ves authorities e de um *fair hearing* na fase administrativa, relegando-se ao Judiciário um poder amplo de revisão das decisões administrativas, o que é mais europeu do que norte-americano. O resultado desse quadro não é bom, porque, na falta de identidade entre um modelo e outro, aumentam-se as demandas judiciais perante juízes não especializados (deferência judicial típica do modelo norte-americano) que se sentem estimulados a substituir decisões administrativas carentes de efetividade (jurisdição plena inerente ao modelo europeu-continental).⁶

Porém, sem muitas opções, acreditamos ser em um maior investimento na implantação de autoridades quase judiciais que se encontra o futuro do direito administrativo brasileiro, que deve prosseguir tentando harmonizar um sistema judiciário único (e não especializado em direito administrativo) com autoridades administrativas que não são dadas a um *fair hearing*.

A realidade do direito administrativo português é, em grande medida, distinta da do direito administrativo brasileiro. É que o sistema de direito administrativo português define-se como um sistema de Administração executivo ou de tipo francês, que assenta na distinção clara entre os mecanismos de acesso à jurisdição administrativa e fiscal, de acordo com um modelo completamente jurisdicionalizado de justiça administrativa, e as demais formas, de direito administrativo substantivo, de proteção da legalidade e dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos administrados. Acresce a influência do direito europeu.

No entanto, acaba por partilhar, com o sistema brasileiro, um conjunto de preocupações no que se refere à atividade administrativa e à proteção dos administrados, sobretudo em face da tendência (contraditória) para a desvalorização dos vícios formais e procedimentais através da aplicação, pela Administração e pelos tribunais, do princípio do aproveitamento do ato administrativo.

Há, como refere Cassese, um processo de “crescente internacionalização de problemas nacionais”,⁷ uma série de problemas comuns e interdependentes, que implicam uma atuação concertada e global.

Uma maior efetividade na proteção dos direitos subjetivos e dos interesses legalmente protegidos dos administrados é o que se busca com o projeto de pesquisa “Desafios contemporâneos da justiça administrativa”, em desenvolvimento no Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA), de cuja equipe participam docentes e discentes da UFF e da UP, e que em parte se documenta no presente livro. Não se trata de iniciarmos comparações apenas os sobre mecanismos de proteção judicial administrativa ou de jurisdição constitucional, mas sobretudo de fazermos comparações sobre os instrumentos procedimentais a cargo da Administração, para solucionar e evitar conflitos, partindo da premissa de que ela, e não apenas o Judiciário, também tem o dever de proteger os

⁶ A tendência é uma relação entre a ausência de deferência judicial e a existência de uma jurisdição administrativa especializada e vice-versa, como asseveram GARCÍA GARCÍA, Adriana; LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. *Perspectivas comparada de la justicia administrativa*. México: CIDE, 2017. p. 336 et seq.

⁷ CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 3.ed. Milano: Garzanti Editore, 2004. p. 405.

direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

As bases procedimentais de um direito administrativo global, com um devido processo na esfera administrativa que acomode um efeito transnacional de decisões administrativas, a busca constante por outros meios de solução de conflitos administrativos, como a arbitragem e mediação, a supremacia dos direitos fundamentais se confundido com a legalidade administrativa, e um consequente esvaziamento da atuação judiciária típica, em detrimento de uma cultura de litigância, são alguns dos anseios compartilhados pelo direito administrativo contemporâneo, em que Brasil e Portugal não fogem à regra.

Portanto, o reencontro entre o direito administrativo brasileiro e o português reside não apenas na construção de um “procedimento” efetivo na esfera administrativa para solução de conflitos pela própria Administração (*administrative adjudication*), mas principalmente na revisitação das estruturas de atuações administrativas que precedem a um litígio (*administrative implementation*) de modo a viabilizar as demais técnicas (consensuais) de solução de conflitos.

É essa a direção para a qual se desloca o projeto “Desafios contemporâneos da justiça administrativa”.

Porto/Rio de Janeiro, novembro de 2017

Os Coordenadores

Juliana Ferraz Coutinho

Ricardo Perlingeiro

PLANO DA OBRA

PARTE I

O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

Introdução

Ricardo Perlingeiro

Independência e Imparcialidade na Administração Pública

(Independence and Impartiality of Public Administration)

Alexandre da Silva Arruda

A adequação do procedimento ambiental ao princípio da transparência consagrado no acordo de paris

(Approximation of Environmental Procedure to the Principle of Transparency Enshrined in the Paris Agreement)

Carmen Silvia Lima de Arruda

O Devido Procedimento Administrativo Na Incorporação De Tecnologia No Sistema Público De Saúde- SUS

(Due administrative process through incorporation of technology in the brazilian public health system - SUS)

Flávia Martins Affonso

O cumprimento das decisões judiciais pela administração pública

(Public Administrative Authorities' Compliance with Court Judgements)

Livia Pitelli Zamarian

Proteção e promoção da confiança legítima

(Protection and promotion of legitimate expectations)

Victor Roberto Corrêa de Souza

PARTE II

O SISTEMA PORTUGUÊS DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

Introdução

Juliana Ferraz Coutinho

As formas de garantia dos trabalhadores públicos

(The forms of protection of public servants)

Carla Margarida Costa

As Garantias Impugnatórias no Novo Código do Procedimento Administrativo

(Right to challenge administrative decisions under the New Administrative Procedure Code)

Joana Costa e Nora

Quem Defende O Direito? Considerações Jusfilosóficas A Propósito Da Alteridade E Do Papel Do Tribunal Constitucional Na Proteção Do Binómio *Eu-Outro*

(Who defends law? Considerations of legal philosophy on the alterity and role of the Constitutional Court in the protection of the pair I-other)

Pedro Jacob Morais

Um sistema multinível de proteção dos cidadãos

(A multilevel system of Citizen protection)

Rita Barros

Uma perspectiva actual sobre as garantias dos contribuintes

(Current overview of protection of taxpayers)

Sara Soares

PARTE I

O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

INTRODUÇÃO

Ricardo Perlingeiro*

No Brasil, utilizam-se indiscriminadamente as expressões “processo” e “procedimento” administrativo, conferindo-lhe o mesmo significado, isto é, uma fase que leva à formação das decisões administrativas ou o julgamento de recursos contra tais decisões perante a própria Administração.¹ Um “processo administrativo” jamais é compreendido no Brasil como um processo judicial. Essa falta de rigor terminológico pode ser um sintoma da falta de identidade pela qual passa o sistema de controle das decisões administrativas no direito brasileiro. Trata-se de uma atuação jurisdicional (processo) ou não jurisdicional (procedimento) que é exercida pela Administração brasileira na solução dos seus conflitos com os cidadãos? A Constituição deseja um processo com cunho jurisdicional, ao prescrever um devido processo legal prévio às decisões administrativas.² No entanto, não é o que ocorre na prática, na medida em que tais “processos” ou “procedimentos” são conduzidos preponderantemente por autoridades que não detêm características de órgãos jurisdicionais, e suas decisões desafiam uma revisão judicial plena.³

A propósito, vale destacar algumas características do modelo brasileiro de proteção do cidadão em face da Administração Pública.

- a) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no seu artigo 37 *caput* sobre os princípios que norteiam a Administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência) e no artigo 5º XXXV acerca da tutela judicial efetiva, também denominada “princípio da inafastabilidade da jurisdição”⁴ e que, ao lado do art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é o fundamento utilizado pela jurisprudência para assegurar uma

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro), Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) e Investigador do Centro de Investigação Jurídico-Econômica (CIJE) da FDUP.¹ Acerca da utilização das expressões “processo” e “procedimento” administrativo, ver MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 44; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 504; AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2009. p. 289-298.

² Art. 5º LV da Constituição Federal do Brasil.

³ Alguns exemplos excepcionais de autoridades que se assemelhariam a autoridades quase judiciais: Tribunais de Contas (Lei nº 8.443/92), Tribunal Marítimo (Lei nº 2.180/54) e Conselho Nacional de Justiça (Lei nº 11.364/2006).

⁴ Art. 5º XXXV da Const. Federal do Brasil: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

proteção judicial efetiva do cidadão em relação à Administração Pública.⁵ No artigo 5º LV da Constituição está previsto o devido processo legal administrativo.

- b) A responsabilidade civil do Estado está assentada no art. 37 §6º da Constituição e alcança as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado no exercício de serviço público.
- c) Recentemente, o direito de acesso a informação oficial foi codificado pela Lei nº 12.527/2011, em consonância com os artigos 5º XXXIII, 37 §3º II e 216 §2º da Constituição e o caso *Claude Reyes vs. Chile*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁶
- d) A Lei nº 9.784/99 é a lei geral de “Processo” Administrativo, que contudo deve ser traduzida para o leitor português como a lei geral de procedimento administrativo. No seu art. 2º, *caput*, dispõe sobre os princípios dos procedimentos nos seguintes termos: “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.
- e) O direito processual (judicial) administrativo é regido principalmente pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que contém alguns artigos especiais para as causas que envolvem a Fazenda Pública,⁷ expressão utilizada para denominar a Administração Pública direta (entes da Federação e suas respectivas autarquias) quando se posicionam em um processo como parte. A legislação esparsa mais importante que dispõe sobre o processo judicial administrativo compreende a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), a Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal (Lei nº 10.259/2001) e a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados (Lei nº 12.153/2009).

Apesar de a legislação de procedimento administrativo prever mecanismos de proteção do cidadão em relação a decisões administrativas, o acesso aos tribunais judiciais independe da utilização de tais recursos administrativos.⁸

Basicamente, caracterizam-se assim as garantias institucionais e processuais:

- i. A Administração Pública federal e estadual pode ser demandada, respectivamente, na Justiça Federal e na Justiça Estadual, de primeiro grau, perante os Juízos Federais e os Juízos de Direito, e de segundo grau, ante os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça exerce o papel de corte suprema e o Supremo Tribunal Federal, o de corte constitucional.⁹ Não há no Brasil uma jurisdição administrativa em separado, de modo que os Juízos e Tribunais detêm jurisdição simultaneamente para causas de direito público e de

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, São José, 13 de outubro de 2011, § 204.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. São José, 19 e setembro de 2006. Disponível em: < <http://bit.ly/1EJmcBE> >. Acesso em: 29 ago. 2017.

⁷ Arts. 85 §3º, 91, 178, 182, 183, 184, 496, 534, 535, 616 VII, 700 §6º, 701 §4º, 722, 784 IX, 910, 1021 §5º, 1026 §3º, 1059 do Código de Processo Civil.

⁸ Sobre o recurso administrativo prévio, ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.240/MG. Brasília, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/29FoQmf>>. Acesso em: 29 ago. 2017. Sobre o requerimento administrativo prévio, ver o exaustivo trabalho de Iorio Siqueira D’alessandri Forti, em FORTI, I. S. D. *Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

⁹ Arts. 101-102, 104-105, 106-109 e 125 da Const. Federal do Brasil.

direito privado, a despeito de alguns dos órgãos judiciais serem pontualmente especializados, como as Varas Federais de Execução Fiscal, as Varas estaduais de Fazenda Pública e as Turmas de Direito Administrativo dos Tribunais Regionais Federais.¹⁰

- ii. Os instrumentos processuais ao alcance dos cidadãos são diversos, valendo assinalar que a jurisprudência assegura que sejam intentadas demandas impugnatórias (anulatórias), declaratórias, condenatórias de pagar quantia certa, dar coisa certa ou incerta, fazer ou de não fazer, demandas cautelares conservativas e antecipatórias, e medidas executivas, em alguns casos, mediante coerção e expropriação do patrimônio público disponível.¹¹ Tem sido admitido um controle jurisdicional não apenas sobre os aspectos formais das decisões administrativas, mas igualmente do seu conteúdo, inclusive o seu poder discricionário.¹²

Como se observa no Brasil, é o Judiciário o responsável pela proteção de direitos individuais e pela prestação jurisdicional das causas de direito administrativo. Entretanto, ele tem dado sinais de exaustão, com milhares de demandas em curso,¹³ e em muitos casos vem sendo criticado pelas autoridades administrativas por decisões judiciais que, para proteger interesses individuais, avançariam, desproporcionalmente, sobre a zona do interesse público.¹⁴ Portanto, justifica-se que pesquisas sobre a efetividade da jurisdição administrativa deixem de ter como foco exclusivo o sistema judiciário e suas leis processuais, e voltem-se para a fase administrativa prévia à configuração de um conflito judicial, isto é, aos “procedimentos” administrativos referentes à composição do conflito pela própria Administração.

Nesse contexto, foram elaborados os artigos de Alexandre Arruda, sobre a independência e imparcialidade da Administração, de Victor Roberto Correa de Souza, acerca da proteção da confiança legítima nos procedimentos administrativos, e de Carmen Silvia Arruda e de Flávia Martins Affonso, tendo como pano de fundo temas que com frequência visitam os tribunais — o meio ambiente e a saúde pública, respectivamente. Lívia Pittelli Zamarian explora o tópico “execução de decisões judiciais contra a Administração”

¹⁰ Art. 44 do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 6956, de 13 de janeiro de 2015); Arts. 4 e 5 da Resolução 42/2011 da Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (sobre as Varas de Execução Fiscal no Rio de Janeiro); Art. 13 de Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 36-8. Brasília, 21 de setembro de 2005; SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.069.810/RS. Brasília, 23 de outubro de 2013. Sobre arresto nas causas de pequeno valor, ver o art. 17 §2º da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal (Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001).

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento 800.892 Agr/BA. Brasília, 12 de março de 2013; Supremo Tribunal Federal, Recurso em Mandado de Segurança 24.699/DF. Brasília, 30 de novembro de 2004.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: ano base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Ver também SENADO FEDERAL. Ministros do STF afirma que judicialização excessiva é um desafio a ser enfrentado. *Senado notícias*. Brasília, 23 maio 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/05/ministro-do-stf-afirma-que-judicializacao-excessiva-e-um-desafio-a-ser-enfrentado>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹⁴ GOMES, Luís Eduardo. Secretários criticam judicialização da saúde e apontam ‘confusão’. *Sul21*. Porto Alegre, 13 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/jornal/secretarios-criticam-judicializacao-da-saude-e-apontam-confusao/>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

principalmente do ponto de vista do procedimento administrativo, na medida em que a concretização plena de direitos (reconhecidos judicialmente) em face da Administração depende da sua iniciativa em um procedimento interno, mediante alocação de recursos financeiros, humanos e materiais; a execução forçada de sentenças, apesar de adotada pelos tribunais brasileiros, é uma medida extrema e imperfeita, porque alcança somente o patrimônio disponível da Administração, o qual é jurídica e faticamente limitado.

INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

(INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF PUBLIC ADMINISTRATION)

Alexandre da Silva Arruda*

Resumo: O texto analisa, sob uma perspectiva comparada, as garantias da independência e da imparcialidade no âmbito da Administração Pública. É analisado o desenho institucional das autoridades administrativas independentes em alguns países da *common law* e da Europa Continental, com especial ênfase na atuação das autoridades responsáveis pela resolução do contencioso administrativo. O artigo apresenta o panorama do contencioso administrativo no Brasil e associa a falta de independência das autoridades administrativas à excessiva judicialização das causas envolvendo a Administração Pública. O artigo sustenta que a solução para este problema passa pela adoção de um modelo de jurisdição administrativa que deixe de ter como foco o sistema judiciário e implemente o devido processo legal no âmbito administrativo.

Palavras-chave: autoridades administrativas; independência; imparcialidade; contencioso administrativo; devido processo legal.

Abstract: This text analyzes, from a comparative perspective, the guarantees of independency and impartiality in public administration. It analyzes the institutional design of the independent administrative authorities in certain *common law* countries and nations of Continental Europe, with special emphasis on the performance of the authorities responsible for administrative dispute resolution. This article gives a panorama of administrative disputes in Brazil and associates the lack of independence of the administrative authorities with excessive judicial review of cases involving the public administrative authorities, arguing that the solution to the problem is to adopt a model of administrative justice that is no longer focused on the judicial system but nevertheless respects due process of law in administrative adjudication.

Keywords: administrative authorities; independence; impartiality; administrative disputes; due process of law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução histórica das autoridades administrativas independentes. 3 Autoridades administrativas independentes no contencioso administrativo. 3.1 Autoridades independentes no contencioso administrativo norte-americano. 3.2 Autoridades independentes no contencioso administrativo dos sistemas de matriz britânica. 3.3 Autoridades independentes no contencioso administrativo dos países da Europa Continental. 4 O panorama da justiça administrativa no Brasil. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A institucionalização das autoridades administrativas independentes representa uma quebra do modelo clássico em que se estruturou a Administração Pública, tradicionalmente unitário e baseado na recondução direta de toda a atividade administrativa ao Chefe do Poder Executivo.

* ✉ Alexandre da Silva Arruda, alexandresarruda@hotmail.com

Juiz Federal e Doutorando em Justiça Administrativa na Universidade Federal Fluminense (PP-GJA/UFF).

A existência de autoridades administrativas dotadas da prerrogativa da independência funcional, bem como de garantias tendentes a assegurá-la, faz suscitar uma série de questões em face do modelo constitucional do Estado moderno, tais como a responsabilidade governamental pelos atos da Administração, a legitimidade democrática destas autoridades e o princípio da separação de poderes.

Vital Moreira¹ aponta três características essenciais das entidades administrativas independentes²: existência jurídico-administrativa própria destacada da Administração (o que não se confunde com personalidade jurídica), exercício de funções de natureza administrativa e independência.

Para o autor português, são requisitos da independência administrativa a “independência orgânica”, caracterizada sobretudo pela inamovibilidade, e a independência funcional, que consiste na não sujeição a ordens, instruções, diretivas e recomendações. Além destas características tidas como essenciais, outras podem ser adicionadas, tais como nomeação condicionada à aprovação por um órgão político, mandatos fixos, um regime estrito de incompatibilidades, autonomia de gestão financeira e dotação de pessoal próprio.

Não há um modelo único de autoridade administrativa independente, pois o seu desenho institucional está relacionado à evolução histórica e às características da ordem jurídica dos países em que esta figura se desenvolveu. Contudo, em linhas gerais, estas autoridades podem exercer funções de regulação da economia ou de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

É sobre esta última hipótese que se debruçará este artigo, com especial ênfase na atuação das autoridades incumbidas de solucionar conflitos entre o particular e a Administração Pública, no âmbito do contencioso administrativo.

2 Evolução histórica das autoridades administrativas independentes

As autoridades administrativas independentes tiveram distintas origens e características próprias, de acordo com o ordenamento jurídico em que se desenvolveram. José Lucas Cardoso³ elenca diversas instituições que floresceram em democracias liberais e que

¹ MOREIRA, Vital. As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça. In: PROVIDORIA DE JUSTIÇA. *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002. p. 93-117.

² Embora saibamos que o conceito de entidade administrativa independente previsto no artigo 267 da Constituição da República Portuguesa não abrange as autoridades responsáveis pela resolução do contencioso administrativo (foco principal deste texto), parece-nos que as características enunciadas por Vital Moreira permitem classificar estas últimas autoridades dentro de um mesmo gênero (autoridades administrativas independentes), desde que façamos a distinção entre as funções administrativas primárias, relacionadas às tarefas típicas da Administração Pública, e as funções administrativas secundárias, que dizem respeito à resolução administrativa de conflitos. (Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017).

³ CARDOSO, José Lucas. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 17-18.

deram origem a administrações independentes, tais como o *ombudsman* sueco,⁴ as *independent regulatory agencies* norte-americanas, as *régies* canadenses, as *ambetswerk* suecas e finlandesas, os *quangos* britânicos, os *ministerialfreien Raums* germânicos, as *autorités administratives indépendantes* francesas, as *autorità indipendenti* italianas e as *administraciones independientes* espanholas.

Estas entidades, apesar de possuírem muitos traços distintivos entre si, assemelham-se por não estarem inseridas em nenhum dos tradicionais centros de poder do Estado moderno e por estarem incumbidas de um dos dois tipos de atribuições: a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos ou a regulação econômica.

Costuma-se apontar a criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), agência governamental destinada a regular o serviço interestadual de transporte ferroviário nos Estados Unidos, em 1887, como o marco precursor das autoridades administrativas independentes no mundo.

Durante o século XX, as agências reguladoras independentes proliferaram-se naquele país, em especial a partir da década 30, no bojo das medidas intervencionistas do *New Deal*, que romperam com o paradigma até então vigente do Estado mínimo. Houve o reconhecimento de que o mercado apresenta imperfeições que necessitam ser corrigidas através da intervenção do Estado. Note-se, contudo, que a outorga de autonomia a estas agências teve por objetivo evitar que o governo regulasse diretamente a economia, de modo a impedir a acumulação de poderes no Executivo.

Essas agências foram dotadas de competência normativa (*rulemaking*) e de resolução de conflitos (*adjudication*), fazendo com que ficassem investidas dos três poderes clássicos do Estado: a par da inerente função administrativa, passaram a exercer poderes “quase legislativos” e “quase jurisdicionais”.

Em 1946, foi editado o *Administrative Procedure Act* (APA), que implementou o princípio do devido processo legal no âmbito das agências independentes, estabelecendo um equilíbrio entre os poderes das agências e os direitos individuais. Segundo Vital Moreira,⁵ o *Administrative Procedure Act* foi criado para superar, através de exigências procedimentais, o déficit de controle legislativo material sobre as entidades independentes, dado o largo espectro de autodeterminação e de discricionariedade de que dispunham. Assim, a revisão judicial dos atos destas agências passou a se dar, majoritariamente, através do controle do procedimento e não do seu conteúdo.

⁴ Em sentido contrário, Vital Moreira afirma que o *ombudsman* sueco não pode ser considerado uma espécie de autoridade administrativa independente, pois não era um órgão administrativo, nem pertencia à esfera da Administração, e que, apesar de ser independente da Administração e do governo, era subordinado ao parlamento (MOREIRA, Vital. As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça. In: PROVIDORIA DE JUSTIÇA. *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002. p. 107).

⁵ MOREIRA, Vital. As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça. In: PROVIDORIA DE JUSTIÇA. *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002. p. 105.

José Lucas Cardoso⁶ sustenta que, apesar de os diplomas instituidores das várias *independent agencies* lhes outorgarem competência para o exercício de funções materialmente jurisdicionais, até a promulgação do *Administrative Procedure Act*, a doutrina e a jurisprudência norte-americana evitaram empregar o termo *ajudication*, por lhes repugnar que a composição de litígios pudesse ser realizada na ausência de um procedimento específico.

Por sua vez, na Europa, as autoridades administrativas independentes evoluíram a partir de três modelos principais. O primeiro surgiu na Grã-Bretanha, no final do século XIX, com os *quangos* (*Quasi Autonomus non Governmental Organizations*), nomenclatura que designa um conjunto de estruturas administrativas dotadas de autonomia relativamente ao poder central, criadas para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras, etc).

Com o advento do governo conservador de Margaret Thatcher, houve uma propalada caça aos *quangos*, com o objetivo de se promover a desregulação da economia. Contudo, novos *quangos* foram criados para controlar as atividades privatizadas, os quais adotaram um modelo semelhante ao das agências independentes norte-americanas.

O segundo modelo de entidades administrativas independentes se desenvolveu na Alemanha, cujo texto constitucional é um dos poucos da Europa que prevê expressamente a existência de autoridades administrativas independentes. Trata-se do *ministerialfreien Raums*, ou seja, administração livre do controle ministerial, cujo paradigma é o *Bundesbank*, o banco central alemão, que tem a função de salvaguardar a estabilidade monetária. Vital Moreira⁷ sustenta que o modelo do *Bundesbank* influenciou a construção da política monetária comunitária e a criação do Banco Central Europeu. Segundo o autor, “hoje a independência dos bancos centrais faz parte da ortodoxia incontestada em matéria de política monetária, mesmo fora do espaço da moeda única europeia”.

O terceiro modelo de administração independente na Europa é o francês, caracterizado pela criação de organismos autônomos independentes de defesa e garantia de certas liberdades. A primeira entidade a ser legalmente qualificada de autoridade administrativa independente na França foi a Comissão Nacional de Informática e Liberdades, criada em 1976. O modelo francês inspirou a criação de diversos organismos destinados a assegurar o acesso aos documentos administrativos, de proteção de dados pessoais, de controle dos meios audiovisuais e de garantia de liberdade de expressão e outras garantias individuais face os meios de comunicação no âmbito da Comunidade Europeia.⁸

⁶ CARDOSO, José Lucas. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 51.

⁷ MOREIRA, Vital. As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça. In: PROVIDORIA DE JUSTIÇA. *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2002. p. 97.

⁸ Em Portugal, há vários exemplos de entidades administrativas independentes inspiradas neste modelo, como a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), a Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais (CNDP) e a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA).

3 Autoridades administrativas independentes no contencioso administrativo

Passaremos a analisar a atuação de autoridades administrativas independentes no âmbito do contencioso administrativo, bem como os reflexos desta atuação na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e no funcionamento do sistema judicial.

De início, convém esclarecer o significado de algumas expressões relacionadas ao tema em análise. O contencioso administrativo refere-se às reclamações ou impugnações de um interessado contra o comportamento de uma autoridade administrativa; jurisdição administrativa designa a prestação estatal para solução (coercitiva e definitiva) de um contencioso administrativo; justiça administrativa refere-se ao conjunto de órgãos do Estado responsável por essa atuação jurisdicional.⁹

Em princípio, a solução de um litígio entre o particular e a Administração Pública deve ser atribuída a um órgão que exerça função jurisdicional, normalmente pertencente ao Poder Judiciário. Contudo, muitos sistemas jurídicos admitem que o contencioso administrativo seja submetido previamente à própria Administração Pública, o que pode ocorrer através da interposição de recurso perante a autoridade hierarquicamente superior, ou mediante a utilização da técnica das autoridades administrativas independentes, hipótese em que os recursos extrajudiciais são apreciados por agentes públicos que possuem elevado grau de independência funcional.¹⁰

Macklin¹¹ elenca diversas razões que levam à opção pelo regime administrativo de resolução de disputas, em detrimento do sistema judicial, ao afirmar:

Alguns domínios, como engenharia, meio ambiente, de valores mobiliários e de telecomunicações, exigem um nível e tipo de especialização técnica ou empírica que os juízes não têm. Outras áreas — por exemplo, a imigração, assistência social, e compensação aos trabalhadores — geram um grande volume de casos (geralmente envolvendo pessoas de recursos limitados) que os tribunais comuns e os processos judiciais seriam levados à paralisia. As preocupações de eficiência, custo e especialização militam a favor de um regime administrativo.

O modelo brasileiro de justiça administrativa sofreu forte influência do constitucionalismo norte-americano, com a adoção do sistema judicial único (monista) no início de nossa República, em substituição ao modelo de jurisdição francês dualista até então vigente.

À época, entendia-se que apenas o Poder Judiciário poderia solucionar conflitos administrativos com independência, de modo que o surgimento do sistema de jurisdição única decorreu, em boa medida, deste anseio por uma jurisdição administrativa independente.

⁹ Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA/UFF), Niterói, 2008.

¹⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista Scientia Iuridica*, Portugal, Ano LXIV, v. 337, p. 5-31, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2196803>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹¹ MACKLIN, Audrey. Standard of Review: Back to the Future. In: FLOOD, Colleen & SOSSIN, Lorne (Org.). *Administrative Law in Context*, 2.ed. Toronto: Edmond Montgomery Publications, 2013. p. 281.

Contudo, o modelo brasileiro não acompanhou a evolução do sistema norte-americano, que instituiu uma fase de preparação das decisões administrativas, com a observância da cláusula do devido processo legal.

No modelo norte-americano, e de maneira geral nos dos demais países que seguem a *common law* (Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia) a decisão administrativa é precedida de um procedimento contraditório, presidido por um juiz administrativo que não participou da fase de investigação e que é dotado de relativa independência. Assegura-se, ainda, a revisão da decisão inicial perante uma autoridade superior da própria agência ou perante um tribunal administrativo. A consequência da adoção deste modelo, que assegura contraditório prévio e efetivo na fase administrativa, é a redução do âmbito do controle judicial, em razão da deferência que é conferida às decisões proferidas por autoridades administrativas independentes e dotadas de conhecimentos técnicos específicos sobre a matéria em discussão.

Assim, a revisão judicial fica limitada às hipóteses de ilegalidade ou ofensa ao princípio da razoabilidade. Em consequência, não há necessidade de investimentos de recursos na criação de uma estrutura judicial especializada, tampouco de regras processuais específicas para as causas administrativas, já que a fase judicial não é tida como a mais importante.¹²

Neste sentido, Sossin¹³ cita a observação do *Chief Justice* do Canadá no caso *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, segundo o qual “muito mais cidadãos têm os seus direitos determinados por estes tribunais administrativos do que pelas cortes de justiça”.

A experiência extraída dos países da *common law* revela que a jurisdição não é atributo exclusivo do Poder Judiciário, podendo ser exercida por autoridades que integram o próprio Poder Executivo. Neste sistema, a solução do contencioso administrativo é retirada da autoridade envolvida no conflito e confiada a uma autoridade administrativa independente, perante a qual se desenvolve o devido processo legal.

Perlingeiro¹⁴ ressalta que este modelo, no qual as autoridades decisórias pertencem ao Poder Executivo, não encontrou ressonância na América Latina, que chegou a conhecer um sistema de jurisdição híbrida em Honduras, no período de 1965 a 1982, onde, porém, o tribunal administrativo era autônomo em relação ao Judiciário e também ao Executivo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui o entendimento de que a expressão “garantias judiciais”, contida no artigo 8º da Convenção Americana, não impede que outros órgãos estatais, não pertencentes ao Poder Judiciário, pratiquem atos jurisdic-

¹² ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. *Forthcoming American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 63, p. 3-31, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹³ SOSSIN, Lorne. Access to Administrative Justice and Other Worries. In: FLOOD, Colleen & SOSSIN, Lorne (Org.). *Administrative Law in Context*, 2.ed. Toronto: Edmond Montgomery Publications, 2013. p. 212.

¹⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

cionais, observando-se a cláusula do devido processo legal sempre que haja restrições a direitos individuais. Segundo a Corte, esta atuação pressupõe a existência de um órgão dotado das características da independência e imparcialidade.¹⁵

A seguir, passaremos à análise do desenho institucional das autoridades administrativas responsáveis pela solução do contencioso administrativo no direito comparado, com ênfase nos mecanismos existentes para assegurar-lhes as prerrogativas da independência e da imparcialidade.

3.1. Autoridades independentes no contencioso administrativo norte-americano

No direito norte-americano, a decisão administrativa inicial ocorre após um procedimento em contraditório, no qual se assegura uma audiência presidida por um juiz administrativo dotado de relativa independência. Estas audiências assemelham-se às realizadas em processos judiciais, embora as regras probatórias sejam menos rígidas.

Os juízes administrativos são contratados por uma agência separada da agência em que trabalham (*U.S. Office of Personnel Management*), através de um rigoroso processo de testes e entrevistas, e possuem vitaliciedade desde a admissão. Somente podem ser removidos por justa causa, a ser apurada por outro juiz administrativo pertencente a órgão específico de avaliação do mérito (*Merit Systems Protection Board*).

O código de procedimento administrativo norte-americano (*Administrative Procedure Act — APA*) prevê um rígido sistema de separação de funções. Os funcionários das agências responsáveis pela investigação não podem se comunicar extraoficialmente com os juízes administrativos acerca dos casos em julgamento ou com os chefes das respectivas agências.

É cabível a interposição de recurso para a autoridade máxima da agência, que possui plenos poderes para substituir a decisão inicial, embora possua certas limitações em relação à matéria de fato. É possível apresentar escritos e sustentação oral, mas em regra, novas evidências não são aceitas. A cláusula constitucional do devido processo legal e o código de procedimento administrativo (APA) garantem um processo justo e a imparcialidade do chefe da agência.

A fase judicial é fechada, o que significa dizer que as partes não podem apresentar novas evidências ou argumentos que não foram deduzidos na esfera administrativa. A Corte deve manter a razoável conclusão sobre os fatos feita pela agência, bem como o exercício razoável do poder discricionário.

Contudo, há exceções a este modelo nos Estados Unidos. Com efeito, os processos envolvendo a concessão de benefícios sociais, em especial os relativos à previdência social e aos veteranos, são inquisitoriais. Nestes casos, normalmente o governo não é representado por advogado e um juiz administrativo, ou um funcionário da agência (*hearing office*), é responsável por zelar pelo interesse de ambas as partes e decidir o caso. Contudo, mesmo nestes casos, a fase da decisão inicial é separada da fase de investigação.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte I.D.H.). *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*, 01. Serie C No. 142. Costa Rica, 31 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://bit.ly/1DRxvXe>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

Asimow¹⁶ afirma que um país deve priorizar a aplicação de recursos financeiros apenas em uma das três fases da jurisdição administrativa, a fim de evitar desperdício. Nos EUA, os maiores recursos são investidos na fase da decisão inicial. As demais fases (reconsideração e revisão judicial) somente são viáveis nos casos de decisões iniciais desarrazoadas ou legalmente erradas. Por esta razão, as partes e seus advogados investem seus esforços na primeira fase, já que é improvável que modifiquem a decisão com base em erro de fato ou de discricionariedade nas fases subsequentes.

3.2. Autoridades independentes no contencioso administrativo dos sistemas de matriz britânica

Desde o século XIX o Reino Unido reconhece a necessidade de independência dos tribunais administrativos, a fim de se evitar arbitrariedade nas decisões e de se assegurar um processo justo e imparcial. A partir da divulgação do relatório *Leggatt Review of Tribunals*, no ano de 2001, os procedimentos e a estrutura dos tribunais administrativos foram ajustados para atender aos requisitos de independência e imparcialidade previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º), de modo que as suas decisões ficassem livres de interferência do governo, do legislativo e das partes envolvidas na disputa.¹⁷

O procedimento adotado pelos países que seguem o modelo britânico é similar ao norte-americano, com a diferença de que a fase recursal se desenvolve em um tribunal administrativo independente da agência que proferiu a decisão inicial. Em geral, cada agência regulatória ou de benefícios possui um tribunal específico para recurso. O procedimento no tribunal observa o princípio do contraditório. Contudo, em algumas matérias, como as que envolvem benefícios sociais, o procedimento tende a ser mais inquisitorial, pois a parte privada e o governo normalmente não estão representados.

As decisões dos tribunais administrativos sujeitam-se à revisão judicial, em regra limitada a questões legais, mas que pode abranger a análise da correta aplicação da lei ao fato, de graves erros de fato e do abuso da discricionariedade.

No Reino Unido, foi editado no ano de 2007 o *Tribunals, Courts and Enforcement Act* (TCEA), que fundiu diversos tribunais e criou um fundo orçamentário próprio, independente dos fundos das agências cujos casos decidiam. O *First-tier Tribunal* (FTT)¹⁸ analisa os pedidos de revisão oriundos da maioria das agências e é dividido em sete câmaras especializadas por matéria.

Há um segundo grau de reconsideração realizado pelo *Upper Tribunal* (UT), destinado à análise, em regra, das controvérsias sobre relevantes questões legais. O *Upper Tribunal* é definido pela lei como uma corte superior, com poderes para conceder remédios

¹⁶ ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. *Forthcoming American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 63, p. 3-31, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹⁷ SOSSIN, Lorne. *The Puzzle of Independence and Parliamentary Democracy in the Common Law World: A Canadian Perspective*, maio 2009. p. 27-31. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/area/conference/compadmin/compadmin16_sossin_puzzle.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁸ HM Courts & Tribunals Service of United Kingdom. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/tribunals>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

judiciais. Por esta razão, ele pode ser visto como o primeiro nível de revisão judicial das decisões do FTT, em vez de um segundo grau de reconsideração administrativa.

A decisão do *Upper Tribunal* pode ser revista por uma Corte de Apelação ou pela Corte Administrativa,¹⁹ mas apenas se presente uma relevante questão legal. Verifica-se, portanto, que a fase judicial é fechada, já que não se admite reexame de fatos e provas analisados nas instâncias administrativas.

O sistema da Austrália segue o modelo britânico. A decisão inicial é proferida por um funcionário da agência que não participou da investigação. Assegura-se ao interessado o direito de expor suas razões e, em regra, a oportunidade de uma audiência informal com o funcionário responsável pela decisão. Em caso de decisão negativa, o interessado deve solicitar a revisão no âmbito da própria agência antes de recorrer ao tribunal administrativo.

A decisão inicial pode ser revista pelo Tribunal Administrativo de Apelação (AAT), que possui jurisdição sobre mais de 400 agências. O Tribunal Administrativo de Apelação realiza audiências de reconsideração ao estilo judicial, incluindo a análise de provas de fatos ocorridos após a decisão inicial. O Tribunal possui poderes para substituir a decisão da agência em razão de questões legais, de fato ou de discricionariedade, podendo adotar a decisão mais adequada ao caso, quando houver mais de uma possibilidade (“*merits review*”).

Até pouco tempo, ainda existiam na Austrália tribunais especializados em algumas matérias, como seguro social, benefícios de veteranos e migração. Contudo, a partir de 01/07/2015 os Tribunais de Seguro Social, Migração e Refugiados foram fundidos ao Tribunal Administrativo de Apelação.²⁰

O controle judicial das decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo de Apelação é feito pela Corte Federal, mas apenas em relação às questões legais. O sistema jurídico australiano não admite a substituição do julgamento feito pela agência relativamente às questões de fato e ao exercício do poder discricionário pelo julgamento do Poder Judiciário, por considerar interferência imprópria de um poder em outro.

No Canadá, as autoridades administrativas dotadas de competência decisória (*decision-makers*)²¹ possuem elevado grau de independência, conforme reconhecido pela Suprema Corte canadense no precedente *Canadian Pacific Ltd. v Matsqui Indian Band*.²²

¹⁹ HM Courts & Tribunals Service of United Kingdom. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/organisations/hm-courts-and-tribunals-service/about>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁰ Administrative Appeals Tribunal of Australia. Disponível em: <<http://www.aat.gov.au/about-the-aat/what-we-do>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²¹ A resolução de conflitos administrativos por autoridades administrativas dotadas de independência ocorre em diversos órgãos e tribunais administrativos canadenses, tais como *Social Security Tribunal*, *Public Service Labour Relations and Employment Board*, *Canadian Human Rights Tribunal*, *Canadian Industrial Relations Board*, *Health Services Appeal and Review-ON*, *Competition Tribunal*, *Provincial Labour Relations Boards*.

²² SUPREME COURT OF CANADA. *Canadian Pacific Ltd. v Matsqui Indian Band*, 1995, 1 S.C.R. 3. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1213/index.do>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

A referida decisão estabeleceu que as garantias destinadas a assegurar a independência judicial, tais como a estabilidade na função, a independência financeira e a autonomia administrativa, também se aplicam às autoridades administrativas responsáveis pelo processo decisório.

No caso *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn*,²³ a Suprema Corte reiterou a garantia de independência das autoridades administrativas decisórias ao afirmar “[t]he fact that the Tribunal functions in much the same way as a court suggests that it is appropriate for its members to have a high degree of independence from the executive branch.”.

Ressalte-se, contudo, que a independência decisória das autoridades administrativas, ainda de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte canadense,²⁴ não possui fundamento constitucional e pode ser afastada por meio de lei, salvo quando a decisão administrativa envolver a aplicação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição canadense (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), hipótese em que a independência da autoridade que profere a decisão constitui imperativo constitucional.

Por outro lado, a independência dos tribunais administrativos não os exime de observar as orientações e diretrizes estabelecidas pelos órgãos administrativos no exercício da autoridade que lhes foi delegada pelo Parlamento. Com efeito, no citado caso *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn*, a Suprema Corte do Canadá afirmou que o Tribunal Canadense de Direitos Humanos deve observar as orientações da Comissão Canadense de Direitos Humanos, ainda que esta comissão seja parte na causa decidida pelo tribunal, uma vez que este esquema foi expressamente estabelecido pelo Parlamento na elaboração da lei de direitos humanos.

Os países que adotam o modelo de matriz britânica investem a maior parte dos recursos financeiros na fase que se desenvolve perante os tribunais administrativos. Este sistema, naturalmente, evita a sobrecarga do sistema judicial.

No ano fiscal de 2011-2012, os tribunais administrativos do Reino Unido decidiram 739.600 casos novos, sendo a maior parte destes relacionada a seguro social (370.800 casos), seguidos dos casos de compensação por desemprego (186.300 casos) e imigração e asilo (112.500).²⁵

Na Austrália, o Tribunal Administrativo de Apelação recebeu 6.581 recursos no ano fiscal de 2014-2015, sendo 2.320 casos referentes ao seguro social, 1.498 referentes à compensação por desemprego e 1.055 casos relacionados à matéria tributária.²⁶

²³ SUPREME COURT OF CANADA. *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn*, 2003, 1 S.C.R. 884. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2068/index.do>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

²⁴ SUPREME COURT OF CANADA. *Ocean Port Hotel Ltd. v. Bristish Columbia* (General Manager, Liquor Control e Licensing Branch), 2001, SCC 52. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1891/index.do>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

²⁵ MINISTRY OF JUSTICE. *Annual Tribunals Statistics, 1 April 2011 to 31 March 2012*. Reino Unido: Ministry of Justice, 2012. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/163466/ts-annual-stats-2011-12.pdf.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017.

²⁶ Dado disponível em <<http://www.aat.gov.au/about-the-aat/corporate-information/annual-reports/2014-15-annual-report/annual-report-2014-15/appendixes#Appendix4>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

No Canadá, o Tribunal de Seguridade Social recebeu 7.796 novos casos, no período de 01/04/2015 a 31/03/2016.²⁷ A Corte Federal do Canadá, que possui competência para rever a legalidade dos atos da maioria dos órgãos, comissões e tribunais administrativos federais canadenses, possuía 5.978 casos pendentes de julgamento, em 30 de junho de 2016.²⁸

Asimow e Lubbers²⁹ sugerem a adoção deste modelo como forma de resolver algumas patologias do sistema de jurisdição administrativa da previdência social norte-americana, que lida com demandas de massa e exige a análise de questões médicas e profissionais. Os autores propõem a criação de um tribunal administrativo especializado, similar ao australiano, o que faria com os juízes administrativos deixassem de ser vinculados às agências que participam do contencioso e passassem a integrar o tribunal. Para eles, esta proposta permitiria que muitas das garantias hoje conferidas aos juízes administrativos em face das agências, com o escopo de resguardar a sua independência, não se tornassem necessárias, possibilitando uma melhor gestão na contratação, supervisão, avaliação e dispensa dos juízes, bem como o estabelecimento de precedentes jurisprudenciais obrigatórios.

3.3. Autoridades independentes no contencioso administrativo dos países da Europa Continental

Na maioria dos países da Europa Continental, o contencioso administrativo desenvolve-se mediante um procedimento inquisitorial nas agências, inclusive na fase recursal. O controle judicial é aberto e feito por cortes especializadas.

Este sistema proporciona a revisão judicial por juízes especializados na matéria administrativa e sensíveis aos potenciais casos de abuso. Contudo, este modelo é mais dispendioso em relação àqueles cuja revisão judicial se dá na jurisdição comum, em razão da necessidade de infraestrutura própria. Há, também, maior probabilidade de ocorrência de conflitos de competência entre os órgãos da jurisdição comum e a especializada. Ademais, este modelo estimula o ajuizamento de um número mais elevado de demandas judiciais comparativamente ao sistema de jurisdição comum.

Na França, as agências devem propiciar uma audiência justa antes de uma decisão denegatória. O processo é inquisitorial e exige uma notificação adequada, direito de defesa e uma decisão fundamentada. A decisão inicial pode ser eventualmente revista em um nível superior da agência.

²⁷ Dado consolidado da Divisão-Geral do Tribunal. Disponível em: <<http://www1.canada.ca/en/sst/stats/1516.html#gdis>>. Acesso em: 11 set. 2016.

²⁸ FEDERAL COURT OF CANADA. Courts Administration Service. *Statistics — January 1 to June 30, 2016*. Disponível em: <http://cas-cdc-www02.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc_cf_en/Statistics/statistics_jun16>. Acesso em: 12 ago. 2016.

²⁹ ASIMOW, Michael; LUBBERS, Jeffrey. The Merits of ‘Merits’ Review: A Comparative Look at the Australian Administrative Appeals Tribunal. *American University, WCL Research Paper n. 2011-10*, Washington, out. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1785894>. Acesso em: 4 ago. 2016.

As cortes administrativas francesas integram o Poder Executivo e não o Judiciário, seguindo a tradição do princípio da separação de poderes moldado na Revolução Francesa.

Na França, há 42 cortes administrativas, que reveem a decisão inicial das agências. Acima delas, há oito cortes administrativas de apelação e, no ápice do sistema, o Conselho de Estado, que é a suprema corte da jurisdição administrativa.³⁰ Este modelo foi transplantado para inúmeros países da Europa, África, e Ásia.

A revisão pelas cortes administrativas é aberta, o que significa dizer que as partes podem produzir novas provas e alegações que não haviam sido deduzidas nas fases anteriores.

As cortes administrativas não substituem a decisão administrativa relativamente às questões de fato ou de discricionariedade (regra de *l'opportunité*). Entretanto, a decisão pode ser revista nas hipóteses de manifesto erro de fato ou de discricionariedade ou em razão de uma violação do princípio da proporcionalidade.

Não obstante, as cortes realizam ampla revisão em relação aos casos envolvendo sanções, podendo substituir a decisão mesmo em razão de questões de fato ou de discricionariedade. Estas sanções são consideradas quase-criminais, estando ao abrigo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê o direito a um tribunal independente e imparcial em casos de acusações criminais.

A evolução do direito administrativo francês não foi limitada por princípios rígidos, ao contrário do que ocorreu com o direito civil, de modo que os juízes administrativos puderam atuar com mais liberdade. A função do juiz administrativo francês não era somente de interpretar o direito positivo, mas também de preencher as lacunas da lei.³¹

O Conselho de Estado Francês foi responsável pelo desenvolvimento de institutos não previstos na legislação, como a responsabilidade civil do Estado e o recurso por excesso de poder. Em estudo comparativo entre os sistemas inglês e francês de justiça administrativa, Pepy ressaltou a observação do professor C. J. Hamson, apontado à época como o jurista inglês que melhor conhecia o Conselho de Estado Francês, de que “pelo menos quando problemas políticos estão em jogo, os tribunais administrativos franceses possam, em razão mesma de sua natureza, dar à liberdade individual proteção equivalente àquela da qual gozam os cidadãos ingleses”.³²

Na Alemanha, as cortes administrativas fazem parte do Poder Judiciário. O §1 Código de Jurisdição Administrativa (VwGO) estabelece que a jurisdição administrativa é exercida por tribunais autônomos, independentes das autoridades administrativas. Por sua vez, a cláusula geral do §40, inc 1 frase 1 do VwGO estabelece que a via judicial administrativa alcança todos os litígios de direito público que não contenham natureza

³⁰ LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. *Tribunaux & Cours*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Tribunaux-Cours/Organisation>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. O Direito Administrativo brasileiro sob a influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 8, nov/dez 2006/jan 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20sylvia.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

³² PEPY, Daniel. Justiça Inglesa e Justiça Administrativa Francesa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 58, p. 28-53, out./dez. 1959.

constitucional, desde que, por disposição legal, não estejam sujeitos a outro tribunal. Segundo Blanke,³³ esta é uma das normas chaves do direito processual administrativo alemão e seu fundamento constitucional está na garantia da tutela judicial efetiva, do princípio do juiz natural e do princípio do Estado de Direito.

Na fase da decisão inicial, a lei de procedimento administrativo alemã estabelece um procedimento inquisitorial, incluindo a oportunidade para o interessado inspecionar documentos e se manifestar sobre os fatos. A autoridade administrativa deve fundamentar sua decisão. A reconsideração é feita por uma autoridade superior da agência, que pode corrigir a análise dos fatos e o exercício da discricionariedade da decisão inicial.

Por sua vez, o sistema de revisão judicial alemão é aberto. A corte pode reavaliar a matéria de fato e pode invalidar atos discricionários por abuso ou violação do princípio da proporcionalidade. Segundo o princípio da inquisição (§86 inc. 1 VwG), o tribunal investiga os fatos de ofício, não estando vinculado às alegações e às proposições de prova pelas partes. Este princípio tem por objetivo proteger as partes que se encontram em posição mais fraca no processo e decorre da tutela dos direitos individuais (art. 19 inc. 4 da Lei Fundamental) e do princípio do Estado de Direito (art. 20 inc. 3 da Lei Fundamental).

A justiça administrativa em Portugal nasceu vinculada à Administração Pública, sob influência francesa e fiel à concepção original da separação de poderes. Com o advento da Constituição de 1976, os tribunais administrativos passaram a integrar o Poder Judiciário³⁴, sendo-lhes atribuída a condição de órgãos de soberania. A partir da inovação constitucional, a tutela dos direitos dos particulares em face da Administração cresceu em importância, em especial com a aplicação do princípio da tutela efetiva ao contencioso administrativo, conforme disposto no artigo 20, item 5 da CRP.³⁵

França, Alemanha e Portugal são exemplos de sistemas dualistas em que a jurisdição administrativa é exercida por cortes administrativas. Na França, 157.262 novos casos foram apresentados às cortes administrativas no ano de 2014, com um tempo médio de duração de 10 meses e 22 dias e uma taxa de anulação de atos administrativos de 32%. Na Alemanha, aproximadamente 155.000 novos casos foram distribuídos às cortes administrativas no ano de 2009, sendo que a parte privada somente foi vencedora em cerca de 20% destes.³⁶ Em Portugal, no ano de 2016, ingressaram 26.049 novos processos nos tribunais administrativos e fiscais de 1ª instância.³⁷

³³ BLANKE, Hermann-Josef. Organização e Competências da Justiça Administrativa Alemã. In: PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter (Coord.). *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão — Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 25.

³⁴ Art. 2019 da Const. da República Portuguesa (1976).

³⁵ REZENDE, Guilherme. Há contencioso administrativo no Brasil? Uma análise comparativa com a justiça administrativa portuguesa. In: SILVA, Vasco & SARLET, Ingo. *Direito Público Sem Fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. p. 563-650.

³⁶ ACA-EUROPE. *Tour of Europe*. Disponível em: <<http://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

³⁷ Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça da Direcção-Geral da Política de Justiça de Portugal (DGPJ). Disponível em: <<http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publi->

A quantidade relativamente pequena de processos judiciais, comparativamente com os padrões brasileiros, parece corroborar a afirmação de Perlingeiro de que o sistema jurídico europeu-continental convive com procedimentos prévios e uma jurisdição predominantemente *a posteriori* porque a sua cultura permite que as autoridades, apesar de não serem dotadas de independência, atuam com níveis seguros de imparcialidade.³⁸

4 O panorama da justiça administrativa no Brasil

O Brasil não acompanhou a evolução dos sistemas de justiça administrativa que lhe serviram de inspiração, o que trouxe consequências danosas, em especial o conhecido fenômeno do excesso de judicialização, decorrente em boa medida de uma Administração Pública que não possui prerrogativas para decidir conflitos com independência efetiva.

Com efeito, o estoque de processos da Justiça Federal aumentou de 7,6 milhões de processos, no ano de 2009, para 8,5 milhões de processos, em 2014. Houve um salto de 3,3 milhões de processos novos naquele ano, para 4,1 milhões em 2014. Esta explosão de casos ocorreu a despeito da significativa contratação de novos servidores e magistrados, do considerável aumento de produtividade dos juízes federais no período considerado e do aumento do gasto orçamentário com a Justiça Federal,³⁹ o que nos permite inferir que o problema da judicialização exacerbada dos litígios envolvendo a Administração Pública não será resolvido com mais investimentos no sistema judicial.

O modelo brasileiro de justiça administrativo brasileiro apresenta evidentes sinais de falência institucional, que se revelam no aumento incontrolável de litígios, na perda da credibilidade dos órgãos estatais responsáveis pela resolução destes conflitos, na inaceitável demora na solução dos processos judiciais e na falta de uma jurisprudência uniforme e estável capaz de orientar a conduta administrativa.

Trata-se, provavelmente, de um fenômeno que não guarda paralelo em outro país do mundo civilizado.

Tomemos, a título de exemplo, a análise dos dados referentes aos casos envolvendo benefícios da previdência social nos EUA. Na fase inicial são proferidas anualmente mais de 700 mil decisões, por cerca de 1.300 juízes administrativos. Na fase recursal, que se desenvolve perante órgão específico (*Office of Disability Adjudication and Review*

co&pgmWindowName=pgmWindow_633918141195530467>. Acesso em: 27 ago. 2017.

³⁸ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 132, jan./abr. 2015.

³⁹ O número de magistrados na Justiça Federal aumentou de 1.775 para 2.480 e o número de servidores aumentou de 23.414 para 28.075, no período de 2009 a 2014. O número total de sentenças e decisões proferidas pelos magistrados federais de 1º grau passou de 2,7 milhões para 3,0 milhões e as despesas totais da Justiça Federal aumentaram de R\$ 8,2 bilhões para R\$ 8,7 bilhões, no mesmo período (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números-2015* (ano base 2014). Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2016).

— ODAR), são julgados mais de 165.000 recursos, por cerca de 110 juízes administrativos.⁴⁰ Por sua vez, a quantidade de casos que são levados à fase judicial é bem mais reduzida. No ano de 2014, ingressaram 18.503 ações novas nas cortes federais distritais dos Estados Unidos contra decisões proferidas pelos conselhos de recursos da ODAR. Ao final do ano fiscal de 2014, o estoque de ações pendentes de julgamento nas cortes federais distritais era de apenas 1.337.⁴¹

No Brasil, a situação é inversa, pois a quantidade de processos judiciais que impugnam decisões administrativas da previdência social é imensamente superior à de recursos julgados na esfera administrativa. Com efeito, o Conselho de Recursos da Previdência Social recebeu 74.803 novos recursos administrativos contra decisões do INSS, no ano de 2014.⁴² Por sua vez, na primeira instância da Justiça Federal brasileira, que abrange as Varas Federais e os Juizados Especiais Federais, foram distribuídos pouco mais de 1.9000.000 de novos processos envolvendo matéria previdenciária, no ano de 2014,⁴³ sem se computarem as ações previdenciárias ajuizadas perante as Justiças dos Estados, na forma autorizada pelo artigo 109 da Constituição Federal.

Esta disparidade entre a quantidade de processos judiciais nos dois países causa maior perplexidade quando levamos em consideração que os Estados Unidos possuem uma população cerca de 50% maior do que a brasileira, o que representa uma diferença de mais de 100 milhões de habitantes.⁴⁴

Apesar da previsão contida na Constituição Federal de 1988 determinando a observância da cláusula do devido processo legal nos processos administrativos (art. 5º, LIV⁴⁵ e LV⁴⁶) — garantia que foi celebrada por Ada Pellegrini Grinover como uma das grandes inovações da Carta de 1988⁴⁷ — na prática, verifica-se que ela não foi implementada,

⁴⁰ SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION. *Information about SSA's Office of disability adjudication and review*. Disponível em: <https://www.ssa.gov/appeals/about_odar.html>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁴¹ SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION. *Federal Court review process*. Disponível em: <https://www.ssa.gov/appeals/court_process.html#a0=1>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁴² MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Base de dados históricos da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/infologo/>>. Acesso em: 11 set. 2016.

⁴³ Estatística consolidada a partir de dados extraídos do Relatório Justiça em Números-2015 do Conselho Nacional de Justiça (2015).

⁴⁴ Comparação obtida a partir de dados extraídos dos censos das populações americana e brasileira (UNITED STATES CENSUS BUREAU, AMERICAN FACT FINDER. *Population*, 2010. Disponível em: <https://factfinder.census.gov/faces/nav/jsf/pages/community_facts.xhtml>. Acesso em: 12 ago. 2017 e INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *População*, 2017. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 26 mar. 2016).

⁴⁵ Art. 5º, LIV da Const. Federal do Brasil (1988): “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴⁶ Art. 5º LV da Const. Federal do Brasil (1988): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁷ GRINOVER, Ada. O amicus curiae no processo administrativo. *Revista Jurídica Lex*, Porto

pois as autoridades administrativas não possuem prerrogativas para conduzir um processo administrativo com independência e imparcialidade.

Perlingeiro⁴⁸ associa essa inconsistência à tendência do direito brasileiro de vincular-se a um procedimento administrativo inquisitorial, tipicamente europeu continental, cuja tradição remonta ao sistema de jurisdição dupla da época do império.

No atual cenário da Administração Pública brasileira, as decisões administrativas que restringem direitos individuais, em regra, não são precedidas de um verdadeiro processo administrativo, no qual sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os “meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV da Constituição Federal do Brasil), cujos corolários necessários são a independência e a imparcialidade da autoridade administrativa competente para decidir.

A independência da autoridade decisória mostra-se especialmente relevante naquelas hipóteses em que a pretensão individual funda-se na inconstitucionalidade ou na ilegalidade de determinada norma administrativa, uma vez que a autoridade deve possuir poderes para afastar a aplicação da norma, naquele caso concreto, e tutelar o direito individual violado.

Contudo, o que se observa é a falta de liberdade da autoridade administrativa para deixar de aplicar normas administrativas sob o fundamento de ilegalidade ou inconstitucionalidade, tampouco para realizar o controle de convencionalidade da norma, em razão de um estrito regime de subordinação hierárquica a que estão submetidos, situação que conduz ao descrédito do processo administrativo e à sensação generalizada de que os direitos fundamentais somente podem assegurados pelo Poder Judiciário.

As consequências desta falta de independência são nefastas para o sistema judicial, pois o processo administrativo é visto pelos litigantes apenas como uma etapa de passagem, já que a questão somente será decidida definitivamente pelo Poder Judiciário. O mesmo ocorre com decisões indeferitórias de requerimentos que objetivam prestações estatais, como benefícios previdenciários e assistenciais ou prestações de saúde, pois o recurso administrativo admitido pela lei não atende à cláusula do devido processo legal, uma vez que será apreciado por uma autoridade sem a prerrogativa da independência. Assim, a quase totalidade dos litígios administrativos tende a ser levada ao Poder Judiciário, conduzindo este poder à paralisia, sem condições de lidar com a enorme quantidade de casos que lhe são apresentados.

5 Considerações finais

O Brasil, apesar de ter sofrido influência dos modelos dos países da *common law* e da Europa continental, ignora os institutos que asseguram a efetividade do sistema de justiça administrativa e de proteção dos direitos fundamentais que se desenvolveram naqueles países. Apesar da existência de previsão constitucional, não ocorre o processo

Alegre, v. 84, p.104-113, 2016.

⁴⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 303, 2015.

administrativo previamente à formação da decisão administrativa que afeta direitos individuais, observando-se o devido processo legal, tampouco se assegura a impugnação posterior da decisão por meio de um processo justo, perante uma autoridade imparcial.

A análise do direito comparado permite-nos inferir que a resolução do contencioso administrativo por autoridades administrativas dotadas de independência acarreta a redução da judicialização, em razão da confiança depositada pelas partes da disputa no órgão incumbido do julgamento da causa, bem como pela natural deferência que é conferida pelo Poder Judiciário às decisões que decorram de um processo justo e que se desenvolveu perante um agente independente e imparcial, dotado de conhecimentos técnicos acerca da matéria.

Por fim, parece-nos que a solução para o excesso de litigiosidade envolvendo causas afetas à Administração Pública brasileira passa pela adoção de um novo modelo de justiça administrativa, que deixe de ter como foco o sistema judiciário e se volte para as autoridades administrativas, que devem ter condições de decidir com independência e possam assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO AMBIENTAL AO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA CONSAGRADO NO ACORDO DE PARIS

(APPROXIMATION OF ENVIRONMENTAL PROCEDURE TO THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY ENSHRINED IN THE PARIS AGREEMENT)

Carmen Silvia Lima de Arruda*

Resumo Num esforço global de preservação do meio ambiente, em dezembro 2015, representantes de diversos países se reuniram em Paris, para a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP21), comprometendo-se com a promoção da redução de emissões de gases de efeito estufa, de sorte a conter o aquecimento global. No presente estudo, buscamos examinar o princípio da transparência, base fundamental da cooperação mundial, expressamente consagrado no Acordo de Paris, e reconhecido tanto no direito estrangeiro, quanto no direito interno brasileiro, especialmente no procedimento administrativo, para, ao final, apontar os ajustes necessários à adequação do procedimento administrativo ambiental aos parâmetros e requisitos mundialmente aceitos, no que diz respeito ao acesso à informação, à participação popular, à motivação e ao cumprimento do devido processo legal.

Palavras-chave: Procedimento administrativo ambiental, princípio da transparência, Acordo de Paris.

Abstract In a global effort to protect the environment, in December 2015, representatives of various countries met in Paris, for the United Nations Climate Change Conference (COP21), undertaking to promote the reduction of greenhouse gas emissions in order to combat global warming. In the present study, we endeavor to explore the principle of transparency, the fundamental basis of worldwide cooperation, expressly enshrined in the Treaty of Paris, and recognized both in foreign law and Brazilian domestic law, especially in administrative procedure. In conclusion, we point out the adjustments necessary to bring environmental administrative procedure into line with the globally accepted parameters and requirements of information access, citizen participation, disclosure of the grounds for decisions, and due process of law.

Keyword: Environmental administrative procedure, principle of transparency, Paris Agreement (Accord de Paris).

Sumário 1 Introdução. 2 O Acordo de Paris. 3 Origens do princípio da transparência. 4 Princípio da transparência nos Estados Unidos. 5 Princípio da transparência na União Europeia. 6 Princípio da transparência no direito brasileiro. 6.1 Transparência nos Procedimentos Administrativos. 6.2 Transparência nos procedimentos de ambientais no Brasil. 7 Conclusão.

* ✉ Carmen Silvia Lima de Arruda, carmen@jfrj.jus.br

Juíza Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Doutoranda do Programa de Pós-graduação Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Justiça Administrativa pela UFF. *Juris Doctor* pela *University of Miami*, com especialização em Direito Comparado e Arbitragem Internacional.

1 Introdução

Num esforço global de preservação do meio ambiente, 195 Países se reuniram na 21^a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (COP21), em dezembro de 2015, para celebrar o Acordo de Paris (*Accord de Paris*), onde os países, desenvolvidos e em desenvolvimento, se comprometeram a promover a redução de emissões de gases de efeito estufa para conter o aquecimento global. O Brasil ratificou o Pacto em setembro de 2016 por meio do Decreto Legislativo nº 140/2016.

O Acordo é, de fato, um marco importantíssimo por estabelecer, pela primeira vez, uma cooperação verdadeira entre os países, de forma que os mais desenvolvidos passarão a financiar os projetos de transição de energias limpas e de desenvolvimento sustentável para os países em desenvolvimento, promovendo medidas efetivas de combate à mudança climática. Em contrapartida, os países em desenvolvimento deverão adotar medidas efetivas e eficazes na gerência e utilização de tais recursos.

Para que tal esforço mútuo de cooperação internacional atinja os objetivos pretendidos, estabeleceram-se obrigações de diminuição de emissão de gases de efeito estufa e financiamento, de um lado e de outro, na correta utilização dos recursos, com vistas a promover o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza. Evidencia-se que a absoluta transparência das informações a serem prestadas tornou-se fundamental para o êxito do acordo. Por essa razão, a expressão “transparência” permeia o texto assinado, sendo explicitamente citada em diversos artigos, caracterizando-se como espinha dorsal do acordo. Com efeito, “transparência” não é um termo vulgar, mas encerra, em verdade, uma expressão jurídica carregada de conceitos técnicos já desenvolvidos e estudados tanto pela doutrina como pela jurisprudência estrangeira.

Sendo assim, no presente estudo buscaremos examinar os elementos fundamentais do princípio da transparência, base fundamental da cooperação mundial, expressamente consagrado no Acordo de Paris para, afinal, perquirir acerca da sua compatibilidade com instrumentos jurídicos atualmente existentes, no direito interno brasileiro, relativos ao procedimento administrativo para, ao fim, estabelecer se tais instrumentos atendem a este princípio e, se necessário, apontar os ajustes necessários à adequação aos parâmetros e requisitos mundialmente aceitos, especialmente no que diz respeito ao acesso à informação, à participação popular, à motivação e ao cumprimento do devido processo legal.

2 O Acordo de Paris

O Acordo de Paris, celebrado em dezembro de 2015,¹ ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 140/2016,² e promulgado pelo Decreto nº 9.073, de 5 de

¹ NAÇÕES UNIDAS. Acordo de Paris. Paris, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

² Decreto Legislativo nº 140, de 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/>

junho de 2017, visa estabelecer um esforço global contra a ameaça das mudanças climáticas, permitindo o desenvolvimento sustentável e objetivando a erradicação da pobreza.

O diploma em questão vem sendo considerado um Pacto histórico por trazer a proposta de verdadeira mudança de atitude dos países,³ consagrando o “princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”, ao reconhecer as diferenças entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, e ao estabelecer responsabilidades diferenciadas para cada um, respeitadas suas capacidades e circunstâncias nacionais, com efetiva contribuição financeira anual dos países desenvolvidos em favor dos países em desenvolvimento.

No entanto, restou explicitado no texto do Acordo assinado que a transparência é requisito essencial para promoção da integridade ambiental. Por essa razão, a transparência permeia todo o conteúdo do Acordo, desde o início, no art. 3º, que trata da comunicação entre as Partes, assim como nos demais artigos.

Com efeito, no art. 6º se vê expressa referência à promoção do desenvolvimento sustentável, à integridade ambiental e à transparência como corolário da boa governança, enquanto que o art. 7º trata das ações de adaptação, que devem seguir uma abordagem orientada em nível nacional, sensível a gênero, participativa e plenamente transparente, levando em consideração os grupos vulneráveis, comunidades locais e ecossistemas.

O art. 9º estabelece a obrigação dos países desenvolvidos de fornecer recursos financeiros para auxiliar os países em desenvolvimento e, ainda, de assumir a liderança na mobilização de financiamento climático. Em contrapartida, os países desenvolvidos devem prestar informações transparentes e consistentes de tal apoio aos países em desenvolvimento.

O art. 12, por sua vez, dispõe que as partes devem cooperar para tomar medidas, conforme apropriado, para ampliar a educação, a formação, a sensibilização do público, a participação e o acesso do público à informação sobre as mudanças climáticas.

Assim, resta claro que o sucesso do acordo celebrado depende dos mecanismos de transparência para a ação e o apoio, que deverão ser implementados pelos países signatários, conforme expressamente determinado em seu art. 13, onde se lê:

Com o fim de fomentar a **confiança mútua** e de promover a **aplicação efetiva**, pelo presente se estabelece um **marco de transparência** reforçado para as medidas e o apoio, dotado de flexibilidade para ter em conta as diferentes capacidades das Partes e baseado na experiência coletiva (grifo nosso).

Nos incisos do citado art. 13 foram estipulados diversos deveres das partes, como o de comunicação de estratégias de desenvolvimento das políticas ambientais adotadas, e o de fornecimento de informações às partes contratantes, respeitada a soberania nacional de cada um dos países envolvidos.⁴

fed/decleg/2016/decretolegislativo-140-16-agosto-2016-783505-publicacaooriginal-150960-pl.html>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³ MARTINI, Catherine. Transparency: The Backbone of the Paris. *Yale Center for Environmental Law & Policy*, New Haven, Maio 2016. Disponível em: <<http://envirocenter.yale.edu/transparency-the-backbone-of-the-Paris-Agreement>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁴ Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017. “Art. Art. 13, item 8. Cada Parte deverá também **fornecer informações** relacionadas aos impactos e adaptação das/as mudanças climáticas nos ter-

O propósito do marco da transparência, conforme disposto nos incisos 5 e 6 do referido artigo, é de permitir uma visão clara, tanto do apoio financeiro prestado e recebido, quanto das medidas adotadas em relação à diminuição de emissão de gases de efeito estufa, facilitando o acompanhamento dos progressos realizados em relação às contribuições dos países desenvolvidos e à verificação das medidas de adaptação adotadas pelos países em desenvolvimento, incluídas as boas práticas de governo, as prioridades, as necessidades e as carências, como base para o equilíbrio mundial.

Vê-se, pois, que o Acordo de Paris está impregnado da ideia de troca de informações fidedignas entre as partes contratantes. Vale dizer, o pressuposto de eficácia do Pacto reside em uma condicionante: a observância do princípio da transparência nas ações das partes contratantes.

Resta definir, portanto, o que se entende, em termos jurídicos, por transparência, e se o Brasil está apto a cumprir com tal requisito.

3 Origens do princípio da transparência

A ideia de “transparência” está intimamente ligada ao “acesso à informação”, que encontra suas origens no próprio conceito de democracia, segundo o qual a soberania do Estado pertence a “todos conjuntamente, formando uma sociedade civil”, ou seja, o “poder do povo”.⁵ Com efeito, o povo delega esse poder aos representantes eleitos, segundo

um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente.⁶

Vale lembrar que, com o fim das monarquias absolutistas e com o advento das ideias iluministas, as revoluções francesa e americana deram início à era dos direitos e ao desenvolvimento das ideias de liberdade e acesso à informação, bases do princípio da transparência.

Com efeito, o direito de acesso aos documentos pode ser extraído do art. 14 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789,⁷ que garantia o direito do cidadão de verificar a necessidade da contribuição pública, e consenti-la livremente.

Note-se, ainda, que, mais genericamente, o “direito à informação” veio a ser expressa-

mos do Artigo 7, conforme apropriado”(grifo nosso).

⁵ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: Um projecto Filosófico*. Tradução Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 13.

⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia; Uma defesa das regras do jogo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Art. 14. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

mente erigido a direito humano universal na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948,⁸ como resultante de uma convergência de entendimento entre todos os países signatários da citada Declaração, vinculante e, portanto, de observância imperativa por parte da comunidade internacional.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, prevê expressamente que “Toda pessoa tem **direito à liberdade de pensamento e de expressão**. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir **informações** e ideias de toda natureza” (grifo nosso), conforme a redação do art. 13,⁹ contendo dois aspectos: um relacionado ao direito individual que toda pessoa tem de expressar-se de forma livre sem qualquer impedimento, e outro relacionado ao direito coletivo de acesso a qualquer tipo de informação.

Mencione-se, por oportuno, o caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* (2006),¹⁰ da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), envolvendo um projeto de florestamento com impacto considerável no meio ambiente, em que foi arguida a violação dos direitos consagrados no referido art. 13 (liberdade de Pensamento e de expressão) e 25 (direito a proteção judicial da Convenção Americana). A Corte I.D.H. decidiu no sentido de que Estado chileno deveria entregar a informação solicitada pelas vítimas e, num prazo razoável, adotar as medidas necessárias para garantir o direito de acesso a informação em poder do Estado, de acordo como a obrigação geral de internalizar o estabelecido no art. 2º da CADH.

A partir deste caso a Corte Interamericana se converteu no primeiro tribunal internacional a reconhecer que o direito de acesso à informação pública é um direito humano fundamental, protegido por tratados de direitos humanos que obrigam os países a respeitá-lo”.¹¹

Posteriormente a assinatura do Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, os Estados americanos participantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre eles o

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Art. 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 6 ago. 2016.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte I.D.H.). *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Costa Rica, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano*. 2.ed. OEA, 7 de março de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2tggqsz>> . Acesso em: 20 ago. 2017.

Brasil, presentes na Conferência de Lima, em 2001, assumiram formalmente o compromisso com a “democracia representativa”, ao assinarem a “Carta Democrática Interamericana”, que afirma ser este regime de governo essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos das Américas.

Do art. 3º da mencionada Carta, extraem-se os elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e ao seu exercício, sujeitos ao estado de direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto com expressão da soberania do povo, o regime plural de partidos e organizações políticas e a separação dos poderes públicos. Destaca-se a expressa menção, no art. 4º, da transparência das atividades governamentais como componente fundamental ao exercício da democracia.

Isto implica dizer que, diante deste novo cenário convencional, não há como conceber democracia sem publicidade, sem transparência, sem acesso à informação, pois somente através do conhecimento dos dados e decisões do governo este pode ser legitimado e representativo. A garantia do acesso às informações é um dos pilares da democracia, que nasceu, segundo Bobbio, “com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente”.¹²

Este reconhecimento foi ainda fortalecido na Declaração de Nuevo León de 2004,¹³ onde os chefes de Estado das Américas se comprometeram a adotar uma legislação garantindo o direito de acesso à informação, nos seguintes termos:

O acesso à informação em poder do Estado, com o devido respeito às normas constitucionais e legais, incluindo aquelas sobre privacidade e confidencialidade, é condição indispensável para a participação do cidadão e promove o respeito efetivo dos direitos humanos. Comprometemo-nos a dispor de marcos jurídicos e normativos, bem como das estruturas e condições necessárias para garantir a nossos cidadãos o direito ao acesso à informação.

Vale ressaltar, no entanto, que transparência não é sinônimo de acesso à informação, guardando algumas peculiaridades, diferenciando-se pela sua especificidade: “transparência esta ligado a qualidade de ser claro, óbvio, e compreendido sem dúvida ou ambiguidade”.¹⁴

A transparência na gestão pública implica o livre e amplo acesso às informações governamentais, ou seja, governo aberto (*openness*). Com efeito, a transparência está diretamente relacionada à publicidade dos atos estatais, possibilitando a todos os cidadãos

¹² BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia; Uma defesa das regras do jogo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986. p. 84.

¹³ CÚPULA DAS AMÉRICAS. Declaração de Nuevo León. México, 13 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.oas.org/xxxivga/portug/reference_docs/CumbreAmericasMexico_DeclaracionLeon.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

¹⁴ VASILIKI (VICKY) KARAGEORGOU. Transparency principle as an evolving principle of EU law: Regulative contours and implications. *European Administrative law and European Environmental Law*, p.1 [200_]. “transparency is concerned with the quality of being clear, obvious and understandable without doubt or ambiguity”. Disponível em: <<http://www.right2info.org/resources/publications/eu-karageorgou-vasiliki-transparency-principle-as-an-evolving-principle-of-eu-law>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

que deles tomem conhecimento e, desse modo, os legitimem.

Assim, com a transparência torna-se possível o controle das ações do governo, da apuração da corrupção, do suborno e da prevaricação, pois, conforme asseverado por Bobbio, a transparência é elemento essencial da democracia, acrescentando, ainda, que se pode “definir a democracia das maneiras mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder”.¹⁵

4 Princípio da transparência nos Estados Unidos

De acordo com estudo desenvolvido para o Comitê de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu, a transparência surge nos Estados Unidos como base do processo administrativo, que determina que todas as agências federais devem prover o público com informações suficientes sobre suas regulamentações e ações, de forma a possibilitar o efetivo controle judicial e político, de sorte que o processo não seja visto como uma mera formalidade.¹⁶

Com a edição do *Administrative Procedural Act* — APA, em 1946, desenvolveu-se uma forte noção de que a transparência e a participação popular contribuem para a melhora na qualidade e na legitimação das ações do governo, que deve garantir a abertura (*openess*) dos processos de execução de políticas públicas. Segundo o Justice Brandeis, “publicidade é simplesmente recomendada como um remédio para doenças sociais e industriais. A luz do sol é tida como o melhor dos desinfetantes, e a luz elétrica, o melhor policial ”(tradução nossa).¹⁷

O direito administrativo norte-americano foi sendo construído a partir da crença nos efeitos saudáveis da publicidade dos atos administrativos e antipatia pelo sigilo nas agências governamentais, que se manifesta claramente nas decisões judiciais ao afastar as alegações das autoridades públicas de “informações privilegiadas” que, caso acolhidas, permitiriam a supressão de informações e provas necessárias às partes para obterem um julgamento justo. Vale lembrar, por oportuno, o caso das fitas de *Watergate*, no qual foi rejeitada a alegação de tratar-se de informação privilegiada.¹⁸

Em diversas oportunidades, a Suprema Corte americana consagrou o direito ao acesso à informação como garantia de um julgamento justo, valendo citar, a título de exemplificação, no âmbito administrativo, o caso *Gonzales vs. Freeman*,¹⁹ em que ficou sedimen-

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2004. p. 20-21.

¹⁶ SHUB, Rachel. *Transparency, Public Consultation Practices and Government Accountability in U.S. Rulemaking*. Bruxelas: European Parliament, 2015. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536482/IPOL_IDA\(2015\)536482_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536482/IPOL_IDA(2015)536482_EN.pdf)>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁷ GOLDMAN, Solomon (Ed.). *The Words of Justice Brandeis*. New York: Henry Shuman, 1953. p. 151. “publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants, electric light the best policeman”. Disponível em: <<https://archive.org/details/wordsofjusticebr012448mbp>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

¹⁸ SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, 3rd. Edition, Little Brown and Company, Boston, 1991. p. 146.

¹⁹ UNITED STATES. Timber Sale Contract Law for Contracting Officer and Forest Service

tada a necessidade de intimação prévia acerca dos fatos e a garantia de audiência para validade do procedimento administrativo.

Dentro de tal espírito, em 1966, foi editado o *Freedom of Information Act* (FOIA), garantindo ao público o acesso aos registros de qualquer agência federal, sendo descrito como a legislação que permite aos cidadãos o acesso às ações governamentais. As agências governamentais federais passaram a ter a obrigação de prestar a informação requerida, a menos que se tratasse de alguma das exceções protegidas, tais como privacidade pessoal, segurança nacional ou cumprimento da lei.

Naturalmente, a edição do FOIA representou uma profunda mudança de posição, perante a Administração, do cidadão, que, nas palavras de Schwartz,²⁰ deixou de ser visto como um “suplicante”. A partir de então, o acesso à informação passou a ser a regra geral, e não a exceção, sendo um direito igual de todos os cidadãos.

Destaca-se que passou a ser do governo, e não mais do cidadão que solicita a informação, o ônus de comprovar que ela é privilegiada e não pode, portanto, ser disponibilizada. Sendo assim, ao inverter-se o ônus a favor do cidadão, criou-se uma exceção da regra da presunção de legalidade dos atos administrativos, cabendo à Administração comprovar a legalidade da recusa de acesso.²¹

Dessa forma, as cortes americanas firmaram jurisprudência no sentido de que, não restando comprovado, pela própria Administração, tratar-se de uma das hipóteses de exceção, deve ser franqueado ao cidadão o acesso à informação.²²

Posteriormente, o *Freedom of Information Act* foi incorporado à lei que trata do procedimento administrativo (*Administrative Procedure Act*. 5 U.S.C. §552).²³

Mencione-se, ainda, que Barack Obama, assim que se tornou Chefe do Executivo, afirmou, por memorando expedido aos chefes de seus departamentos e suas agências, seu compromisso com os princípios da transparência, da colaboração e da abertura como forma de promover o fortalecimento da democracia e a eficiência e efetividade do governo, editando uma nova lei de transparência.²⁴

Nas palavras de Obama, “Governo deve ser transparente. Transparência promove confiança e provê informação para os cidadãos acerca do que seu Governo está fazendo.

Representatives: Timber Sale Administration. United States: Eastern Region, Forest Service, U.S. Department Of Agriculture, 1981. Disponível em: <<http://bit.ly/2tm5hbS>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

²⁰ SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, 3rd. Edition, Little Brown and Company, Boston, 1991. p. 147.

²¹ Ibid., p. 148.

²² Ibid., p. 148.

²³ ESTADOS UNIDOS. The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. §552. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/552.html>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

²⁴ ESTADOS UNIDOS. *Memorandum on Transparency and Open Government*, January 21, 2009. Disponível em: <<https://www.archives.gov/files/cui/documents/2009-WH-memo-on-transparency-and-open-government.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Informação mantida pelo governo federal é um bem nacional”.²⁵

Prosseguindo em sua gestão, o governo Obama expediu outros memorandos sempre reafirmando a “presunção de abertura” (*Presumption of Openness*) no sentido de que, em caso de dúvida, a abertura deveria prevalecer. Em consequência, as agências foram encarregadas de disponibilizar todas as informações possíveis, e determinou-se que as agências governamentais expandissem o acesso à informação, tornando-a disponível *on line* e em formatos abertos, pois a presunção é a favor da abertura, utilizando-se de tecnologia moderna para disseminar o uso de informações, em vez de aguardar sua solicitação através do FOIA. Determinou, ainda, a melhora na qualidade da informação prestada e a criação e institucionalização de uma cultura da abertura das ações do governo.²⁶

Em decorrência dessas diretivas presidenciais, as agências editaram “planos de abertura de governo”, valendo citar, a título de exemplificação, o plano de dados estratégicos da Agência de Proteção Ambiental (EPA)²⁷ desenvolvido para aumentar o nível de transparência e acesso aos dados da agência.

5 Princípio da transparência na União Europeia

Segundo Ziller,²⁸ desde a assinatura do Tratado de Aço e Carvão (CECA), assinado em Paris em 1951,²⁹ considerado revolucionário por instituir a motivação das decisões administrativas, com referência expressa ao princípio da publicidade nas ações dos contratantes. Desde então, a transparência passou a estar diretamente ligada ao princípio da motivação das decisões, e ao princípio da não discriminação, que tornaram-se fundamentos do Tratado de Roma de 1957.

Deve-se reconhecer que o princípio da transparência foi incorporado na Comunidade Europeia por insistência dos Estados nórdicos, como a Suécia, Dinamarca e Finlândia, o que se tornaria a base para uma legislação processual administrativa na União Europeia.³⁰

Com efeito, o princípio da transparência se alastrou em direção aos países do nordeste

²⁵ Ibid., p. 1.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. *Memorandum for heads of executive departments and agencies*, March 19, 2009. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2009/06/24/foia-memo-march2009.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

²⁷ US ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA). *Strategic Data Action Plan (SDAP) Version 1.0*. March 29, 2011. Disponível em: <https://www.epa.gov/sites/production/files/documents/epa_sdap_v1.0.pdf> Acesso em: 4 jul. 2017.

²⁸ ZILLER, Jacques. *Origines et Retombées du Principe de Transparence du Droit de L'Union Européenne (Origins and Spin Offs of the Principle of Transparency of EU Law)*. In: GUGLIELMI, G.J. & ZOLLER E. *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*. Paris: Editions Panthéon-As-sas, 2014. p. 10. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2520815>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²⁹ COMUNIDADE EUROPEIA DO CARVÃO E DO AÇO. *Tratado que institui a Comunidade Europeia do carvão e do aço (Tratado CECA)*. Paris, 1951. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0022&from=PT>> . Acesso em: 04 jul. 2017.

³⁰ Ibid., p. 2.

da Europa, para o direito comunitário, vindo a ser incorporado ao Tratado de Maastrich de 1992 (Tratado da União Europeia — TUE), em diversos de seus dispositivos. Destaca-se, logo em seu art. 1º, alínea 2ª que “as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível” consagrando a abertura na tomada das decisões (*openness*).³¹ Prosseguindo, o art. 20 § 2º. trata do direito dos cidadãos da União Europeia de se dirigir aos órgãos oficiais utilizando-se de uma das línguas reconhecidas pelo Tratado e receber a resposta na mesma língua, dispositivo considerado essencial para a transparência e não discriminação e sobretudo para a plena eficácia do princípio maior de que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei.³²

Em seguida, restou estabelecida a participação da sociedade civil com a consagração da democracia representativa, conforme expressamente previsto no art. 10(3) do Tratado da União Europeia (TUE),³³ garantindo a todo cidadão o direito de participar na vida democrática da União e determinando, assim, que as decisões sejam tomadas de forma aberta (*as openly*) e próximas (*as closely*) quanto possível do cidadão. Assim, pela primeira vez relacionou-se abertura (*openness*) com democracia, conforme afirma Labayle.³⁴

Nessa mesma linha, prosseguindo no art. 11(2) do referido Tratado, determinou-se a manutenção de um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e a sociedade civil.³⁵

O Tratado de Amsterdam de 1997, dando nova redação a dispositivos do Tratado da União Europeia, alterou seu art. 1º para incluir “as decisões serão tomadas de forma tão

³¹ UNIAO EUROPEIA. Tratado da União Europeia (1992). *Jornal Oficial da União Europeia* C 202/13, de 7 de junho de 2016. Art. 1 (...) O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b-497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 2 ago. 2017.

³² ZILLER, Jacques. *Origines et Retombées du Principe de Transparence du Droit de L'Union Européenne* (Origins and Spin Offs of the Principle of Transparency of EU Law). In: GUGLIELMI, G.J. & ZOLLER E. *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*. Paris: Editions Panthéon-As-sas, 2014. p. 7. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2520815>. Acesso em: 21 ago. 2017.

³³ EUROPEAN COMMUNITY. Treaty on European Union (1992). *Official Journal* C326, October 26, 2012. “Article 10. 1. The functioning of the Union shall be founded on representative democracy; 2. Citizens are directly represented at Union level in the European Parliament; Member States are represented in the European Council by their Heads of State or Government and in the Council by their governments, themselves democratically accountable either to their national Parliaments, or to their citizens; 3. Every citizen shall have the right to participate in the democratic life of the Union. Decisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizen”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2F-TXT>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

³⁴ LABAYLE, Henri. *Openness, transparency and access to documents and information in the European Union*. Bruxelas: European Parliament, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://bit.ly/1e-niK5X>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

³⁵ Ibid., p.8.

aberta quanto possível” e, por requerimento da Suécia, consagra o direito de acesso a acesso a documento das instituições.³⁶

Mencione-se, por oportuno, que tanto a “abertura” e “quanto” a transparência vieram atender um anseio de combater uma crise de confiança que abatia as instituições europeias.³⁷ A transparência foi tema central nos trabalhos da Convenção Europeia de 2000, que culminou com sua consagração o art. 41, que trata do direito a uma boa administração, com a seguinte redação:

Artigo 41

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) O direito de qualquer pessoa a ser **ouvida** antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
 - b) O direito de qualquer pessoa a ter **acesso aos processos** que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) A obrigação, por parte da administração, de **fundamentar** as suas **decisões**.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se **dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados**, devendo obter uma resposta na mesma língua.³⁸

Note-se que o direito de acesso aos documentos foi devidamente destacado no art. 42:

Artigo 42

Direito de acesso aos documentos

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de **acesso aos documentos** das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos.³⁹(grifo nosso)

Desta forma, qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Na sequência, por ocasião da Convenção Europeia de 2002/2003⁴⁰ discutiram-se dispositivos relativos ao princípio da transparência que vieram a ser incorporados ao

³⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amesterdão*. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1997. Disponível em <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2017.

³⁷ Ibid. p. 7.

³⁸ UNIAO EUROPEIA. Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia (2000). *Jornal Oficial da União Europeia* C 326/39, de 26 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=PT>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ UNIAO EUROPEIA. Comunicações e informações. Sessão 2002/2003. *Jornal Oficial da União Europeia*, C187E, de 7 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2003:187E:TOC>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

Tratado de Lisboa que entrou em vigor em 2009,⁴¹ e foram consagrados na redação final do Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFEU),⁴² especialmente a “abertura” (*openness*) constante do art. 298, segundo o qual “as instituições, órgãos e organismos da União Europeia devem se apoiar sobre uma administração aberta, eficaz e transparente”.⁴³

A Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de janeiro de 2013,⁴⁴ reafirmou o princípio da boa administração, que deve promover a transparência e a responsabilidade como direitos fundamentais do cidadão. Estabeleceu-se uma série de recomendações à Comissão para uma “Lei de Processo Administrativo da União Europeia”, dentre elas a observância do princípio da transparência, em que se reafirmou que a Administração deve ser aberta e disponível ao domínio público.⁴⁵

Em junho de 2015, foi solicitada consulta pelo Comitê sobre assuntos legais do Parlamento Europeu (*JURI Committee*) acerca dos princípios gerais do procedimento administrativo da União Europeia. Em decorrência, procedeu-se à elaboração de um parecer⁴⁶ onde foram abordadas as fontes e a natureza dos princípios, com um catálogo dos “princípios gerais da legislação processual administrativa da União Europeia”.

Deste catálogo “*recitals*”, o item 19 destaca os princípios da transparência e da democracia participativa como sendo aqueles “aplicáveis a situações nas quais os procedimentos levam à adoção de um ato de aplicação geral, incluindo decisões com aplicabilidade geral” (tradução nossa).

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEU. *O PE após o Tratado de Lisboa: um papel reforçado na construção da Europa*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/20150201P-VL00008/O-Tratado-de-Lisboa>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

⁴² O Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 326/47, e 26 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>. Acesso em 31 ago. 2017.

⁴³ ZILLER, Jacques. *Origines et Retombées du Principe de Transparence du Droit de L'Union Européenne* (Origins and Spin Offs of the Principle of Transparency of EU Law). In: GUGLIELMI, G.J. & ZOLLER E. *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*. Paris: Editions Panthéon-Aspas, 2014. p. 7. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2520815>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁴⁴ UNIAO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de janeiro de 2013, (2012/2024 (INL)), *Jornal Oficial da União Europeia* C 440/04, de 30 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0004+0+DOC+XML+V0//PT#BKMD-4>> Acesso em: 04 jul 2017.

⁴⁵ Ibid., Recomendação 3 do Anexo: “**Principle of transparency:** the Union’s administration shall be open. It shall document the administrative procedures and keep adequate records of incoming and outgoing mail, documents received and the decisions and measures taken. All contributions from advisory bodies and interested parties should be made available in the public domain”.

⁴⁶ GALETTA, Diana Úrania, et al. *The General principles of EU Administrative Procedural Law*. Bruxelas: European Parliament, 2015. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL_IDA\(2015\)519224_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL_IDA(2015)519224_EN.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2017.

Resta claro, pois, que atualmente, o princípio da transparência consagra não apenas o direito do cidadão de acesso a documentos públicos, mas sobretudo “as condições que administração e o legislativo desempenham suas funções... como lei primária da União Europeia ...”⁴⁷

6 Princípio da transparência no direito brasileiro

A Constituição brasileira de 1988, conhecida como Constituição cidadã, consagrou a garantia ao “acesso à informação” reconhecendo-o como direito fundamental constante dos incisos XIV, XXXIII e XXXIV do art. 5º, Título I — dos Direitos e Garantias Fundamentais.⁴⁸

Fortalecendo o direito fundamental à informação, foi consagrado pela Constituição o princípio da publicidade, no seu art. 37, *caput*.⁴⁹ O dever de divulgação dos atos públicos, no dizer do Ministro Ayres Brito, é um “dever eminentemente republicano, porque a gestão da ‘coisa pública’ (República é isso) é de vir à lume com o máximo de transparência”, à exceção daquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º XXXIII, da Constituição).⁵⁰ Destaque-se, ainda, o art. 216, que incumbe à Administração Pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Assim, em que pese não haver, no texto constitucional, expressa referência ao princípio da transparência, já é certo que, no direito brasileiro, sua fonte reside no art. 5º, XXXIII,⁵¹ assim como no *caput* do art. 37, com expressa menção ao princípio da publicidade, e no inciso II do seu §3º que trata do acesso a informações sobre atos do governo.⁵²

⁴⁷ LABAYLE, Henri. *Openness, transparency and access to documents and information in the European Union*. Bruxelas: European Parliament, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://bit.ly/1e-niK5X>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

⁴⁸ Art. 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXVI da Constituição Federal Brasileira (1988). “XIV — é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...); XXXIII — todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXVI — são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

⁴⁹ Art. 37 da Constituição Federal (1988). “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental nos autos da Suspensão de Segurança nº 3.902/SP.

⁵¹ Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁵² Art. 37 da Constituição Federal (1988). “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a transparência decorre do princípio da publicidade, “preceito que recomenda a atuação transparente do poder público”.⁵³ Em outra oportunidade, afirmou o Ministro Dias Toffoli que a transparência é uma vertente mais específica do princípio da publicidade,⁵⁴ e que a ele dá concretude, possibilitando-se a todos os cidadãos tomarem conhecimento dos atos praticados pela Administração e, desse modo, os legitimarem. A propósito, segundo Gilmar Ferreira Mendes, em obra doutrinária:

O princípio da transparência ou clareza foi estabelecido pela Constituição de 1988 como pedra de toque do Direito Financeiro. Poderia ser considerado mesmo um princípio constitucional vinculado à ideia de segurança orçamentária. Nesse sentido, a ideia de transparência possui a importante função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, o que permite uma maior fiscalização das contas públicas por parte dos órgãos competentes e, mas amplamente, da própria sociedade. A busca pela transparência é também a busca pela legitimidade.⁵⁵

Dessa forma, vê-se que, resguardadas as informações que possam trazer risco à segurança do Estado e da sociedade, assegurou-se a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse ou de interesse coletivo ou geral, especialmente as que digam respeito a dinheiro público.

Ainda no texto constitucional, o §2º do art. 216⁵⁶ trata da gestão da documentação governamental, que deve ser franqueada à consulta, compondo, assim, “o conjunto de normas que formam o princípio republicano, do qual emanam os deveres de transparência e de prestação de contas”, nas palavras de Mello.⁵⁷

De sorte a dar cumprimento aos referidos comandos constitucionais garantidores do “direito à informação”, o Brasil editou a Lei nº 11.111/2005,⁵⁸ substituída pela Lei nº 12.257/11, conhecida como Lei de Transparência Pública, regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012,⁵⁹ que cuida do acesso do cidadão à informação, em todos os níveis da

e indireta, regulando especialmente: [...] II — o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII” (grifo nosso).

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33340/DF, Brasília, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2444, Brasília 6 de novembro de 2014

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Artigos 48 a 59*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do, MARTINS, Ives Gandra (Org.), *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 334-335.

⁵⁶ Art. 216, §2º da Constituição Federal brasileira. “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 865401 RG / MG, Brasília, 14 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%-28TRANSPARENCIA%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kvwns9w>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁵⁸ Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11111.htm>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁵⁹ Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

federação, órgãos da administração direta e indireta, assim como em todas entidades que recebem recursos públicos.

E mais, determina que os procedimentos de acesso à informação destinam-se a assegurar direito fundamental com observância dos princípios básicos da Administração Pública e importantes diretrizes: observância da publicidade como regra geral e do sigilo como exceção; divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; fomento da cultura de transparência na administração pública; e desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

No entanto, “a edição da Lei nº 12.527/2001 não bastou para a total pacificação do tema”, reconheceu o STF, apreciando recurso interposto por um vereador de um município de Minas Gerais. Tratando-se de matéria de repercussão geral, determinando-se o sobrestamento do feito até que decidida a questão que envolve o dever do poder público à transparência, *in verbis*:

Direito constitucional. Direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral. Recurso extraordinário que se funda na violação do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Pedido de vereador, como parlamentar e cidadão, formulado diretamente ao chefe do Poder Executivo, solicitando informações e documentos sobre a gestão municipal. Pleito que foi indeferido. Invocação do direito fundamental de acesso à informação, **do dever do poder público à transparência** e dos princípios republicano e da publicidade. Tese da municipalidade fundada na ingerência indevida, na separação de poderes e na diferença entre prerrogativas da casa legislativa e dos parlamentares. Repercussão geral reconhecida.⁶⁰

Destaca-se, ainda, a Lei Complementar nº 101/2009, que trata da responsabilidade fiscal e das normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, onde o conceito de transparência aparece pela primeira vez positivado⁶¹ ao mencionar a “ação planejada e transparente” nas contas públicas a que está obrigado o gestor público.

O legislador dedicou todo o Capítulo IX, Seção I para tratar da “Transparência da Gestão Fiscal” que será assegurada mediante a participação popular e a realização de audiências públicas, assim como a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público, assegurando-se a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a despesas e receitas públicas.

A referida Lei Complementar, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 131/2009, conhecida como “Lei de transparência”, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e determinou a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,⁶² tornando efetivo, em seu art. 48, o princípio da transparência.

No entanto, em que pese o “direito à informação” ter ganhado *status* de garantia constitucional, e já ter sido objeto de regulamentação por lei, na prática o acesso à infor-

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 865401 RG / MG, Brasília, 14 de agosto de 2015.

⁶¹ Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁶² Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em: 6 ago. 2016.

mação pública ainda é bastante difícil. Conforme enfatiza Barcellos,

A dificuldade geral de obter informação sobre o tema aqui em estudo (controle de políticas públicas) não é um problema apenas de caráter pragmático que, em tese, poderia ser superado mediante um amplo esforço de pesquisa junto aos Legislativos dos três níveis federativos, aos órgãos competentes da Administração Pública e aos Tribunais de Contas. Trata-se também de um problema jurídico, já que o dever de prestar contas é um dever de natureza jurídica que, como tal, pode ser coativamente exigido.⁶³

Sem dúvida, louvável o esforço legislativo para regulamentar os dispositivos constitucionais, possibilitando o controle político da atuação estatal. Destaca Barcellos que:

“o direito à informação [...] não está ligado apenas – e a rigor sequer primariamente — à possibilidade de controle jurídico das escolhas do Estado em matéria de políticas públicas [...] a sonegação dos dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídicos e políticos e nessa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem coativamente, se necessário, o acesso à informação”.⁶⁴

Nesse contexto, vale citar ementa de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do MS nº 16.903/DF, relatado pelo Ministro Arnaldo Lima, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE DADOS RELATIVOS AOS VALORES GASTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM PUBLICIDADE E PROPAGANDA. DIREITO À INFORMAÇÃO. PUBLICIDADE. DADOS NÃO SUBMETIDOS AO SIGILO PREVISTO NO ART. 5º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato que negou o fornecimento de dados relativos aos valores gastos pelos órgãos da Administração Federal, direta e indireta, nos anos 2000 a 2010, e no atual, com publicidade e propaganda, discriminando-os por veículo de comunicação.

2. Nos termos do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

3. O art. 220, § 1º, da Constituição Federal, por sua vez, determina que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XVI.

4. A regra da publicidade que deve permear a ação pública não só recomenda, mas determina, que a autoridade competente disponibilize à imprensa e a seus profissionais, sem discriminação, informações e documentos não protegidos pelo sigilo.

5. Os motivos aventados pela autoridade coatora, para não atender a pretensão feita administrativamente – “preservar estratégia de negociação de mídia” e que “Desnudar esses valores contraria o interesse público” (fl. 26e) –, não têm respaldo jurídico. Ao contrário, sabendo-se que milita em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade e que a regra é dar-lhes a mais irrestrita transparência – sendo, ainda, as contratações precedidas das exigências legais, incluindo-se licitações –, nada mais lícito e consentâneo com o interesse público divulgá-los, ou disponibilizá-los, para a sociedade, cumprindo, fidedignamente, a Constituição Federal.

6. Segurança concedida.⁶⁵

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controles das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 53.

⁶⁴ Ibid., p. 54.

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS nº 16.903/DF, Brasília, 14 de novembro de 2012.

6.1 Transparência nos Procedimentos Administrativos

O princípio da transparência não pode restringir-se unicamente ao acesso dos dados e informações das ações da Administração Pública em geral, devendo ser dada especial atenção à transparência no âmbito dos procedimentos administrativos, como meio garantir a segurança jurídica e devido processo legal, e consequentemente, confiabilidade, credibilidade e exequibilidade das decisões administrativas.

Mencione-se que a Lei nº 9.784/99, ao dispor sobre procedimento administrativo em geral, já garantia ao administrado o direito à obtenção de cópias dos documentos neles contidos e o conhecimento das decisões proferidas.⁶⁶

No entanto, ressalte-se que importante passo foi dado em prol da transparência com a regulamentação da referida Lei, pelo Decreto nº 8539/2015, que determina a realização do processo administrativo no âmbito da administração pública federal através do meio eletrônico, com o objetivo de assegurar não apenas maior eficiência, eficácia e efetividade da ação, mas sobretudo a promoção da segurança, a transparência e a economicidade, facilitando o acesso do cidadão às instâncias administrativas.⁶⁷

O mencionado Decreto dispõe ainda que o acesso à íntegra do processo para vista pessoal do interessado pode ocorrer por intermédio da disponibilização de sistema informatizado de gestão por acesso à cópia do documento, preferencialmente, em meio eletrônico, e por fim estabelece o prazo de dois anos para todas as entidades da administração adaptarem-se à utilização dos sistemas informatizados de processos administrativos eletrônicos.

Por fim, novamente com a preocupação de assegurar a transparência dos processos administrativos de caráter sancionador, foi encaminhado o Projeto de Lei nº 83/2017 do Senado Federal,⁶⁸ assegurando ciência, contraditório e amplo acesso aos documentos nele contidos, com a sua redação:

Art. 1º Em sede de processo administrativo de caráter sancionador, o administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

III – ter **ampla ciência da tramitação dos processos administrativos** em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, **obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;**

[...]

⁶⁶ Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. “Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) II — ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁶⁷ Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8539.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁶⁸ Projeto de lei do Senado nº 83, de 2017. Estabelece regras gerais para a Administração Pública no processo administrativo de caráter sancionador pecuniário e/ou de obrigação de fazer/não fazer, condicionando sua eficácia a confirmação por colegiado e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128538>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

VI- ser **cientificado pessoalmente**, ou por seu advogado, das diligências requeridas ou das decisões proferidas por meio de carta de aviso de recebimento ou, quando desconhecido, por meio de Edital (grifo nosso).

Na “Justificação” do projeto de lei acima, destaca-se a fragilidade do procedimento atualmente existente, ao afirmar que, “com a ausência de regras e limites bem definidos nos processos administrativos de cunho sancionador, foi gerada verdadeira celeuma na sociedade brasileira, que rotineiramente se empenha em buscar o Poder Judiciário para estancar determinado abuso, ilegalidade ou efeitos de decisão desmotivada ou infundada”.⁶⁹

De fato, é crescente o número de causas nas quais são questionadas as decisões administrativas, que “induzem o assoberbamento do judiciário com demandas que, se bem tratadas na instrumentalização do processo administrativo, não seriam a causa de inúmeras suspensões de exigibilidade de penalizações aplicadas em desfavor do jurisdicionado”.⁷⁰

Espera-se que o Projeto de Lei nº 83/2017 ganhe trâmite célere e, brevemente, seja introduzido no ordenamento jurídico pátrio.

6.2 Transparência nos procedimentos de ambientais no Brasil

Quando se fala de procedimentos administrativos ambientais, devem-se considerar os procedimentos iniciados pelo próprio particular, como os requerimentos de autorização e licenciamento, assim como os procedimentos instaurados de ofício pela Administração, como nos casos de fiscalização. Em ambos os casos, a administração deve garantir ao particular o acesso às informações, em atenção ao princípio da transparência.

Através dos procedimentos de licenciamento ambiental pretende-se a construção, instalação, ampliação, funcionamento e operação de empreendimentos potencialmente causadores de degradação ambiental, nos termos art. 10 da Lei nº 6.938/81.⁷¹ Tais atividades devem ser submetidas a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), visando evitar, minimizar, reparar e compensar possíveis danos causados ao meio ambiente (meios físico, biótico e socioeconômico). Sendo assim, a Licença Ambiental e a Avaliação de Impacto Ambiental são considerados os instrumentos mais importantes da Política Nacional do Meio Ambiente.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) é o órgão responsável pelo licenciamento ambiental na esfera federal,⁷² tendo a Lei

⁶⁹ Justificação do Projeto de Lei do Senado no. de 2017, p. 4. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5207061&disposition=inline>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

⁷⁰ Ibid. p. 5.

⁷¹ Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. “Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. § 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm#art20>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁷² IBAMA. Ministério do Meio Ambiente. *Projetos sujeitos ao LAF*. Brasília, dez. 2016. Dispo-

Complementar nº 140/11, Decreto nº 8.437/ 2015, estabelecido o rol dos projetos a serem submetidos ao Licenciamento Ambiental Federal (LAF), que deverá ser iniciado por requerimento do interessado junto ao órgão, para instauração do processo.

A Resolução CONAMA nº 237/97 estabelece a definição dos licenciamento ambiental como sendo aquele

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.⁷³

Mencione-se ainda que o art. 8º. a referida Resolução Conama 237 prevê a possibilidade de expedição de três tipos de Licenças, sendo elas, a Licença Prévia (LP), Licença de instalação e Licença de Operação.

O sítio eletrônico do IBAMA disponibiliza um roteiro prático para requerimento das autorizações, quais sejam, Autorização de Supressão de Vegetação (ASV), Autorização para captura, coleta e transporte de material biológico, Autorização para a inclusão da Unidade Marítima de Perfuração, sendo ainda previstas as seguintes licenças:

- Licença-Prévia (LP) emitida pela Diretoria de Licenciamento Ambiental (Dilic), que atesta a viabilidade ambiental de empreendimentos, aprovando sua localização e concepção e estabelecendo condições a serem atendidas para a próxima fase;
- Licença-Prévia de produção para pesquisa;
- Licença-Prévia para perfuração;
- Licença ambiental única de Instalação e de Operação, que tem como finalidade a implantação e a operação de empreendimento em atividades relacionadas aos sistemas de esgotamento sanitário sujeitos ao licenciamento ambiental simplificado de competência federal;
- Licença de Instalação (LI), que autoriza a instalação do empreendimento ou da atividade, de acordo com as especificações constantes nos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e condicionantes;
- Licença de Operação (LO), que autoriza a operação da atividade ou do empreendimento, após verificar o cumprimento do que consta nas licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e as condições determinadas para a operação;
- Licença de Operação para Pesquisa Mineral, que autoriza a exploração de lavra experimental para pesquisa de mineração;
- Licença de Pesquisa Sísmica (LPS), que autoriza pesquisas sísmicas marítimas e em zonas de transição e estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que devem ser seguidas pelo empreendedor para realizar essas atividades.

Apesar do referido portal do IBAMA fazer menção especificamente ao acesso à informação,⁷⁴ só se tem acesso a textos legais, resoluções e portarias, ou seja, informações acerca

nível em <http://www.ibama.gov.br/licenciamento-ambiental-processo-de-licenciamento/licenciamento-ambiental-projetos-sujeitos-ao-laf> >. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁷³ CONAMA. Resolução nº 237, de 19 dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

⁷⁴ IBAMA. Ministério do Meio Ambiente. *Licenciamento ambiental exige criação do maior*

de atos gerais, não sendo efetivamente disponibilizada qualquer informação específica, relativamente, por exemplo, ao número de licenças analisadas e concedidas por ano, ou tempo médio de concessão.

Não obstante, através de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional das Indústrias para o aprimoramento do procedimento ambiental, disponível no portal do Ministério do Meio Ambiente, tem-se que os processos levam, em média, 28 meses para serem concluídos, podendo chegar a 7 anos, por diversas razões, dentre elas a incompatibilidade entre as normas nacionais, estaduais e municipais, a ausência de parâmetros homogêneos de classificação do empreendimento com base no porte e no potencial poluidor em todos os estados, sobretudo, a falta de clareza e uniformização na definição do conteúdo dos estudos ambientais, que são muito genéricos.⁷⁵

“Garantir acesso a informação de qualidade, atualizada e informatizada é fundamental para os órgãos licenciadores”.⁷⁶ Partindo dessa premissa, elaborou-se estudo sobre a transparência nos procedimentos ambientais, em que “foram sugeridas a adoção de boas práticas que certamente auxiliariam na análise dos processos, pois, dentre elas a melhoria dos sistemas informatizados para preenchimentos de formulários customizados, na medida que “a informatização dos pedidos de licenciamento para pelo menos modalidades simplificadas de licença também foi avaliada como uma boa prática na pesquisa...”.⁷⁷ Concluindo, a elaboração de manuais e a facilitação da participação do público na elaboração de estudos, através de audiências públicas, por meio da disponibilização de calendários de audiências públicas, dos seus mecanismos de peticionamento, participação e atas resultantes.⁷⁸

Ademais, de forma a atender aos princípios da transparência, está previsto na legislação ambiental que os processos de licenciamento devem ser precedidos de consultas e audiências públicas (CPP),⁷⁹ as quais, invariavelmente, são contestadas judicialmente,⁸⁰ conforme

parque de cavernas em rochas ferríferas do mundo. Brasília, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁷⁵ CARNEIRO, Shelley. *Aprimoramento do licenciamento ambiental*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Licenciamento ambiental e Governança territorial, 2016, Brasília. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/reuniao/dir1641/CNI_ApresLicenc_ShelleyCarneiro.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁷⁶ FONSECA, Alberto; RESENDE, Larissa. Boas práticas de transparência, informatização e comunicação social no licenciamento ambiental brasileiro: uma análise comparada dos websites dos órgãos licenciadores estaduais. *Eng. Sanit. Ambient.* v. 21, n. 2, p. 295, abr./jun. 2016. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/esa/v21n2/1809-4457-esa-S1413_41522016146591.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁷⁷ Ibid., p. 295.

⁷⁸ Ibid., p. 295.

⁷⁹ CONAMA. Resolução nº 9, de 3 de dezembro de 1987. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁸⁰ PEDROSO-JUNIOR, Nelson N.; SCABIN, Flavia S.; CRUZ, Julia C.C. Desafios para o aprimoramento da participação pública como instrumento de controle de impactos sociais em processos de licenciamento ambiental de obras e atividades de significativo impacto no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO, 3, 2016, Ribeirão Preto: *Anais*

se concluiu em recente estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, *in verbis*:

De todo modo, apesar da previsão legal dos mecanismos de CPP ser reconhecida como positiva, sua efetividade vem sendo considerada baixa pelos diferentes atores envolvidos com o licenciamento. São diversos os fatores aos quais se reputa essa ineficiência: disseminação insuficiente das informações do projeto; isolamento das audiências no processo de licenciamento; baixa participação da sociedade nas audiências e respectiva contribuição para os estudos; falta de clareza entre as responsabilidades públicas e privadas na implantação de grandes empreendimentos; e falta de controle social da implantação do projeto e cumprimento das condicionantes.⁸¹

Assim, conclui-se que a morosidade dos processos de licenciamento ambiental está diretamente relacionada com a falta de transparência dos órgãos ambientais fiscalizadores e licenciadores.⁸² Por outro lado, há falta de transparência na imposição das multas, e, de igual forma, na destinação de sua arrecadação.

7 Conclusão

O Estado brasileiro se comprometeu, ao assinar o Acordo de Paris, com seus termos e princípios, especialmente no que diz respeito à transparência na gestão ambiental. No entanto, em que pese o Brasil já possuir um acervo legislativo e instrumentos jurídicos que permitam o acesso à informação, na prática percebe-se que a transparência não faz parte do cotidiano da Administração Pública, o que obriga, invariavelmente, os administrados a socorrerem-se do Judiciário para obter as informações que deveriam já estar disponibilizadas, de modo fácil e acessível.

De igual forma, na seara do procedimento administrativo ambiental, o acesso à informação é bastante restrito, especialmente no que diz respeito à motivação das decisões, obrigando o interessado se valer das vias judiciais para ter acesso aos dados, o que termina por impedindo, ou ao menos dificultando, a participação popular nas tomadas de decisões, contribuindo para a morosidade do procedimento, e, sobretudo, inviabilizando o controle das ações do governo.

Com a implementação das regras do Acordo celebrado em Paris, devidamente ratificado, o Brasil será obrigado a promover uma profunda alteração nas suas práticas administrativas, de sorte a adequá-las aos padrões internacionais, na medida em que impõe a

Associação Brasileira de Avaliação de Impacto, Ribeirão Preto: FGV Direito, 2016. p. 1-8. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/desafios_para_o_aprimoramento.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

⁸¹ PEDROSO-JUNIOR, Nelson N.; SCABIN, Flavia S.; CRUZ, Julia C.C. Desafios para o aprimoramento da participação pública como instrumento de controle de impactos sociais em processos de licenciamento ambiental de obras e atividades de significativo impacto no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO, 3, 2016, Ribeirão Preto: *Anais Associação Brasileira de Avaliação de Impacto*, Ribeirão Preto: FGV Direito, 2016. p. 1-8. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/desafios_para_o_aprimoramento.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

⁸² CALIXTO, Bruno. Como a transparência pode mudar o licenciamento ambiental para melhor, *Revista Época*, abr. 2017 apud Boletim ambiental, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.boletimambiental.com.br/noticia/2017-04-28/como-a-transparencia-pode-mudar-o-licenciamento-ambiental-para-melhor/>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

adoção de ações de acesso irrestrito às informações governamentais, por meio da disponibilização, em tempo razoável, de informações corretas, precisas e fidedignas, contidas em meio eletrônico, ou seja, *on line*, de fácil acesso, conforme as orientações já seguidas pelos países da comunidade europeia e do continente americano.

Conclui-se, portanto, a ratificação do Acordo de Paris deu-se em boa hora, pois impulsionará à implementação de medidas de transparência, e a concretização de políticas de acesso público aos dados e informações ambientais, as quais, apesar estabelecidas há mais de 15 anos pela Lei nº 10650/03,⁸³ em especial aos dados do Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA, instituído pelo art. 6º Lei nº 6.938/81,⁸⁴ até hoje apresentam deficiências e dificuldades burocráticas, especialmente no âmbito dos procedimentos administrativos, o que somente contribuirá para a celeridade, eficiência e confiabilidade das ações do governo e conseqüentemente, para o fortalecimento da democracia.

⁸³ Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.650.htm>. Acesso em: 4 de ago. 2017.

⁸⁴ Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 4 de jul 2017.

O DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NA INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE — SUS

(DUE ADMINISTRATIVE PROCESS THROUGH INCORPORATION OF TECHNOLOGY IN THE BRAZILIAN PUBLIC HEALTH SYSTEM — SUS)

Flávia Martins Affonso*

Resumo Em atenção à importância que deve ter o procedimento administrativo de incorporação de tecnologia no âmbito do sistema público de saúde, o que não vem ocorrendo de fato, e diante do quadro de excessiva judicialização das ações de saúde, com o deslocamento da discussão da elaboração de políticas públicas do Executivo para o Judiciário, a quem falta conhecimento técnico sobre a matéria, buscou o artigo fortalecer e aprimorar as instâncias administrativas de decisão, ao apostar na efetiva observância dos princípios da legalidade, igualdade, imparcialidade, boa-fé, moralidade, participação, responsabilidade, transparência, publicidade, coordenação, eficácia, economia e celeridade, como forma mais adequada de se cuidar não só dos direitos subjetivos do administrado, mas de toda a coletividade.

Palvaras-chave: direito à saúde; incorporação de tecnologia; procedimento administrativo.

Abstract Technology is not being incorporated into the public health system to a sufficient degree, although it is of the utmost importance. Given the excessive judicial review of health-care claims, with the shift of public policy debates from the Executive to the Judiciary Branch, which lacks the necessary technical expertise on the subject, this article attempts to strengthen and improve administrative decision-making bodies based on compliance with the principles of due process of law, equality, impartiality, good faith, morality, participation, responsibility, transparency, publicness, coordination, effectiveness, economy and a speedy trial, as a more suitable form of protecting not only the rights of the beneficiaries of the public service but of the entire community.

Keywords: right to health, incorporation of technology, administrative procedure.

Sumário 1 Introdução. 2 O direito à saúde e o princípio da integralidade. 3 Dos princípios e deveres procedimentais necessários ao devido procedimento de incorporação de tecnologia. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Partindo da premissa do direito à saúde como fundamental, e acima de tudo, humano, o artigo empreenderá um estudo sobre o procedimento administrativo de incorporação de tecnologia no Sistema Único de Saúde — SUS, notadamente no que diz respeito

* ✉ Flávia Martins Affonso, flaviamaffonso@hotmail.com

Advogada da União. Graduada pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ, Mestre pelo Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP e doutoranda pela Universidade Federal Fluminense — UFF. Especialista em “Globalização, Justiça e Segurança Humana” pela Escola Superior do Ministério Público da União e, em Processo Civil, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

aos princípios e deveres procedimentais, como forma de fortalecer as instâncias administrativas de decisão e aprimorar o debate técnico da saúde, que, de forma não qualificada, no Brasil, está migrando para a esfera do Judiciário, em escala repetitiva.¹ Tal fato se revela preocupante em razão não só da dificuldade de exercício de profunda reflexão na arte de julgar, pelo número de demandas que se apresenta, assim como pela ausência de qualificação do magistrado em matéria que foge de seu conhecimento.

Ainda que, no Brasil, a legitimidade do administrado seja ampla para se provocar as instâncias administrativas de decisão, estudo de casos² demonstra o baixíssimo interesse no requerimento de incorporação de tecnologia na seara administrativa, ainda que por associações ou legitimados extraordinários para o ajuizamento de ações coletivas.

Nesse sentido, caberá se questionar se tal comportamento decorreria de falhas na observância dos direitos fundamentais no procedimento administrativo de incorporação de tecnologia no Sistema Único de Saúde — SUS, notadamente quanto à legitimidade em sua abertura, desenvolvimento e princípios norteadores, que justifiquem a escolha do Judiciário como instância única de análise da matéria.

Ou mesmo, em assim não se constatando, chegarmos à conclusão de ser real, conforme deixa expressa a Organização Mundial de Saúde em “considerando” da Resolução CSP 29.R9, a prática em alguns países de utilizar o sistema jurídico para solicitar que as autoridades sanitárias assegurem o acesso a tecnologias em saúde, sem ser comprovada sua efetividade ou sem uma avaliação comparativa prévia com as tecnologias já oferecidas pelo sistema.

¹ Sobre esses dados, e apontando uma análise crítica desses desafios da Justiça Administrativa na América Latina, notadamente com o deslocamento da discussão de matérias para o campo do Judiciário como reflexo de uma realidade em que as autoridades administrativas não cumprem seus deveres por falta de infraestrutura suficiente para harmonizar o princípio da legalidade (associado à supremacia dos direitos fundamentais) com o princípio administrativo da subordinação hierárquica (PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v.4, n.1, p. 167-205, jan./abr. 2017).

² Importante estudo de casos foi realizado por Sandra Gonçalves Gomes Lima, em sua dissertação de Mestrado, na Fiocruz, ao apontar que, no período estudado, que corresponde desde a criação da CONITEC a agosto de 2014, a Comissão recebeu 332 demandas para análise. Na solicitação de demandas submetidas à CONITEC por demandante, temos, entre 01/01/2012 e 22/08/2014, 3 (0,9%) por associação de pacientes, 2 (0,6%) por hospital privado, 131 (39,5%) por indústria, 1 (0,3%) por instituição de ensino superior, 1 (0,3%) por pessoa física, 8 (2,4%) pelo Poder Judiciário (conforme nota da autora, Poder Judiciário compreende Advocacia Geral da União, Defensoria Pública da União, Justiça Federal, Ministério Público Federal), 129 (38,9%) pela SAS/MS- Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, 13 (3,9%) pela SCTIE/MS- Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, 12 (3,6%) pela SVS/MS — Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, 15 (4,5%) pela SES — Secretarias Estaduais de Saúde e finalmente, 17 (5,1%) pela Sociedade/Associação Científica. Nesse sentido, LIMA, Sandra Gonçalves Gomes. *O processo de incorporação de tecnologias em oncologia no SUS: análise da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde — Conitec*. 2015. Dissertação (Mestrado) — Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2015.

Uma possível solução é a reestruturação do atual modelo de gestão pública da saúde, o qual precisa ter aptidão para evitar ou para compor, por si mesmo, os conflitos entre pacientes e autoridades e, em consequência, desestimular as demandas judiciais, principalmente as de caráter repetitivo.³

O fato é que, no Brasil, apesar de existir legislação prevendo o procedimento administrativo de incorporação de tecnologia no SUS, essa é vista com desconfiança pela população e pelo próprio Judiciário.

Ao mesmo tempo, conforme estudo de Ricardo Perlingeiro,⁴ no que concerne aos processos judiciais envolvendo autoridades administrativas, as insatisfações partem de todos os lados. Os interessados reclamam da morosidade e da falta de efetividade das decisões judiciais, notadamente quanto à sua qualidade e à execução forçada de decisões e medidas cautelares contra autoridades públicas. Por outro lado, as autoridades alegam que os juízes interferem nos Poderes Discricionários, com ofensa ao princípio da separação de Poderes, e proferem decisões sem considerar que as autoridades administrativas devem observar a necessidade de tratamento igualitário em relação a todos os interessados, ainda que não sejam demandantes judiciais.

Faz-se igualmente necessário assinalar, para fins de melhor entendimento da legislação e doutrina brasileiras, que de forma diferenciada do que ocorre com outros países, no Brasil, utiliza-se a expressão “processo administrativo extrajudicial” para se referir ao que o restante da legislação latino-americana denomina “procedimento administrativo”, valendo-se da expressão “processo judicial” para referir-se ao processo jurisdicional, que, aqui, é sempre judicial, das causas de direito administrativo.⁵

Contudo, o artigo, em consonância com a doutrina internacional, utilizará a expressão processo administrativo para o processo sobre causas de direito administrativo que corre perante órgãos judiciais e procedimento administrativo para as causas de direito administrativo perante autoridades administrativas, sem aptidão de gerar jurisdição, portanto.

2 O direito à saúde e o princípio da integralidade

O direito à saúde deve ser classificado não só como direito social, mas igualmente como fundamental e humano.

Apesar de o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto de São José da Costa Rica) disciplinar o caráter programático do direito à saúde, no Brasil, pelo avanço da legislação e jurispru-

³ PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? *Revista Acadêmica — Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 86, n. 2, p. 5, jul/dez. 2014.

⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? (Administrative Due Process of Law and Effective Judicial Protection: A New Perspective?). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2511545>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

⁵ PERLINGEIRO, Ricardo (Coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Regional Federal EMARF, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2911697>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

dência, deve ter aplicabilidade imediata.

Também, verifica-se como um avanço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Jorge Odir Miranda Cortez, Caso de nº 12.249, *Informe de admisibilidad* nº 27/01,⁶ reconheceu a omissão do Estado de El Salvador em fornecer medicamentos e tratamentos gratuitos para pessoas portadoras do vírus HIV, favorecendo o desenvolvimento de políticas voltadas ao tratamento da doença.

Por sua vez, o art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de São Salvador) prevê especificamente que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, e dentre outras medidas para garantir o direito, a extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado.

Na jurisprudência brasileira, no sentido de considerar o direito à saúde como direito fundamental, há inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal, sendo de relevância destacar a realização de audiência pública, na qual se ouviram especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para tratar do tema da saúde. No caso específico da audiência pública da saúde, ficou clara a sua expressão política, de ser norte não só para os magistrados, com a construção de um padrão de julgamento, mas para criação e efetivação de políticas públicas, por força de uma conduta ativa do Judiciário.

Como resultado dessa audiência, surgiu a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, aos Tribunais, sugerindo: a) realização de convênios médicos e farmacêuticos para a realização de apoio técnico aos Magistrados; b) que sejam evitadas decisões concessivas de tratamento experimentais ou medicamentos ainda não autorizados pela ANVISA; c) realização de pesquisa prévia junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas, para informação acerca da regularidade das pesquisas realizadas, bem como a consideração da responsabilidade dos laboratórios na continuidade dos tratamentos; d) oitiva, prévia à prolação das decisões, dos gestores das políticas públicas, bem como o empenho no sentido de uma maior interação com o setor público, na promoção de visitas dos Magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, e às Unidades de Saúde Pública ou conveniadas ao SUS; e) seja considerada nas decisões a legislação sanitária, bem como sua inclusão na grade de formação dos cursos de Magistratura e concursos públicos.

Nesse meio tempo foram julgadas suspensões de tutela antecipada, números 175 e 178, pelo STF⁷, também usando como norte as linhas traçadas na Recomendação nº 31

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Jorge Odir Miranda Cortez e outros*, nº 12.249, Costa Rica, 20 de março de 2009. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/ElSalvador12249.sp.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 175/CE, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJE nº 182, divulgado em 25/09/2009, da decisão de 18/09/2009, confirmada por acórdão do Tribunal Pleno, data de publicação DJE 30/04/2010, ata nº 12/2010, DJE nº 76, divulgado em 29/04/2010; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 178/DE, Relator

do CNJ, quando, solidificando jurisprudência anterior, o Tribunal veio confirmar o direito à saúde como fundamental, mas sem desconsiderar o seu caráter de direito transindividual⁸ e, portanto, nesse sentido, o direito à saúde seria dotado de natureza híbrida.⁹

O direito à saúde pode ser encarado sob esse prisma, com enfoque tanto subjetivo como transindividual. O primeiro enfoque é de fácil percepção, uma vez que cada um tem assegurado, inclusive constitucionalmente, pelo ordenamento, o direito de ser beneficiado por políticas públicas que visem à proteção de sua saúde. O segundo enfoque, por vezes esquecido, apesar de expressamente previsto pela Constituição Federal do Brasil, é o de que o Sistema Único de Saúde deve ter um alcance universal, ou seja, deve assegurar a todos que dele possam precisar uma igualdade de tratamento, o que implica não haver privilégio de um em detrimento de todos.¹⁰

A classificação do direito social como fundamental permite que, na ausência ou insuficiência da política pública apresentada, ou mesmo na falta de cumprimento da já estabelecida, possa o cidadão individualmente ou mesmo o legitimado extraordinário ajuizar ação pleiteando o correto fornecimento da prestação do serviço.¹¹

Ministro Presidente Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJE nº 182, divulgado em 25/09/2009, decisão de 18/09/2009.

⁸ Importante mencionar que apesar de o Recurso Extraordinário autuado sob o nº 566.417/RN, que discute a questão da necessidade de fornecimento de medicamento ou não conforme listas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde, ter sido afetado como de repercussão geral ainda em 2007, até o presente momento não houve julgamento pelo Pleno.

⁹ Conforme afirma o saudoso Teori Albino Zavascki, há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato, nem sempre se manifestando os conceitos de modo claro no plano da realidade. Sustenta, nesse sentido, que quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser sumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes e nem submetidas aos padrões conceituais preestabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente nos planos dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47-48).

¹⁰ Roger Raupp Rios, em artigo publicado na Revista de Doutrina 4ª Região, “Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos”, vem catalogar o direito à saúde conforme o seguinte quadro, objetivando conjugar as dimensões do direito (objetiva e subjetiva), suas eficácias (originária e derivada) e a sua titularidade (individual e coletiva): o direito à saúde possuiria dimensão objetiva e subjetiva, tendo a última titularidade individual e transindividual. Posiciona-se, assim, no sentido de que esse panorama reafirmaria a dupla condição do direito à saúde como direito individual e direito coletivo, tendo esta constatação especial relevância em face de demandas objetivando o direito ao fornecimento do medicamento pelo SUS (RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 31, ago. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html>. Acesso em: 11 ago. 2017)

¹¹ No sentido de considerar o direito à saúde como fundamental, ver BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de

Afirmar ser o direito à saúde fundamental não leva, todavia, à obrigação de o Estado fornecer qualquer tipo de medicamento/tratamento, sob o risco de também virmos a prejudicar o mesmo direito fundamental dos demais indivíduos.¹²

Ao se cuidar das ações judiciais de saúde, a primeira pergunta que importa a ser feita é — existe política estatal que abranja a prestação pleiteada? Em sendo a resposta sim, então o direito subjetivo à saúde seria evidente, não afetando a decisão a sua dimensão transindividual.

Entretanto, sendo a resposta negativa, cuida-se de ação que possivelmente afetará as escolhas feitas pela política pública vigente, com potencialidade de provocação de efeitos no direito transindividual. Nessa última situação, deve-se questionar se a inexistência de política decorreria de: a) omissão legal ou administrativa; b) decisão de não fornecer a prestação pleiteada; c) vedação legal.¹³

Isso porque, se o sistema de saúde não tem tratamento específico para determinada patologia, podem estar ocorrendo duas situações: (i) tratamentos puramente experimentais; (ii) novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, sendo, nesse caso, imprescindível a ampla produção de provas.

Por sua vez, o direito à saúde, essencialmente ligado ao direito à vida, também deve, além de direito fundamental, ser classificado como humano.

A diferença básica seria que enquanto os direitos humanos seriam transfronteiriços, por representarem valores superiores mínimos a serem alcançados, pelos Estados, na proteção do homem, estando associados à ideia de dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais seriam valores já positivados pelas Cartas de cada Estado.

Muitos fatores contribuíram para o reconhecimento da saúde como direito humano fundamental, podendo-se citar: a criação da Organização das Nações Unidas de 1945 e posterior elaboração da Constituição da Organização Mundial de Saúde, em 22 de julho de 1946, na cidade de Nova Iorque, a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 25, item 1), de 1948, assinada pelo Brasil, em 10 de dezembro de 1948, assim como o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966, ratificado pelo Brasil so-

medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Conjur*, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017; CIARLINI, Alvaro Luis de A.S. *Direito à saúde- paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013; PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.41, p. 184-203, jul/dez 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9.ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

¹² Sobre o assunto, AFFONSO, Flavia Martins. Da Natureza Híbrida do Direito à Saúde e Necessidade de Pluralização do Debate Judicial como Meio de Efetivação desse Direito. *Revista da AGU*, Brasília, ano XII, n. 35, p. 8, 2013.

¹³ Haveria vedação legal em caso de medicamentos não registrados na ANVISA, conforme legislação brasileira (art. 200, inciso I, da Constituição; arts. 1º, 2º, 10, 12, 76 e 77 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976; art. 6º, inciso I, “a”, e inciso VI, da Lei nº 8.080/1990; arts. 7º e 8º, §1º, inciso I, e §5º, da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999; e, por fim, o art. 19-T, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, introduzido pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011).

mente em 24 de janeiro de 1992, o reconhecimento da saúde como direito no Brasil, na Constituição de 1988, tanto no art. 6º, como no Capítulo II do Título VIII que trata da Ordem Social, especialmente Seção II, que cuida especificamente da Saúde, nos seus artigos 196 a 200.

No que diz respeito à garantia à saúde, então, verificamos que, enquanto envolve uma carga valorativa forte, correspondente a princípio, sendo, pelo menos na realidade do Brasil, senso comum afirmar que um indivíduo deve ter assegurado o direito à saúde, necessária, porém, regra legal, sob consequência de não se criar organização e condição econômica para a fruição do direito, que venha definir o que vem ser a tal integralidade prevista no art. 198, II da Constituição (atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas em prejuízo dos serviços assistenciais).

Com o objetivo de definir esse alcance, a Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, definiu o conceito de integralidade nos seus artigos 19-M e 19-P, limitando-o ao previsto em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou ainda, de forma suplementar, com base nas listas de medicamentos dos gestores estaduais ou municipais do SUS.¹⁴

Sendo o acesso a medicamentos uma questão central da assistência farmacêutica prestada pelo SUS, é preciso discutir e definir de que acesso se está falando. Deve ser ilimitado, mesmo que envolva medicamentos experimentais, sem registro no Brasil, sem comprovação científica de eficácia e eficiência? Ser um acesso tecnicamente parametrizado, considerando que, ao mesmo tempo em que o medicamento é importante insumo na atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada?

Em maio de 2007, os Estados Membros da OMS, participando da Assembleia Mundial de Saúde, com o apoio do Brasil, adotaram a Resolução 60.16 sobre o Progresso no

¹⁴ O bloco de Assistência Farmacêutica subdivide-se em três componentes: 1 — Atenção Básica; 2 — Especializados; 3 — Estratégicos. O Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos e a financiar agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica. Por sua vez, o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, antigo Componente de Dispensação Excepcional, é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados pelo Ministério da Saúde. Já, no que diz respeito ao Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica, são considerados estratégicos todos os medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que possuam impacto socioeconômico. Por fim, no que diz respeito aos medicamentos oncológicos, por regra, o Ministério da Saúde e as secretarias de saúde não fornecem diretamente medicamentos para o tratamento de câncer. Quando para uso oncológico, o fornecimento de medicamentos não se dá por meio de programas de medicamentos do SUS, não existindo uma listagem de medicamentos a ser observada, sendo de livre indicação pelos CACONs (Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia) e UNACONs (Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia). O que existe é recomendação do bom procedimento, dado pelos Protocolos Médicos.

Uso Racional do Medicamento¹⁵, que solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do “Uso Racional do Medicamento”, inspirado nos princípios da Medicina Baseada em Evidências — MBE, na ética profissional da atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos procedimentos institucionais.

O Uso Racional de Medicamentos pressupõe uma visão crítica do arsenal terapêutico disponível e parte do princípio que o paciente deve receber o medicamento apropriado para suas necessidades clínicas, nas doses individualmente requeridas para um adequado período de tempo e a um baixo custo para ele e sua comunidade.

Com o objetivo de coibir que os protocolos, diretrizes e listas não contemplem a melhor tecnologia e uso racional dos medicamentos, estabelece o art. 19-P que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC),¹⁶ regulamentada por meio do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, levará em conta, necessariamente: (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

3 Dos princípios e deveres procedimentais necessários ao devido procedimento de incorporação de tecnologia

As tecnologias em saúde (medicamentos, produtos para saúde, procedimentos, sistemas organizacionais, educacionais, de informação e de suporte e os programas e protocolos assistenciais) estão presentes desde a prevenção de doença até o tratamento e recuperação da saúde das pessoas.¹⁷

Pelo método de pesquisa ATS- Avaliação de Tecnologias em Saúde,¹⁸ ao se proceder

¹⁵ A resolução 60.16 sobre o Uso Racional de Medicamentos da OMS pode ser encontrada na página da Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHASSA_WHA60-Rec1/E/reso-60-en.pdf#page=27>. Acesso em: 28 ago. 2017.

¹⁶ A CONITEC é órgão plural coordenado pelo Ministério da Saúde e formado por representantes não só do próprio Ministério, mas da Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA, além de um integrante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde, um pelo Conselho Federal de Medicina, um do Conselho Nacional de Secretários de Saúde — CONASS e um do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde — CONASEMS.

¹⁷ As referências são encontradas no Manual do Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Entendendo a incorporação de tecnologias em saúde no SUS: como se envolver*. Brasília: Ministério de Saúde, 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Guia_EnvolvimentoATS_web.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017).

¹⁸ A *International Network of Agencies for Health Technology Assessment* — INAHTA é uma rede de 52 agências de HTA que apoiam a tomada de decisão do sistema de saúde que afeta mais de 1 bilhão de pessoas em 33 países ao redor do globo. As informações são extraídas da página INAHTA. *HTA Tools & Resources*. Disponível em: <<http://www.inahta.org/hta-tools-resources/>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

a análise de uma tecnologia, a Administração Pública deve verificar a eficácia (como ele age no contexto de um estudo clínico, num contexto de condições ideais), a segurança (o quão capaz ele é de causar malefícios à saúde), efetividade (como ele age no contexto do mundo real) e o provável impacto social, organizacional, legal, ético e político do uso do medicamento.

Percebe-se, em uma análise comparativa, que países desenvolvidos que adotam um sistema público de saúde, como Austrália, Canadá e Reino Unido somente incorporam novos medicamentos, produtos e procedimentos, desde o final da década de 1980, se houver comprovação, por meio de evidência científica, que são melhores que as alternativas já disponíveis, em um custo aceitável para o país. No Brasil, somente com a Lei nº 12.401/2011 foi institucionalizada a ATS como critério indispensável para a tomada de decisão sobre a incorporação de tecnologia no SUS.¹⁹

A ATS é usada pela CONITEC para subsidiar suas análises referentes às solicitações de incorporação de tecnologias, conforme recomendação da Organização Mundial de Saúde- OMS, por meio da Resolução CSP 29.R9, elaborada na 28ª Conferência Sanitária Pan-Americana.²⁰

A conferência foi desdobramento da Agenda de Saúde das Américas 2008–2017, pela qual os ministros e secretários de Saúde reconheceram que os direitos humanos são parte dos princípios e valores inerentes à Agenda de Saúde e declararam que, a fim de concretizar o direito ao gozo do mais alto grau de saúde que se possa atingir, os países devem se empenhar em alcançar a universalidade, o acesso, a integridade, a qualidade e a inclusão nos sistemas de saúde, proporcionados para os indivíduos, famílias e comunidades.

Por esse ângulo, busca-se estabelecer um procedimento de incorporação de tecnologia que vise assegurar princípios como da imparcialidade, ampla participação, equidade, uma vez que não deve haver diferença na prestação de serviços de saúde em função de características sociais, demográficas ou geográficas.

A importância do procedimento administrativo prende-se ao fato de que quando o mesmo observa os direitos subjetivos dos administrados notadamente no que se refere aos princípios e deveres procedimentais, além de fortalecer a Administração Pública no que diz respeito às instâncias decisórias, dotadas de profissionais habilitados, reduz-se o excessivo quadro de demandas repetitivas no Judiciário, evitando que acumule funções não jurisdicionais, típicas de autoridades administrativas, o que prejudica inclusive o seu correto exercício da função jurisdicional.

De forma sucinta, podemos apontar que o procedimento de incorporação de tecnologia no Brasil se divide nas seguintes fases. A primeira delas, a postulatória, quan-

¹⁹ INAHTA. *HTA Tools & Resources*. Disponível em: <<http://www.inahta.org/hta-tools-resources/>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²⁰ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Rede de avaliação de tecnologias em Saúde das Américas discute os seus avanços e os desafios para integração do tema na região*. Brasília, set. 2013. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3293:red-e-avaliacao-tecnologias-saude-americas-discute-os-seus-avancos-os-desafios-integracao-tema-regiao&Itemid=455>. Acesso em: 22 ago. 2017.

do qualquer interessado poderá requerer a instauração do procedimento administrativo para incorporação, alteração ou exclusão pelo SUS de tecnologias em saúde, desde que apresente a documentação mínima obrigatória.

A fase seguinte, instrutória, prende-se à análise técnica adequada, realizada atualmente pela CONITEC, quanto às evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. Nesse momento, é chamada à participação a comunidade, pois é submetido o referido parecer à consulta pública. As contribuições e críticas resultantes da consulta pública serão analisadas pela CONITEC e, emitido relatório, o procedimento administrativo será submetido ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão.

Por último, é aberta a fase decisória, quando a mesma autoridade, antes de decidir, poderá solicitar realização de audiência pública, conforme a relevância da matéria. A partir da publicação da decisão sobre a incorporação, começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS. Da decisão do Secretário cabe recurso que deve ser dirigido à mesma autoridade que, caso não reconsidere sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias, o encaminhará de ofício ao Ministro de Estado da Saúde, instância máxima decisória em nível administrativo.

Analizando o procedimento de incorporação de tecnologia no que diz respeito aos princípios e deveres procedimentais, é importante se chamar à atenção quais devem ser os que devem estar presentes para fins de se assegurar os direitos subjetivos dos administrados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a cláusula da “tutela judicial efetiva” aplica-se aos tribunais e também às autoridades administrativas em dois níveis diferenciados, ao interpretar o disposto pela norma do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, no seguinte sentido: (i) conforme decidido no *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)*²¹, tratando-se de função materialmente jurisdicional exercida pelas próprias autoridades, ou seja, tratando-se de solução de conflito administrativo em caráter definitivo, e não sujeita a posterior revisão judicial, as autoridades públicas devem ser competentes, independentes, imparciais, previamente estabelecidas e atentas as garantias processuais; (ii) cuidando-se, porém, de uma função meramente executiva da Administração Pública ou de uma atuação equiparável a função executiva, como a solução de conflitos que possa ser revista plenamente por um órgão judicial, as autoridades devem observar o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos apenas o suficiente para evitar uma decisão administrativa arbitrária, sendo o decidido no caso *Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)*.²²

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Costa Rica, 6 de febrero de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros*

No Brasil, a revisão judicial é ampla, até em razão da consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição). Todavia, por adotar uma fórmula dos países vinculados a *Common Law*, como a maior parte da América Latina, com Cortes sem especialização e, portanto, generalista, há a exigência de observância do “princípio do devido processo legal administrativo” dentro da estrutura da Administração Pública.²³

O devido processo legal administrativo perante autoridades administrativas, como condição prévia ao início dos efeitos de uma decisão administrativa restritiva de direitos individuais, aparece, conforme estudo de Ricardo Perlingeiro, não só na Constituição do Brasil (art. 5º, incisos LIV e LV), como na Colômbia, no Equador, na Nicarágua, República Dominicana e na Venezuela, assim como nas leis da Argentina, Bolívia, Peru e Uruguai. Aponta também o professor, contudo, que tal garantia processual, na esfera administrativa, e, portanto extrajudicial, não está efetivamente implementada, uma vez que a realidade cultural europeia-continental das Administrações Públicas latino-americanas não é condizente com uma perspectiva de autoridades especializadas, independentes ou quase-independentes, típicas do direito administrativo nos países de *Common Law*.²⁴

O art. 37 da Constituição Federal do Brasil prevê que, além dos princípios da legalidade e impessoalidade, devem ser prestigiados os princípios da moralidade, publicidade e eficiência e, por sua vez, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, estipula que qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades da administração direta e indireta, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

Os avanços legislativos apenas corroboram o fato de que o acesso à informação e transparência, pressuposto para uma real participação dos afetados, são princípios correlatos ao devido processo legal administrativo.

Oswaldo Alfredo Gasaíni prevê as seguintes garantias mínimas como asseguradas pelo devido processo legal²⁵: (i) Direito ao processo com todas as garantias, onde estaria incluído o direito de ser julgado por um tribunal previamente estabelecido; a plena observância das formalidades essenciais do procedimento, o que permitiria garantir o princípio da igualdade no processo, tanto de oportunidades (cada parte tenha idêntica possibilidade de alegação e prova) e econômico (a maior fortuna de um não reduza os direitos do outro), assim como uma sentença fundamentada, e de recorrer contra ela; o direito a um juiz independente e imparcial; (ii) Autoridade do juiz e imparcialidade; (iii) Direito a um processo rápido, simples e eficaz.

vs. Chile, Costa Rica, 19 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

²³ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v.4, n. 1, p. 182-186, jan./abr. 2017.

²⁴ Ibidem.

²⁵ GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 7, 2002. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard2.htm>>. Acesso em: 24 set. 2016.

Impõe-se analisar se os princípios acima mencionados restaram apreciados na previsão normativa do procedimento de incorporação de tecnologia na CONITEC, especialmente a celeridade, efetiva independência da autoridade com poder de decisão, pedido de reconsideração e recurso contra a decisão inicial perante a mesma autoridade, possibilidade de efetiva e ampla participação, observância do princípio da transparência e observância do princípio da equidade.

a) Princípio da equidade:

No que diz respeito ao princípio da equidade, demonstra-se intuitiva a afirmação de que uma decisão proferida em âmbito coletivo, na seara administrativa, tem possibilidade de melhor atendê-lo do que inúmeras demandas individuais ajuizadas, de forma pulverizada, que levarão a entendimentos diversos a depender do julgador da ação.

Abordar o direito à saúde, na forma de política pública, pressupõe igual consideração à saúde de todos, o que se traduziria no princípio da universalidade (art. 196, *caput*, da Constituição) no âmbito do Sistema Único de Saúde. Pelo princípio da universalidade, todos devem ter direito de acesso à saúde, independente de contribuírem para o sistema ou não.²⁶

A decisão proferida na seara administrativa goza de efeitos transindividuais. Ademais, a ampla legitimação para o pedido de incorporação de tecnologia assim como a abertura para consulta pública confere a oportunidade de ampla participação dos interessados.

b) Princípio da transparência:

Também se verifica de fundamental importância a observância do princípio da transparência como possibilidade de real participação e controle social, não só da decisão administrativa como do próprio procedimento administrativo.

Para o método da ATS, descrito acima, a transparência é tão importante quanto o uso de métodos científicos e deve fundamentar todo o procedimento, desde a organização e operação do programa até a conclusão da avaliação da evidência. A transparência não deixa de ser uma forma de condicionar à aceitação, pelas partes interessadas, da metodologia científica usada para obter os resultados ou mesmo se os processos de produção foram justos ou conhecidos.

²⁶ A partir da década de 30 do século passado, há a estruturação básica do sistema de saúde, que passa a também realizar ações curativas, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos de Previdência — IAPs. Contudo, a saúde não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência. Durante o regime militar, os IAPs foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social- INPS, do Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Com esse sistema, todo trabalhador urbano com carteira assinada seria seu contribuinte e beneficiário, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo da caridade pública.

Uma forma para evidenciar a transparência dos programas de ATS seria a publicação da descrição dos processos, dos relatórios de evidência e das decisões em sítio eletrônico; outra seria a condução das deliberações em reuniões públicas. Contudo, a transparência somente tem sentido com a permissão da ampla participação.²⁷

Como exemplos de agências de incorporação de tecnologia que usam a ATS e que conduzem suas deliberações em reuniões públicas, podemos citar a CMS-MEDCAC, OREGON HRC, WA-HTA E MN HASC (Estados Unidos) e NICE (Inglaterra). Também, para garantir a transparência e controle popular, costumam-se tornar públicos em seus sites os procedimentos de incorporação, desde as primeiras etapas do desenvolvimento de tópicos até as conclusões ou decisões finais. A NICE, por exemplo, produziu vários guias descrevendo os processos e métodos e avaliação das tecnologias e disponibilizou esses estudos publicamente em sua página na internet.²⁸

No que diz respeito à CONITEC, os relatórios de recomendação quanto à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias no SUS e os PCDT estão disponíveis para acesso público no sítio eletrônico da Comissão,²⁹ juntamente com as pautas e atas das reuniões do Plenário.

c) Possibilidade de efetiva e ampla participação:

No procedimento de incorporação brasileiro, temos os seguintes mecanismos de envolvimento do público nas decisões de incorporação de tecnologias em saúde: consultas públicas, audiências públicas, enquetes, participação de representantes de pacientes no plenário da CONITEC quando necessário, e informação acessível.

Com a consulta pública, principal mecanismo utilizado pela CONITEC, busca-se obter informações, opiniões e críticas da sociedade a respeito de determinado tema. Esse mecanismo visa dar publicidade e transparência e tem por objetivo ampliar a discussão sobre o assunto, para fins de embasar as decisões sobre formulação e definição de políticas públicas.

Para promover a participação da sociedade na tomada de decisão para a inclusão de medicamentos e outras tecnologias no SUS, a CONITEC disponibiliza suas recomendações em consulta pública por um prazo de 20 dias. Excepcionalmente, esse prazo pode ser reduzido para 10 dias em situações de urgência ou também pode ser aumentado.

Em cada relatório técnico da CONITEC constam informações sobre a tecnologia avaliada e as justificativas para recomendação inicial da CONITEC sobre a sua inclusão no SUS. Essa recomendação inicial pode ser favorável ou desfavorável à inclusão da tecnologia em questão.

²⁷ PINSON, N., THIELKE, A., & KING, V. *Health Technology Assessment*. Portland: Center for Evidence-based Policy, 2011. Disponível em: <<https://www.hca.wa.gov/assets/program/health-technology-assessment-public-rr-20110818.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (CONITEC). Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 28 maio 2017.

A partir 2015, iniciou-se a produção de relatórios para a sociedade, que são versões resumidas dos relatórios técnicos da CONITEC, elaborados numa linguagem simples, facilitando o entendimento do assunto em debate e o posicionamento do paciente e do público em geral; o que estimula a sua participação na avaliação de tecnologias em saúde que antecede a incorporação, exclusão ou alteração de medicamentos, produtos e procedimentos utilizados no SUS.

Após ler o relatório, os cidadãos podem emitir suas sugestões e comentários sobre a tecnologia avaliada, assim como sobre a recomendação inicial proferida pela CONITEC. Essas contribuições devem ser inseridas no formulário eletrônico disponível no portal da CONITEC.³⁰

A lei também prevê a realização de audiência pública, antes da tomada de decisão. A audiência pública deve buscar a transparência e ampla discussão, mas só ocorrerá se a relevância da matéria justificar o evento e deverá ser solicitada pelo Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde.

Assim, constata-se que a abertura do diálogo, no âmbito administrativo — inclusive com a possibilidade de manifestação livre da comunidade científica, por meio de consulta pública —, busca a aproximação da solução a um conceito de uma melhor verdade.

Na área da saúde, em razão das diversas variáveis, essa participação se mostra de suma importância para se chegar a uma mais correta decisão.

Como forma de se assegurar a efetiva participação, conforme exigência constitucional para o SUS, art. 198, inciso III, qualquer interessado poderá requerer a instauração do procedimento administrativo para incorporação, alteração ou exclusão pelo SUS de tecnologias em saúde e para constituição ou alteração de PCDT, na Secretaria-Executiva da CONITEC, para registro no Sistema Integrado de Protocolo e Arquivo do Ministério da Saúde (SIPAR),³¹ bastando que apresente os documentos necessários à discussão da incorporação.

Não sem surpresa o fato de que a norma vem sendo desconsiderada pelo Judiciário brasileiro, que nem mesmo estabelece o prévio requerimento administrativo como necessário para configurar o interesse processual de ação visando o fornecimento de medicamento fora das políticas públicas estabelecidas.

Ainda que se leve em consideração a questão das medidas antecipatórias em razão do caráter urgente da medida, não caberia a desconsideração da existência de uma instância administrativa responsável pela análise de incorporação ou não de determinado fármaco no SUS.

³⁰ Existem três modelos diferentes de formulários disponíveis para consulta no site da CONITEC: (1) formulário de experiência ou opinião: para considerações sobre experiências práticas com a doença ou a tecnologia em questão, provenientes tanto de pacientes, cuidadores, amigos, familiares ou profissionais de saúde; (2) formulário de contribuição técnico-científica: para considerações sobre o relatório técnico-científico, para opinar e adicionar novas informações técnicas provenientes de estudos, livros técnicos, etc; (3) formulário de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT): formulário específico para cada tema, cujo objetivo é registrar a opinião de pacientes, cuidadores ou responsáveis pelo paciente, para compreender o que, na sua perspectiva, é fundamental estar contemplado num protocolo de cuidado para a sua condição.

³¹ Art. 26, Portaria GM nº 2.009/2012, do Ministério da Saúde.

d) Pedido de reconsideração e recurso contra a decisão inicial perante outra autoridade que não emitiu a decisão:

No procedimento administrativo de incorporação de tecnologia no âmbito da CONITEC, caberá a apresentação de recurso, sem efeito suspensivo, da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos para a mesma autoridade, e caso não reconsiderada a decisão, para o Ministro da Saúde, instância máxima decisória em nível administrativo, que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida.³²

Nesse ponto, deficiente a legislação, pois, além de o Parecer do Plenário da CONITEC não ser vinculante ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde e nem ao Ministro de Estado, essas autoridades, que possuem a palavra final a respeito da incorporação ou não de uma determinada tecnologia no SUS, ocupam cargos comissionados de livre nomeação.

Ademais, a previsão de recurso seria para essas mesmas autoridades, primeiramente para a própria pessoa que emitiu a decisão, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, e depois para o Ministro de Saúde, e nem mesmo falamos de um órgão colegiado.

Em caso de ter sido denegatória a decisão, instalou-se um conflito entre o interesse público e privado. Não há lógica em ser decidido pela mesma autoridade que proferiu a decisão, ou mesmo por outra autoridade com vínculo hierárquico, sem oferecer ao requerente uma efetiva chance de análise do pedido.³³

e) Efetiva independência da autoridade com poder de decisão:

No procedimento de incorporação de tecnologia brasileiro, ambas as autoridades com poder de decisão não possuem estabilidade, sendo o cargo ocupado de livre nomeação e exoneração.

A assertiva se torna mais problemática em razão de o parecer exarado pelo órgão colegiado técnico não ser vinculante a essas autoridades, que podem decidir de forma contrária.

Verifica-se, nesse ponto, risco sério de lesão aos princípios da independência, pois em nada adianta garantir na CONITEC uma isenção quando quem realmente decide não possui qualquer proteção contra qualquer tipo de pressão de diversa natureza.

Também, devemos questionar qual tipo de legitimidade possui uma decisão a respeito da incorporação de tecnologia que contrarie o Parecer da CONITEC, dotado de concei-

³² Arts. 26 e 27 do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011.

³³ PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? (Administrative Due Process of Law and Effective Judicial Protection: A New Perspective?). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 304, jan. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2511545>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

tos eminentemente técnicos, sendo que não representa requisito para nomeação como Secretário ou Ministro de Saúde ser conhecedor da área, mas mero cargo político.

Ultrapassada a questão prejudicial da necessidade de vinculação do Parecer da CONITEC, é preciso, ainda, que os próprios membros da CONITEC responsáveis pelo Parecer gozem de autonomia e independência. Assim, diante desse fato, devemos perquirir como se dá a forma de escolha de seus membros, que tipos de garantias possuiriam e como ocorreria a forma de nomeação.

Tais questionamentos se mostram de grande importância até em razão da carga de pressão que passarão a sofrer esses profissionais, quando corretamente a sociedade der a devida importância ao procedimento de incorporação de tecnologia pela CONITEC.

Nesse sentido, os membros da CONITEC ou deveriam ser servidores de carreira, ou gozarem de mandato fixo. A livre substituição a qualquer tempo pode representar uma fragilidade da garantia de seus membros, e não há que se falar que uma mera declaração de impedimento de votação na hipótese de conflito de interesse na matéria a ser deliberada asseguraria a sua independência.

Não sem relevância a preocupação, isso porque, como demonstra o censo feito pelo CREMESP, em 2010, com médicos do Estado de São Paulo: 93% dos médicos paulistas afirmaram ter recebido produtos e benefícios da indústria considerados de pequeno valor nos últimos 12 meses; 80% recebiam regularmente visita de propagandistas dos laboratórios; 33% souberam ou presenciaram recebimento de comissão por indicação de medicamento, órtese e prótese; 74% declararam que presenciaram ou receberam alguns benefícios da indústria ainda durante os seis anos do curso de Medicina.³⁴

f) Da necessária celeridade do procedimento:

Por fim, de nada adianta a existência de procedimento administrativo, se o mesmo não se mostrar célere. Não estaríamos respeitando o devido processo legal administrativo, igualmente.

Por esse motivo, o Decreto nº 7646/2011, em seu art. 24, estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o requerimento, admitida a sua prorrogação por noventa dias, quando as circunstâncias exigirem, para a conclusão do procedimento administrativo.

Não observado o prazo estabelecido, resta clara omissão da Administração Pública, o que configura interesse processual no ajuizamento da ação.

A partir da publicação da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no Diário Oficial da União³⁵, começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS.

³⁴ LEMES, Conceição. Médicos reprovam acordo do Conselho Federal com indústria farmacêutica. *Viomundo*, São Paulo, 22 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/medicos-reprovam-acordo-do-cfm-com-a-industria-farmaceutica.html>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁵ Art. 23 do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011.

4 Considerações finais

Muito se fala sobre o excesso de judicialização de demandas de saúde no Brasil. É fato, porém, que desde 2011 existe uma legislação específica a respeito do procedimento administrativo de incorporação de tecnologia no Sistema Único de Saúde, incapaz de reduzir esse número de demandas individuais.

Essa legislação prevê e regula a CONITEC, que tem por competência assessorar o Ministério da Saúde na incorporação de tecnologia, em observância da Medicina Baseada em Evidências — MBE.

Qualquer interessado pode apresentar requerimento de análise à Comissão. O demandante, porém, deverá apresentar à CONITEC os estudos de eficácia, efetividade, segurança, avaliação econômica e de impacto orçamentário, para avaliar a incorporação de nova tecnologia.

Infelizmente, em vez de os órgãos legitimados extraordinariamente e Judiciário atuarem na fiscalização desse procedimento administrativo de incorporação de tecnologia, prefere-se uma postura de ignorar a existência da estrutura administrativa, deslocando-se a discussão a respeito das políticas públicas do Executivo para o Judiciário.

Entretanto, quando da análise das ações ajuizadas, impõe-se questionar se haveria legitimidade de o Judiciário, de forma não suficientemente fundamentada, substituir uma prognose técnica³⁶ sem a devida preocupação com as balizas básicas de eficácia, efetividade, segurança e custo.

Questiona-se também se haveria interesse processual no ajuizamento da ação individual, quando o interessado nem mesmo provocou a CONITEC, que possui prazo para término do procedimento em 180 dias.

Assim, os esforços devem ser no fortalecimento das instâncias administrativas já existentes de decisão, notadamente no que diz respeito aos direitos subjetivos dos administrados de participação, celeridade, transparência, impessoalidade e independência das autoridades administrativas.

Quanto ao procedimento de incorporação de tecnologia no âmbito do SUS, pode-se afirmar que os princípios da participação, transparência, celeridade e capacidade técnica estão sendo observados.

Preocupação ocorre quando da verificação do princípio da independência, pois além de o parecer técnico da CONITEC não ser vinculante para a autoridade administrativa que decide pela incorporação da tecnologia, a mesma não possui estabilidade, sendo seu cargo de livre admissão/exoneração.

³⁶ AFFONSO, Flavia Martins. O Conceito Indeterminado de Prognose e a Lei 12.401/2011. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 12, p. 13.219-13.251, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13219_13251.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2017.

Também, o fato de o recurso da decisão de indeferimento ser para a mesma autoridade que assim entendeu por seu indeferimento, ou pela autoridade superior hierárquica não favorece o pleno exercício da ampla defesa.

O que não se mostra razoável, porém, é o descredenciamento da existência de um procedimento administrativo de incorporação de tecnologia, e ainda termos um quadro de excessivo número de ajuizamento de ações individuais pleiteando medicamentos não previstos nas políticas públicas estabelecidas.

O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

(PUBLIC ADMINISTRATIVE AUTHORITIES' COMPLIANCE
WITH COURT JUDGEMENTS)

Lívia Pitelli Zamarian*

Resumo A jurisdição administrativa no Brasil tem sido substancialmente relegada ao Poder Judiciário que assumiu o protagonismo na proteção de direitos individuais que competiriam primordialmente à administração pública. As decisões judiciais fixam os parâmetros para a concretização desses direitos que devem ser implementados pelo administrador público, mas cuja execução nem sempre tem atingido um resultado eficaz ou tempestivo. O trabalho busca identificar os fatores do procedimento administrativo interno para cumprimento de tais decisões responsáveis pela débil proteção de direitos e perpassa pela insuficiência de recurso e estrutura administrativa; recalcitrância do administrador; e a imperfeição das decisões no resguardo do direito público.

Palavras-chave: cumprimento de sentença; Administração Pública; jurisdição administrativa; direito público; recalcitrância administrativa.

Abstract Administrative justice in Brazil has been substantially assigned to the Judiciary Branch, which has taken on a lead role in protecting individual rights that were originally tended to fall within the jurisdiction of the public administrative authorities. The judicial decisions define the parameters for the realization of the rights that are to be implemented by the public administrative authorities, but such decisions are not always enforced in an effective or timely manner. This study endeavors to identify the aspects of internal administrative procedure that are responsible for inadequate compliance with such decisions, resulting in weak protection of rights. Such factors include insufficient administrative resources and structures, reluctance of civil servants, and the deficiencies of the decisions with respect to public law.

Keywords: compliance with judgements; public administrative authorities; administrative justice; public law; administrative reluctance.

Sumário 1 Introdução. 2 O Modelo Brasileiro de Jurisdição Administrativa. 3 O Protagonismo do Judiciário. 4 O procedimento administrativo para o cumprimento de decisões judiciais. 5 O cumprimento forçado das decisões. 6 As decisões judiciais para demandas individuais de direito público. 7 Considerações Finais.

* ✉ Lívia Pitelli Zamarian, liviapzamarian@hotmail.com

Professora assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Currículo em: <http://lattes.cnpq.br/0207380938984292>.

1 Introdução

É função primordial da Administração Pública concretizar direitos individuais — função que, no Brasil, todavia, ante a inércia e ineficiência administrativa, tem sido exigida por medida judicial, com a propagada “judicialização de políticas públicas”. O cumprimento das decisões judiciais exige, contudo, um movimento reverso, de retorno da tutela jurisdicional deferida ao seio da Administração, que deverá implementar os direitos exigidos nos termos da decisão judicial.

O objetivo deste trabalho é esmiuçar o procedimento administrativo a ser seguido pela autoridade ou entidade quando recebe uma ordem judicial que condena a Administração Pública a determinada prestação, buscando identificar razões da frequente ineficácia responsável pela débil proteção de direitos.

Para tanto, inicialmente buscam-se compreender as raízes do modelo brasileiro de jurisdição adotado, como fator essencial à transferência de tais demandas ao Judiciário e as características da prestação jurisdicional nessa seara, para só então analisarem-se as exigências do procedimento interno para o cumprimento de tais decisões. Os pontos nodais da investigação crítica centram-se na análise de existência de liberdade e autonomia do administrador; na verificação da recalcitrância e possível cumprimento forçado da decisão imposto com medidas coercitivas pela autoridade judiciária; e na suficiência do conteúdo das decisões para a proteção de direitos num viés público.

2 O Modelo Brasileiro de Jurisdição Administrativa

No âmbito da “jurisdição administrativa”,¹ desde a primeira Constituição da República, em 1891,² o Brasil formalmente adota o modelo monista inglês de jurisdição única, no qual todos os litígios, inclusive os de natureza administrativa, podem ser resolvidos ou revisados pelo Poder Judiciário,³ único detentor da jurisdição generalista, com força de coisa julgada, em sentido próprio.

O modelo oriundo do *common law* foi importado, todavia, sem qualquer contextualização à tradição *civil law* e nem mesmo acompanhou a evolução no EUA, onde mais recentemente a jurisdição passou a ser compartilhada com o Executivo, que a exerce de forma mais intensa por meio dos “*quase-judicial bodies*”, autoridades com grande dose de independência, com as garantias do devido processo legal, relegando a revisão judicial

¹ Expressão cunhada no Projeto Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, ano 2008, conforme PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 7, maio/ago. 2012.

² A adesão ao sistema monista poder ser atribuída à influência norte-americana no país, e veio implícita na Constituição da República, em 1891, que, em seu art. 60, atribuiu competência ao Poder Judiciário para revisão de atos administrativos, mais especificamente à Justiça Federal para o julgamento das causas fazendárias.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

a excepcionais casos de ferimento da razoabilidade.⁴ A importação de experiências do direito comparado, aliás, é uma dificuldade recorrente no Direito.⁵ O empréstimo de institutos sem qualquer reflexão ou adaptação traz o risco de desvirtuamento, já que, como alerta René David “o equilíbrio entre interesses opostos e a regulamentação da justiça que o direito se propõe realizar podem, em direitos diferentes, ser obtidos por vias diversas”.⁶ Essa necessária compatibilização é um trabalho árduo, e não são raras as situações em que o Direito brasileiro é acusado de nela falhar.⁷

Tal dificuldade refletiu no Brasil, assim como em grande parte dos países da América Latina, que permaneceu atrelado a resquícios da técnica do direito europeu continental,⁸ mas também absorveu a influência do modelo dualista francês⁹ e resguardou o amplo poder de revisão dos atos da Administração. Isso culminou em um modelo peculiar brasileiro: embora prevalentemente de jurisdição única, com controle dos atos em regra pelo Poder Judiciário generalista, essa revisão não foi limitada e inseriu-se do modelo francês a liberdade plena de acesso, garantida já na Constituição de 1946,¹⁰ por influência de Weimar, e hoje reiterada pela vigente Constituição cidadã de 1988, em seu art. 5º, XXXV.

O resultado da mistura de ambos os modelos aliado à falta da necessária compatibilização resultou em uma Administração cuja atuação foi muito restringida, e ficou mais centrada em decisões, que não fazem coisa julgada, já que podem ser revistas pelo Judiciário, de processos administrativos disciplinares e recursos hierárquicos.

⁴ Nesse sentido, ver PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influencia norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr.2015.

⁵ A história muitas vezes é tratada com “condescendente desdém” por aqueles que se ocupam apenas do direito positivo (PAGE, Henri de. *Traité de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles: E. Bruylant, 1942. p. 806), desmerecendo a função do direito comparado de esclarecer os juristas sobre a função e significados de institutos, como também, permitir-lhe aperfeiçoar seu direito interno, libertando-os da rotina.

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Herminio A. Carvalho. 4.ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.16-18.

⁷ Essa é a crítica também dirigida, por exemplo, à adoção de um sistema de valorização de precedentes no direito brasileiro por grande parte da doutrina, dentre outros por: Luiz Guilherme Marinoni, Lênio Luiz Streck & Georges Abboud e Maurício Ramires (ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isso: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 e RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

⁸ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2004.

⁹ Na dualidade de jurisdição, ou sistema do contencioso administrativo, a jurisdição administrativa é exercida por tribunais especializados, não integrantes do Poder Judiciário, que detém amplo poder de revisão de todo ato da Administração, de forma exclusiva, salvo parcas exceções como o controle de atividades estatais de cunho privado, as ações de capacidade e estado das pessoas, discussões de propriedade privada e repressão penal, dentre outras especificadas em lei.

¹⁰ “A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judicial qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4º da Constituição do Brasil (1946)).

A situação atual permite identificar no país os dois extremos dos modelos jurídicos delineados por Perlingeiro: uma *duplicidade de jurisdições* nos poucos casos em que há tanto autoridades públicas como tribunais judiciais independentes especializados e com poder amplo de revisão,¹¹ “o que representa aumento de gastos, insegurança e demora na solução dos conflitos”; que coexistem com uma total *ausência de jurisdição*, muito mais forte no país, marcada pela quase que generalizada inexistência de autoridades administrativas independentes para conduzirem o justo processo administrativo extrajudicial, e pela grande concentração de causas de direito público no Judiciário, que não detêm a necessária especialização e acabam simplesmente seguindo o entendimento da autoridade administrativa (“*administrative deference*”) ou tomando decisões sem a necessária capacidade exigida para o julgamento.¹²

A conjugação de ambos extremos é fonte de total insegurança jurídica ao sistema e denota um modelo brasileiro peculiar de solução de conflitos administrativos, sem uma identidade definida, que não só enfraquece a confiabilidade dos órgãos jurisdicionais, como alerta Perlingeiro,¹³ mas que também culmina em uma intensa procura pelo Judiciário para solução de conflitos de direito público.

3 O Protagonismo do Judiciário

A predominância da falta de jurisdição no âmbito administrativo advém da falta de legitimidade ou respeito ao estado de direito nas decisões, já que uma verdadeira função jurisdicional na seara de direito público exige que seja prestada por um órgão seja especializado e detenha as prerrogativas de independência e imparcialidade minimamente exigidas por um Estado democrático,¹⁴ para que se possa garantir um devido processo

¹¹ Tal situação pode ser vislumbrada, na visão da autora, no caso das agências reguladoras, do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, e das Casas legislativas quando em atuação administrativa. Sobre o tema: ZAMARIAN, Livia Pitelli. Falsas Expectativas Sociais Na Jurisdição Administrativa: uma crítica a partir da atuação do Judiciário. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 71, p. 39-46, 2017.

¹² PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influencia norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 92, jan./abr.2015.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Estas garantias judiciais estão previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 8º Garantias judiciais: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Artigo 6.º Direito a um processo equitativo: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da

legal. Esses atributos não são encontrados concomitantemente, via de regra, nos órgãos decisórios brasileiros: nem na Administração Pública, nem no Poder Judiciário.

De um lado, constata-se que os órgãos da Administração Pública responsáveis por controlar suas próprias decisões até podem ter certa especialização, mas raramente têm a exigida independência para tutelar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados livres de idiossincrasia. Não detêm o que Aragão¹⁵ define como “uma relação qualificada com os bens e valores que tutelam ou expressam, que os separa de tudo o que não for a eles concernente” imprescindível para que os órgãos tenham liberdade de atuação na proteção de tais valores.

As autoridades administrativas brasileiras frequentemente estão sujeitas à subordinação hierárquica e à assunção de cargos mais altos por indicação política que maculam sua liberdade criando amarras na tomada de decisões baseadas unicamente no cumprimento pleno do ordenamento jurídico.

Assim, inexistindo condições para um processo equitativo, não se pode afirmar que as decisões administrativas têm caráter jurisdicional, até mesmo porque não respeitando um devido processo legal efetivo não gozam de definitividade e podem ser revistas amplamente por um órgão jurisdicional. É por isso que é compreensível que o Judiciário seja cada vez mais demandado como única tábua de salvação para uma decisão jurisdicional em face da atuação administrativa.

Sem as prerrogativas necessárias à condução de um processo reconhecidamente equitativo, é natural que, havendo autorização constitucional para tanto (art. 5º, XXXIV), o cidadão busque mesmo o Judiciário, que é aparentemente menos parcial, para dar a última palavra na decisão desses conflitos.

Este, por sua vez, apesar de gozar de independência carece de especialização para o julgamento das causas administrativas, atributo sem o qual dificilmente se produz uma tutela adequada que é também imprescindível para o acesso à justiça.¹⁶ O Brasil não tem um órgão com competência jurisdicional com membros com formação técnica para julgar as causas de direito público.

Por disposição constitucional, a competência para esses julgamentos é atribuída primordialmente à Justiça Federal, que luta cada vez mais para a alocação de varas especializadas, mas ainda é generalista, e também é compartilhada, em determinadas situações, com a justiça estadual,¹⁷ que é ainda menos especializada.

segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”).

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2.ed. 2 tir., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 445.

¹⁶ Adota-se aqui a concepção clássica de Kazuo Watanabe que qualifica o acesso à justiça como a tutela jurídica prestada de forma adequada, célere e tempestiva (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 19-51).

¹⁷ São exceções do ordenamento jurídico, como quando não houver sede da Justiça Federal

A formação exigida para os membros do Judiciário é jurídica geral, e isso conduz a julgamentos despidos de suficiente capacidade cognitiva e que produzem decisões rasas ou descontextualizadas da realidade da Administração Pública. É possível, e, aliás, muito frequente, que a jurisdição em caso de conflitos administrativos sobre o fornecimento de medicamento ou tratamentos médicos, por exemplo, seja realizada por julgadores que pouco entendem de conceitos da área da saúde, medicina e farmacologia, e da organização interna e necessidades do sistema de saúde, mas, mesmo assim, decidem se um ou outro medicamento é adequado e deve ser entregue ao pleiteante.¹⁸ São complexos e variados os temas dos conflitos administrativos, citem-se ainda causas de conteúdo de economia, concorrência, tecnologia, dentre tantas outras, que ficam muito distantes da mera formação jurídica generalista exigida do magistrado que o impede de ter uma exata cognição do tema a ser decidido. O Judiciário, por esse motivo, é frequentemente acusado pelos administradores de avançar na intensidade do controle.¹⁹

O modelo brasileiro — diferentemente dos modelos inglês e francês que garantem uma análise especializada, em sede administrativa ou judicial — cria, assim, a falsa expectativa de acesso à justiça para essas demandas, sob a utopia de que há um Judiciário apto a reanalisar qualquer decisão administrativa, e assim garantir ao jurisdicionado um processo justo, mas, lhe falta ferramentas para tanto. Pelos meios mais frequentemente utilizados, o Judiciário pode até vir socorrer um ou outro caso individual daqueles que têm condições de procurá-lo, mas nesse contexto, não consegue resolver o problema de fundo e, por vezes, até o agrava.

De toda forma, residualmente o Judiciário é o órgão que ainda ostenta relativa confiança social no contexto de notado enfraquecimento das instituições nacionais,²⁰ razão pela qual enfrenta uma intensa procura.

A alta transferência da solução destes conflitos ao Judiciário é um fenômeno expansão global, constatado desde o final da década de 1980, como aponta Boaventura de Souza

na comarca, art. 109, § 3º, da Const. Federal do Brasil (1988): “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.”

¹⁸ Veja decisão proferida pelo Min. Edson Fachin, no STF, em medida cautelar determinando a entrega de medicamento “Fosfoetanolamina Sintética” a paciente, mesmo em fase de testes e sem registro no órgão competentes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet 5828 MC/SP, Brasília, 06 de Outubro de 2015).

¹⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influencia norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr.2015.

²⁰ Segundo o relatório IPCL Brasil (CUNHA, Luciana Gross (Coord.). *Índice de Percepção de Cumprimento da Lei*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015), no 1º trimestre do ano de 2015 o índice de confiança do brasileiro no Poder Judiciário era de 25% frente a somente 19% no Governo Federal e 15% no Congresso Nacional. O cenário político conturbado e escândalos de corrupção e acusações práticas de crimes de responsabilidade no último ano podem contribuir para reduzir ainda mais esses números referentes ao Legislativo e ao Executivo.

Santos,²¹ que o coloca como protagonista “social e político do sistema judicial e do primado do direito”, e gera uma transformação do seu papel. O Judiciário deixa de estar preso à antiga “lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais”, e assume-se como uma instituição central à democracia brasileira, “quer no que se refere à sua expressão propriamente política quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social”.²²

A “suposta jurisdição” prestada pela Administração Pública brasileira com a falta de confiança que a permeia, é um importante fator nesse fenômeno de expansão do Judiciário, já que ele é visto como a tábua de salvação para resolver todo tipo de problema, inclusive aqueles que poderiam ser resolvido fora dele, pela via administrativa — o que representa, no Brasil²³ cerca de 40% do total de processos atualmente em tramitação.²⁴

A procura excessiva, em aumento contínuo, junto com a “irresignação exacerbada do Poder Público em suas várias esferas (União, Estados, Municípios, etc.)”,²⁵ tem sido responsável pelo abarrotamento dos Tribunais brasileiros, que já não tem conseguido corresponder a esta expectativa de pleno acesso à justiça e agravam ainda mais o problema da jurisdição administrativa.

Mesmo estando os magistrados brasileiros entre os que mais produzem no mundo,²⁶ o Judiciário não consegue baixar o quantitativo de processos ingressados, pois o índice de atendimento da demanda ²⁷ é de 98%, gerando, assim, o aumento a cada ano dos ca-

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, 3.ed. revista e ampliada. São Paulo: Cortez, 2011. p.10.

²² VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 9.

²³ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: Press Oficina Assessoria de Comunicação. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso: em 20 abr. 2017.

²⁴ Através da campanha “Não deixe o Judiciário parar”, a Associação dos Magistrados Brasileiros aponta, pelo placar da justiça, que há em tramitação no Brasil mais de 105 milhões de processos, e que destes, mais de 40 milhões lá não deveriam estar, posto que poderiam ser revolidos administrativamente (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: Press Oficina Assessoria de Comunicação, 2015).

²⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 142, p. 91, 2006.

²⁶ De acordo com estudo do CNJ sobre produtividade, levando-se em conta a relação entre o número de processos e de julgamentos em 42 países, cuja taxa média é de 736 processos por juiz ao ano, o Brasil encontra-se em 3º lugar. No ultimo relatório “Justiça em Números” este índice de produtividade brasileiro, em 2013, foi ainda superior aos anos anteriores e totalizou 1.684 ações/ano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/59741adbf4e2cc6285766dada4a3f074.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017).

²⁷ Este indicador, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), representar o total de processos baixados divididos pelo número de casos novos e tem diminuído desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014. p. 35.

tos pendentes acumulados, cuja taxa de congestionamento total de processos já chega a 71%.²⁸ Na verdade, o protagonismo do Judiciário lhe relegou maiores funções mas logo revelou suas fragilidades: morosidade e ineficácia da prestação jurisdicional, o que acarreta enorme frustração social, além de impactar em questões econômicas.²⁹

O Judiciário enfrenta, com isso, já há algum tempo, uma “crise de eficiência” nesta prestação, que não é apta a reequalizar os interesses conflitantes e pacificação do meio social.³⁰ O Estado não tem negligenciando, porém, a esse respeito e, há anos, vem implementando inúmeras reformas processuais e estruturais na tentativa de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.³¹ Basicamente, tais reformas acabaram trazendo pequenas mudanças e melhorias, mas sem conseguir acompanhar o ritmo de aumento do crescimento da litigiosidade no Brasil.³²

A atenção está voltada mais para discussões, em âmbito constitucional, sobre esse protagonismo no viés do ativismo judicial, separação poderes e limites do Judiciário na intervenção em políticas públicas, e, no âmbito processual, justificado pela vigência de um novo Código de Processo Civil (CPC/15), Lei nº 13.015/2015, para o estudo sobre a formação de precedentes, coerência e integridade das decisões judiciais. A preocupação centra-se na atividade do Judiciário, o que reforça seu protagonismo, porém, deve-se observar que a ineficácia judicial muitas vezes não está localizada dentro de procedimentos do próprio órgão, mas repousa sobre entes externos: o executado, o condenado, que se recusa a cumprir a determinação judicial. Tal entrave é ainda agravado quando aquele

²⁸ Conforme dados do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014*: ano-base 2013. Brasília: CNJ, 2014. p. 2-3), isto significa que “para cada 100 casos novos que ingressam no Judiciário, apenas 29 são baixados (resolvidos), causando um crescimento contínuo e expressivo do estoque de processos pendentes.” (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: Press Oficina Assessoria de Comunicação, 2015.)

²⁹ Como exemplifica Abbud, os problemas deste Poder influenciam diretamente na perda de eficiência econômica e retardam o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), visto que têm grande impacto sobre o custo das transações econômicas — o “custo Brasil”, nos altos índices dos spreads bancários, na escassez de contratos e investimentos financeiros de longo prazo no setor privado nacional, dentre outros (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O processo e os novos rumos do Judiciário: desafios e tendências. *Revista do processo*, São Paulo, v. 142, p. 276, 2006).

³⁰ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Filho. *Poder Judiciário no Brasil*: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004. p. 2-3.

³¹ Nesse sentido é, por exemplo, a criação do novo Código de Processo Civil pela Lei nº. 13.015/2015 e a Emenda Constitucional nº 45/2004 conhecida como a “reforma do Judiciário”, ambas como intuito maior de trazer julgamentos mais céleres e homogêneos.

³² Segundo dados do CNJ, no último Relatório Justiça em Números: “há um crescimento da litigiosidade de forma mais acentuada que os recursos humanos e as despesas. Enquanto que, no último ano (2013), houve crescimento de 1,5% nos gastos totais, 1,8% no número de magistrados e 2% no de servidores, tramitaram cerca de 3,3% a mais de processos nesse período, sendo 1,2% a mais de casos novos e 4,2% de casos pendentes de anos anteriores. Já o total de processos baixados aumentou em apenas 0,1% em relação ao ano anterior, ou seja, o aumento na estrutura orçamentária, de pessoal e da demanda processual dos tribunais não resultou necessariamente em aumento, proporcional, da produtividade” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014*: ano-base 2013. Brasília: CNJ, 2014).

que deveria cumprir o provimento é o maior litigante do país: o Poder Público,³³ ou seja, muitas vezes o próprio Estado é responsável, com sua recalcitrância, pela ineficácia judicial, como se verá.

4 O Procedimento Administrativo para o Cumprimento de Decisões Judiciais

Muito embora o Judiciário tenha se tornado protagonista na definição questões de justiça administrativa, como se pode compreender nos capítulos anteriores, quando há uma condenação contra a Administração Pública, o movimento é inverso e a efetivação da tutela depende de uma atuação da própria Administração orientada pelo Judiciário. Ou seja, é possível vislumbrar em um primeiro momento a importação da demanda administrativa para o Judiciário, mas, após prolatada a decisão judicial, esse movimento é reverso, e a demanda é exportada de volta ao seio da Administração para cumprimento dos termos judiciais.

O Judiciário fixa os parâmetros para a efetivação de direitos e, nesse movimento de internalização, compete ao administrador observar e instaurar um procedimento para o cumprimento da decisão judicial. A concretização dos direitos reconhecidos judicialmente em face da Administração Pública fica, portanto, na pendência desse procedimento interno para determinar-se a alocação de recursos financeiros, humanos e materiais.

O grande volume dessas decisões levou o legislador brasileiro a regulamentar tal procedimento. Com esse escopo, no âmbito da União, o cumprimento das decisões tem sido organizado por atos normativos oriundos especificamente do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Advocacia Geral da União (AGU), principalmente com foco nas forças executória de tais decisões e na disponibilidade de recursos para implementá-las. Foi criado, pelo Decreto n. 2.839 de 06 de novembro de 1998, art. 2º um Sistema de Cadastro de Ações Judiciais (SICAJ) para controle e acompanhamento de demandas ajuizadas contra si e seus órgãos, que é um instrumento para controle de prazos, condenações e até identificação de duplicidade de ações com o mesmo autor e causa de pedir.

O referido Decreto prevê também a forma de cumprimento de decisões e dele extrai-se a obrigatoriedade do administrador Público de comunicar, em 48 horas, à AGU eventual ordem judicial de pagamento, a qualquer título,³⁴ bem como limita o pagamento à disponibilidade orçamentária e de parecer de Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior

³³ Conforme pesquisa em ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: Press Oficina Assessoria de Comunicação, 2015.

³⁴ Decreto nº 2.839, de 06 de novembro de 1998. “Art. 4º O titular de órgão ou entidade da administração pública federal e os ordenadores de despesa que receberem notificação ou intimação judicial que implique pagamento, a qualquer título, em decorrência de liminares em mandado de segurança, cautelares ou antecipações de tutela, darão dela conhecimento, no prazo de quarenta e oito horas do recebimento, aos órgãos da Advocacia-Geral da União, às procuradorias e aos departamentos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, para análise da sua força executória, encaminhando, na oportunidade, os elementos e as informações necessários à instrução das medidas judiciais eventualmente cabíveis”.

das Forças Armadas.³⁵ Ou seja, a legislação prevê uma análise prévia pela Administração Pública antes de se autorizar o cumprimento da decisão judicial. Trata-se de um procedimento burocrático que exige que, quando o administrador Público, órgão ou entidade responsável pelo cumprimento da decisão, receba uma ordem judicial siga as seguintes etapas, resumidamente: a) cadastrar o processo judicial no SICAJ; b) comunicar, em 48 horas, a AGU sobre eventual ordem judicial de pagamento, a qualquer título, bem como obter um parecer de seu órgão de assessoramento jurídico sobre a força executória da respectiva decisão judicial³⁶; c) requerer, apresentando planilhas financeiras dos valores a serem pagos, um atestado de disponibilidade orçamentária elaborado pelos dirigentes dos órgãos setoriais do Sistema de Orçamento Federal (SOF), ou equivalentes, que deverá ser expedido com justificativas e memórias de cálculo comprobatórias da referida disponibilidade; d) solicitar a abertura de créditos adicionais, em caso de inexistência ou insuficiência de recursos, indicando as dotações disponíveis que deverão ser canceladas para fazer face ao crédito solicitado.³⁷

Tal obrigatoriedade é reforçada por diversos outros atos normativos, inclusive pela Portaria Normativa n. 6 de 11 de outubro de 2016, expedida pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público, que determina que as ações judiciais relativas ao pessoal civil do Poder Executivo federal propostas contra a União, autarquias e fundações públicas federais, só poderão ser cumpridas após “a manifestação da respectiva unidade integrante do Sistema de Planejamento competente quanto à disponibilidade orçamentária” (Art. 3º, VI), e análise da força executora da decisão judicial pela AGU (Art 3º, VII), o que certamente limita o administrador à atuação de outros dois órgãos.

Nota-se que o administrador não tem, portanto, autonomia e independência para cumprir por si só as decisões judiciais, e, inclusive, pela não observância das etapas do procedimento administrativo, poder-lhe-ser imputada sanção administrativa, por determinação expressa, no art. 8º da Portaria nº 17, de 06 de fevereiro de 2001, bem como sanções cíveis e penais cabíveis.

O dispositivo é alvo de grandes críticas da magistratura³⁸ por representar um en-

³⁵ Decreto nº 2.839, de 06 de novembro de 1998. “Art. 5º. O pagamento das despesas de que trata este Decreto dependerá da existência de disponibilidade orçamentária e será precedido de parecer das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas, acerca do cumprimento das providências de que trata o artigo anterior e sobre a aplicação e os efeitos da decisão judicial na esfera administrativa”.

³⁶ Conforme exige o art. 4º do Decreto nº 2.839 de 06 de novembro de 1998.

³⁷ De acordo com o art. 4º da Portaria nº 4, de 19 de maio de 2000, da Secretaria de Orçamento Federal e art. 5º, §3º do Decreto nº 2.839 de 06 de novembro de 1998. No mesmo sentido é o art. 4º da Portaria nº 17, de 6 de fevereiro de 2001, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e os arts. 12 e 13 da Portaria 5, de 17 de fevereiro de 2011, da Secretaria de Orçamento Federal.

³⁸ Sobre o Decreto o Desembargador Newton de Lucca assim se manifestou: “Em outras palavras, o percurso passa a ter algo de kafkiano. Se lêssemos todos os dispositivos, chegaríamos à conclusão de que se vai cumprir a decisão judicial quando se quiser.” (LUCCA, Newton de & LUGON, Luiz Carlos de Castro. Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais — instituição do crime de lesa-corte. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 13, p. 80-88, jan./abr. 2001. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero13/artigo7.pdf> >. Acesso em: 22 ago. 2017).

fraquecimento do poder coercitivo das decisões judiciais, todavia, o cumprimento não pode se dar de maneira inconsequente já que muitas vezes esbarra em limitações (jurídicas e fáticas) patrimoniais.

O não cumprimento de decisões judiciais pela Administração Pública não é algo tão raro, para não dizer corriqueiro. Ao analisarem-se os dados das Reclamações Constitucionais³⁹ ajuizadas junto ao Supremo Tribunal Federal⁴⁰ é possível constatar que no primeiro ano de vigência do CPC,⁴¹ das reclamações julgadas pelo rito do CPC/15, cerca de 5,44% (64 Reclamações) questionam a recalcitrância do administrador público. O número pode não parecer tão alto ou representativo se cotejado com os dados totais de Reclamações da recalcitrância encontrada no próprio Judiciário, todavia, se considerar-se que essa análise tem como amostra o órgão de cúpula deste Poder, cujas decisões gozam em grande parte de efeito vinculante, é possível ter uma ideia dos dados alarmantes que devem ser encontrados nos tribunais de 1º e 2º grau,⁴² e a constatação se torna ainda mais alarmante quando confrontada com a realidade estrangeira.⁴³

³⁹ Trata-se de ação, genuinamente brasileira, prevista na Constituição Federal de 1988 prevê a reclamação (art. 102, I, “I” e art. 105, I, “f”, da Const. Federal do Brasil (1988)), cabível perante os tribunais para, dentre outras, buscar a garantia da autoridade de suas decisões. Ou seja, é instrumento pelo qual o jurisdicionado consegue reclamar diretamente ao tribunal o descumprimento de suas decisões por outras autoridades.

⁴⁰ Dados obtidos a partir da pesquisa de jurisprudência disponibilizada no site do próprio Supremo Tribunal Federal, com última atualização em 30 abr. 2017.

⁴¹ Período considerado = de 18/03/2016 a 17/03/2017, filtrando-se somente as Reclamações ajuizadas já pelo rito do CPC/15, ou seja, após 18/03/16 e disponibilizadas pela ferramenta de “pesquisa de jurisprudência” do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> atualizada até 30/04/2017, que representam 1.176 ações.

⁴² A falta de pesquisas empíricas sobre o tema é um ponto nodal problemático do estudo de tais institutos. Os tribunais divulgam dados sobre o número de julgamentos, mas há uma carência da análise do conteúdo de tais decisões e reflexões doutrinárias que busquem investigar o motivo e origem da recalcitrância às decisões judiciais.

⁴³ A discrepância entre a realidade dos Estados Unidos e a brasileira pode ser percebida através de seguinte narrativa do Des. Lucca: “Um magistrado da Suprema Corte norte-americana esteve em nosso tribunal por volta de dois ou três anos atrás, e um juiz federal brasileiro formulou-lhe a seguinte pergunta: Como se resolve nos Estados Unidos quando uma decisão da Suprema Corte não é cumprida? O magistrado, com a expressão nitidamente espantada, pediu-lhe que a pergunta fosse repetida. Depois disso, tergiversou um pouco para ganhar tempo e tentar se situar. Percebemos, então, que estava havendo um problema de comunicação e, realmente, foi preciso a intervenção da intérprete para verificar se ele havia entendido a pergunta que lhe fora formulada pelo juiz. Só então, nos demos conta de que o expositor norte-americano não conseguia entender o espírito da pergunta. Era tão inconcebível que uma ordem da Suprema Corte fosse descumprida, que o magistrado não conseguia entender a pergunta.” (LUCCA, Newton de & LUGON, Luiz Carlos de Castro. Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais — instituição do crime de lesa-corte. *Revista do CEJ*, Brasília, n.13, p. 80-88, jan./abr. 2001)

5 O Cumprimento Forçado das Decisões

Visando, todavia, conferir efetividade a suas decisões, os tribunais brasileiros utilizam-se muito de instrumentos de execução forçada, tais como arresto judicial de valores pecuniárias da Administração e a aplicação de multas, porém, não se pode olvidar que o patrimônio público não pode ser objeto de expropriação. A aplicação de astreintes, no âmbito civil, por sua vez, não é eficaz, já que acabam sendo executadas da mesma maneira que o crédito principal não pago, ou seja, pelo sistema de precatório judicial,⁴⁴ e não se prestam a exercer sequer pressão psicológica sobre o responsável pelo cumprimento da decisão já que não lhes penalizam diretamente.⁴⁵

A solução extrema encontrada pelos tribunais tem sido, em muitos casos, a aplicação de medidas coercitivas pessoais, destinadas ao próprio administrador, tais como multas e até prisão civil.

A questão é extremamente polêmica, já que de um lado vislumbram-se as dificuldades burocráticas do administrador que, por mais que queira dar cumprimento à decisão, muitas vezes sofre com a falta de autonomia para tanto pela limitação do procedimento interno, mas, de outro, a impressão generalizada dos julgadores é de que há má vontade, ou até uma intencionalidade da Administração Pública em não cumprir decisões judiciais,⁴⁶

⁴⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. *Contempt of court e fazenda pública*. Niterói: Editora da UFF, 2015. p. 70.

⁴⁵ Nesse sentido: “Entendemos, também, serem inviáveis a cominação e imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo.” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro: Processo de execução a procedimentos especiais*, v. 3, 20.ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2009). Na mesma linha: É sabido que um dos casos em que a multa se revela imprestável como meio coercitivo é aquele em que ela é imposta contra o Poder Público. Porque o titular do cargo público não sofre, pessoalmente, a ameaça do meio coercitivo, dificilmente se sente estimulado a cumprir a ordem judicial — em especial quando o descumprimento lhe gerar algum benefício (muitas vezes político). (...) De outra parte, evidentemente, a multa aplicada contra o Estado não tem nenhuma eficácia, como se viu anteriormente. Se a intenção da multa é vencer a vontade do renitente, ela só pode ter por sujeito passivo, evidentemente, aquele que tem vontade. O Estado não tem, autonomamente, vontade, de modo que jamais poderia ser o sujeito passivo dessa multa. (ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira sobre multa coercitiva — três questões ainda polêmicas. *Revista Fafibe on-line*, São Paulo [200_]. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2017).

⁴⁶ Tal afirmativa não é feita de modo pessoal ou leviano por essa autora, mas amparada na pesquisa de Armando Castelar que, constatar que 74,5% dos juízes acreditam que intervenções judiciais da União simplesmente para retardar o cumprimento de suas obrigações são muito frequentes (CASTELAR, Armando. *O judiciário e a economia na opinião dos magistrados: relatório de pesquisa*. São Paulo: IDESP, 2001). A crítica à postura da Administração Pública também está implícita na fala de muitos julgadores, como se vê no relato do Desembargador Newton de Lucca: “Assim como ouvi no noticiário de ontem uma pessoa da Administração Pública respondendo à pergunta: Mas não é uma

o que resulta em prejuízos à prestação jurisdicional que não consegue ser implementada com eficácia. Por esse último viés, é compreensível, muito embora extrema e imperfeita, a tentativa do Judiciário de impor meios coercitivos de cumprimento de suas ordens.

No tocante à aplicação de multa pessoal ao administrador, aponta-se como fundamento o art. 77, IV, e §2º do CPC/15.⁴⁷ O direito a uma tutela jurisdicional efetiva é fundamental ao cidadão e é base da clausula geral executiva concedida aos juízes brasileiros no art. 536, § 1º, CPC/15,⁴⁸ que elenca medidas exemplificativas que o magistrado pode aplicar no caso concreto para garantir a efetividade de sua decisão judicial. As condutas que eventualmente forem adotadas pelo executado, sejam comissivas ou omissivas, são consideradas “atentatórias à dignidade da justiça”, conforme art. 774, CPC/15,⁴⁹ e permitem a aplicação de multa e outras sanções de natureza processual ou material.

A inteligência da aplicação tal medida é criar uma coerção psicológica ao administrador, partindo-se do pressuposto que “a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio”.⁵⁰ Não se

decisão judicial?, dizer pura e simplesmente: Sim, mas precisamos ver se ela não está causando problema na hora de ser cumprida. Como se a essa autoridade fosse dado o juízo de natureza axiológica, de valor, para saber se deve ou não ser cumprida a ordem” (LUCCA, Newton de & LUGON, Luiz Carlos de Castro. Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais — instituição do crime de lesa-corte. *Revista do CEJ*, Brasília, n.13, p. 80-88, jan./abr. 2001).

⁴⁷ Art. 77 do Código do Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...) “IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; (...)§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.”

⁴⁸ Código do Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

⁴⁹ Código do Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): “Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I — fraudar a execução; II — se opor maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III — dificultar ou embaraçar a realização da penhora; IV — resistir injustificadamente às ordens judiciais; V — intimado, não indicar ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exibir prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.”

⁵⁰ VARGAS, Jorge de Oliveira. *As consequências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 125.

pode desconsiderar, todavia, que sua palição não tem aceitação pacífica na doutrina e na jurisprudência, pela corrente contrária considerar o fato de não ser o administrador o legítimo devedor da obrigação a ser prestada pela Administração Pública, mas tão somente seu presentante.⁵¹

A falta de coercitividade no cumprimento de decisões judiciais pode ser potencialmente reforçada pela polêmica, no âmbito penal, de punição do agente público recalcitrante. A jurisprudência majoritariamente entende que o crime de desobediência⁵² não se aplica ao ato do funcionário público, e o crime de prevaricação⁵³ requer dolo específico para configuração,⁵⁴ o que torna bem rara a união criminal de tais agentes,⁵⁵

⁵¹ Na defesa da aplicação da multa pessoal ao administrador: “Entretanto, não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não cumprimento da decisão é exteriorizado por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão judicial. (...) Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente constituirá sanção pecuniária, e assim poderá ser cobrada, quando a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a cobrança da multa não tem relação com o fato de o inadimplente ser o responsável pelo cumprimento da decisão. Não se está exigindo nada da autoridade em virtude do que foi discutido no processo, mas sim em razão da sua posição de agente capaz de dar cumprimento à decisão jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 476). No mesmo sentido: “De qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as astreintes diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5, 5.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 466).

⁵² Previsto no Código Penal (Decreto-lei n. 2848, de 7 dezembro de 1940): “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

⁵³ Previsto no Código Penal, “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

⁵⁴ Neste sentido já entendia o então Ministro Nelson Hungria, na Acr 1.486 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acr 1.486, Pleno, Brasília, 30 de dezembro de 1952), conforme FUCK, Luciano Felício. *Memória jurisprudencial*: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

⁵⁵ A questão é, todavia, muito polêmica na doutrina. Lugon aborda a polêmica e utiliza-se de Agapito Machado para explicar as três correntes existentes: a) a primeira, representada por Castro Nunes, De Plácido e Silva e Hely Lopes Meirelles, entende que o descumprimento à decisão proferida em mandado de segurança tipifica crime de desobediência; b) a segunda, representada por Seabra Fagundes, Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio Andréa Ferreira, tipifica o fato como prevaricação; c) e a terceira, com expoentes como Celso Barbi, Othon Sidou e Arruda Alvim, entre outros, lamentam, mas entende que, no atual estado do Direito positivo brasileiro, não tem o juiz a faculdade de agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, ou aplicar qualquer sanção

Perlingeiro⁵⁶ pugna pela necessária descriminalização do ato do agente, mas defende a possibilidade de aplicação de sanção restritiva de liberdade pelo próprio juízo cível, a exemplo do *contempt of court*, principal mecanismo de coação para o órgão da administração pública que descumpra a decisão judicial nos países do *common law*, em especial nos Estados Unidos e Inglaterra, muito embora no Brasil tal aplicação ainda esteja longe de ser unanimidade.

6 As Decisões Judiciais para Demandas Individuais de Direito Público

Não se pode deixar de considerar ao abordar o tema, outro importante fator que desponta como crucial para a atual débil efetivação de direitos e que também dificulta sua implementação isonômica pela Administração Pública: o conteúdo da própria decisão judicial que frequentemente não se presta a proteger, de forma suficiente, o direito tutelado quando as questões são verdadeiramente de direito público, mas encontram-se travestidas de interesse privado e, como tal, acabam sendo decididas.

Nesse ponto, a existência de reiteradas decisões sobre casos idênticos a serem cumpridas pela Administração Pública demonstra que a tutela tem sido insuficiente, principalmente no âmbito público, já que frequentemente as mesmas temáticas são objetos de novo pleito judicial. Isso pode ser imputado, em partes, às falhas estruturais das sentenças condenatórias nas demandas de direito público.

Tornou-se corriqueiro no Brasil o pleito individual pela prestação de direitos sociais, tal como ocorre com demandas por medicamentos e tratamentos de saúde⁵⁷, que acaba sendo decidido de forma também individual, para aquele caso concreto. Não se deve olvidar, todavia, que tais demandas guardam, na verdade, importantes aspectos de direito público, mas são ajuizadas como lides meramente privadas e como tal têm sido analisadas. Isso ocorre não só pela falta de valorização e utilização das ações coletivas, mas também pela falta de compreensão da relação atual entre direito público e privado.

Aqui, vale observar que, mesmo sendo ajuizadas como individuais, não há como não tratá-las exclusivamente como tais. A condenável separação estrita entre os dois ramos⁵⁸ é totalmente insuficiente e ineficaz no vigente sistema de “proeminência da dignidade da

penal, mas limita-o ao requerimento, por meio dos órgãos competentes, de intervenção federal ou o seu enquadramento em crime de responsabilidade, quando for o caso (LUCCA, Newton de & LUGON, Luiz Carlos de Castro. Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais — instituição do crime de lesa-corte. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 13, p. 80-88, jan./abr. 2001).

⁵⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. *Contempt of court e fazenda pública*. Niterói: Editora da UFF, 2015.

⁵⁷ No ano de 2006, de todas as demandas no Estado do Rio de Janeiro para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, 98,9% tinha um único autor (PEPE, Vera Lucia Edais; VENTURA, Miriam; SANTÁNNIA, João Maurício Brambati; FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; SOUZA, Vanessa dos Reis de; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar., 2010).

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o político e o social na pós-modernidade*, 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 124 et seq.

pessoa humana”.⁵⁹ “O público e o privado se complementam”⁶⁰ na complexidade social atual, e demanda a criação de espaços sociais, conforme conceito de Hannah Arendt,⁶¹ ou seja, espaços intermediários para evitar que uma ou outra esfera prevaleça sozinha, já que a integração de ambas é imprescindível na plena realização humana.

É justamente nesse viés que as decisões judiciais devem ser projetadas: questões atinentes a direitos fundamentais serem prestados pelo Poder Público, não podem ser resolvidas com foco exclusivamente no caso concreto julgado, sem uma preocupação com contexto social global daquele direito ali tratado, sem a ponderação do impacto daquela decisão individual para o coletivo.

Uma condenação que implique em destinação de determinada verba para a proteção um direito social para um litigante, pela finitude de recursos e pelo procedimento administrativo que demanda a disponibilidade orçamentária, como visto, consequentemente implicará na restrição desses recursos para outros fins, e pode acabar sendo limitadora do mesmo direito social para indivíduos que não ajuizaram demandas nesse sentido. Ou ainda, litigantes sobre o mesmo direito social, em juízos distintos, potencialmente receberão tutelas com limites diferenciados, e culminarão em proteção heterogênea dos direitos pela Administração Pública.

O conflito é latente no país, e encontra-se pendente de análise pelo STF.⁶² O tratamento desigual de casos semelhantes gera um clima de total instabilidade, que fere a certeza nas relações jurídicas, e assim, a credibilidade do Poder Judiciário — já tão abalada no Brasil. Fere-se a dimensão subjetiva da segurança jurídica que, como confiança, deve revelar a fidedúcia “nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade”.⁶³

Não parece ser possível considerar a existência desse elemento subjetivo da segurança jurídica quando o cidadão se vê às voltas com a falta de um padrão decisório de um Judiciário que ora se imiscui no mérito administrativo e ora deixa de fazê-lo relegando-o à discricionariedade de autoridades enfraquecidas, nem ao menos nas decisões tomadas

⁵⁹ NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente aos problemas da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 362.

⁶⁰ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Edups, 1993. p. 120.

⁶¹ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 8.ed. revista. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

⁶² Em especial sobre o fornecimento de medicamentos, tramitam na Suprema Corte os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que tiveram repercussão geral reconhecida, e tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recursos Extraordinários 566471/RN, Brasília, 19 de março de 2010 e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recursos Extraordinários 657718/MG, Brasília, 13 de maio de 2013).

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar no passado: segurança Jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 139-140.

por um órgão não especializado que exerce uma cognição rasa. Não há como confiar em um sistema em que as decisões de direito administrativo são tomadas em última *ratio* pelo Judiciário de forma individual para cada caso, o que gera falta de isonomia no tratamento de cada cidadão, beneficiados ou não conforme tenham condição de recorrer ao Judiciário, sorte de seu processo ser julgado por este ou aquele magistrado e persistência em percorrer todas as instâncias recursais.

Tais demandas, para que possam ser solucionadas de forma adequada pela Administração, e tutelem efetivamente os direitos protegidos em um contexto social, além do particular demandado, necessitam de sentenças tecnicamente adequadas. É imprescindível que as decisões sejam estruturais, ou seja, como definir Arenhart, devem se orientar “(...) para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.⁶⁴

Como será feita a alocação de recursos? Como será feita a prestação? Como a tutela daquele direito será implementada para os demais indivíduos com problemas semelhantes? São todas questões que precisam ser enfrentadas nas decisões judiciais para que efetivamente a Administração tenha parâmetros para a concretização pela de direitos.

7 Considerações Finais

O Judiciário se tornou protagonista na jurisdição administrativa, impulsionado pela falta de credibilidade, autonomia e independência da Administração Pública na solução de seus próprios conflitos. Apesar da falta de especialização de seus órgãos, é identificado no Brasil como principal responsável pela efetivação dos direitos fundamentais. O cumprimento de suas decisões pela Administração Pública, todavia, é uma barreira à efetividade da prestação jurisdicional que precisa ser transposta e apresenta números preocupantes.

O trabalho identificou que as maiores dificuldades na execução das decisões residem não só na limitação, jurídica e fática de recursos e estrutura estatal, mas também no procedimento administrativo a ser cumprido pelo administrador — que depende de autorizações de outros órgãos, como comunicação da AGU e parecer do órgão de assessoramento judicial sobre a força executória da decisão, atestado de disponibilidade orçamentária expedido por órgão do SOF, ou autorização pra abertura de crédito adicionais. Esbarra ainda em hipóteses de simples e injustificada recalcitrância do administrador agravada pela dificuldade de aplicação pelo Judiciário de medidas coercivas, como multa e prisão, para obter o cumprimento forçado da obrigação. Por fim, identificaram-se ainda, falhas no próprio conteúdo das decisões judiciais, quando as demandas são efetivamente de direito público mas encontram-se travestidas de interesses privados, e as decisões são proferidas de forma não estrutural, o que impede a concretização dos direitos públicos em um âmbito social isonômico.

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Re-Pro*, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 7, 2013.

PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

(PROTECTION AND PROMOTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS)

Victor Roberto Corrêa de Souza*

Resumo: Trata-se da identificação de meios para incrementar a tutela de direitos individuais e da segurança jurídica, na atuação em procedimentos administrativos *ex officio* e em procedimentos para solução de conflitos, iniciados por requerimento administrativo. Para tanto, são descritos comportamentos administrativos que demonstram o desrespeito ao princípio da proteção da confiança, na condução de procedimentos administrativos. É apresentada a evolução no direito positivo, do princípio da proteção da confiança no procedimento administrativo, para identificar eventuais vácuos de proteção a direitos do administrado. Objetiva-se apresentar instrumentos do procedimento administrativo que sejam aptos a conferir melhor proteção da confiança legítima do administrado, e uma proposta de aprimoramento do princípio, evoluindo-o à conduta de promoção da confiança por parte da administração pública. Para tanto, pesquisa-se a possibilidade de correlação, no procedimento administrativo, da proteção da confiança com o direito fundamental de acesso à informação.

Palavras-chave: confiança legítima, acesso à informação, procedimento administrativo.

Abstract This academic study seeks to identify means by which the public administrative authorities can increase the protection of individual rights, especially with respect to legal certainty in *ex officio* administrative procedures to ensure legal compliance or dispute-resolution proceedings initiated through an administrative request. First, the article describes certain types of administrative behavior showing a lack of respect for the principle of protection of legitimate expectations in the conduct of administrative proceedings. Allegedly antagonistic principles are compared, such as the independence of the administrative authorities, which is apparently in conflict with the principle of their functional hierarchy, in the investigation of the motives behind the administrative acts having a real or potential impact on the citizens' confidence level. The evolution in positive law of the principle of protection of legitimate expectations in administrative proceedings is presented, with the intention of detecting any lacunae in the protection of individual rights, especially with respect to the legal certainty of the citizens/beneficiaries of administrative services. An attempt is made to describe administrative procedural instruments capable of better protecting citizens' legitimation expectations. Finally, it is desired to establish a proposal for improved protection of legitimate expectations, to be developed into confidence-building conduct on the part of the public administrative authorities. The possible correlations between the protection of legitimate expectations and the fundamental right of access to official information in administrative proceedings are examined, too.

Keywords: legitimate expectations, information access, administrative proceedings.

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da proteção da confiança. 3 Existência e exercício da confiança legítima. 4 Independência e hierarquia e o procedimento. 5 O acesso à informação como motor da confiança. 6 Acesso à informação e tecnologias. 7 Considerações finais.

* ✉ Victor Roberto Corrêa de Souza, victor_souzarj@yahoo.com.br

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (PPGJA/UFF). Membro da Comissão de Direito da Seguridade Social da Escola da Magistratura Regional Federal da 2. Região (EMARF), do Tribunal Regional Federal da 2. Região. Juiz Federal do 11º Juizado Especial Federal, do Rio de Janeiro/RJ, especializado em matéria previdenciária.

1 Introdução

A proteção da confiança é princípio extraído da configuração de um Estado de Direito. Não existe Estado sem segurança jurídica; portanto, não haverá Estado sem a proteção da confiança legitimamente depositada pelo cidadão, nos atos dos representantes desse mesmo Estado.

O objetivo do presente artigo é, através do estudo, em âmbito brasileiro, do princípio da proteção da confiança e da observação pragmática dos procedimentos administrativos, encontrar meios de promoção dessa confiança, passando da visão meramente estática do princípio da proteção da confiança para uma visão dinâmica.

O estudo parte da seguinte premissa: a violação da proteção da confiança sempre acarreta a fragilização da segurança jurídica e, conseqüentemente, do Estado de Direito. Diante disso, os juristas devem ir além. Devem promover a confiança do indivíduo no Estado, para com isso incrementar a segurança do cidadão e a legitimidade e credibilidade do próprio Estado de Direito. A ideia principal do presente texto é identificar meios de promover a confiança, buscando encontrar formas de atuação do Estado (e também do cidadão) que evitem discussões processuais a respeito da existência de violação (e subsequente necessidade de reparação) da confiança do particular. Uma vez encontradas essas formas, entende-se que haverá um incremento da legitimidade e credibilidade dos atos estatais.

O cenário ideal de atuação estatal não é coibir a realização de mudanças, mas sim fazê-las sem gastos estatais com medidas reparatórias, procedendo com a menor possibilidade de erros que venham a causar alguma violação da segurança jurídica dos indivíduos. Um interesse maior dos agentes estatais na observância da confiança dos cidadãos se mostra indispensável, especialmente quando estivermos diante de mudanças de entendimentos estatais que sejam mais gravosas a estes cidadãos. O objetivo central do presente texto, portanto, é encontrar meios de implementação da proteção dessa confiança via procedimento administrativo.

Mas não é só. Acreditamos que, para conseguir tal objetivo, também será preciso realizar uma abordagem mais pragmática e preventiva dos atos estatais, especialmente quando diante de conflitos informativos de publicidade e comunicação entre Estado e particulares, com uma prevalência cotidiana do direito de acesso à informação, no âmbito estatal, de modo ativo e aberto, como pretendemos expor e sistematizar. A conjugação entre abertura participativa e o direito de acesso à informação pode colaborar nas respostas possíveis às inquietações do presente artigo.

2 O Princípio da Proteção da Confiança

Inicialmente, é indispensável diferenciar, na origem alemã, a segurança jurídica da proteção à confiança – confusão terminológica bastante comum, pois enquanto a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) é de caráter objetivo, a proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) é subjetiva. A esse respeito, Humberto Ávila:

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*, *principe de protection de la confiance légitime*, *principle of protection of legitimate expectations*) é diferenciado do princípio da segurança jurídica pelos seguintes critérios: (a) âmbito normativo – enquanto o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico; (b) âmbito pessoal – enquanto o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica; (c) nível de concretização – enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação; (d) amplitude subjetiva de proteção – enquanto o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de proteção de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima funciona como meio de proteção de interesse(s) individual(is); (e) protetividade individual – enquanto o princípio da proteção da segurança jurídica é neutro com relação ao interesse dos cidadãos, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da proteção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada.¹

O princípio da proteção à confiança tem sua origem na sentença do tribunal administrativo de terceira instância de Berlim, de 14.11.1956, DVBl., 1957, 503., em que, no conflito entre a segurança jurídica e o princípio da legalidade (sempre alegado pela Administração para se permitir a invalidação de atos administrativos com efeitos *ex tunc*) até então prevalecente, passou-se a privilegiar a limitação da retratabilidade e invalidação de atos administrativos com efeitos benéficos aos particulares, respeitando-se a necessidade de proteção à confiança dos administrados, que teria assento axiológico tanto na certeza jurídica, quanto na boa-fé e na lealdade, que devem permear a ética do estado de direito social. Posteriormente ele seria consagrado no §48 da Lei de Processo Administrativo Alemã de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), e viria a ser acolhido e utilizado pelo direito comunitário europeu e pelos direitos nacionais dos demais países europeus.

No Brasil, desde a edição das Leis nº 9.868/99 (art. 27) e 9.882/99 (art. 11), existe e é amplamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de restringir, em processos de controle concentrado de constitucionalidade, e tendo em vista razões de segurança jurídica, *os efeitos* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (invalidação *lato sensu*), afirmando que a eficácia desta invalidação só se dará a partir do trânsito em julgado ou a partir de qualquer outro momento a ser fixado, posterior ou anterior à decisão. Ainda, o princípio da proteção à confiança legítima vem sendo reiteradamente abordado na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.²

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), a proteção da confiança e a segurança jurídica passaram a outros níveis mais explicitamente delineados pelo legislador, tratando a segurança como condição indispensável à validade das decisões judiciais modificativas de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, conforme dispõe o art. 927, §§ 3 e 4º.

A necessidade de coerência sistêmica indica que nos procedimentos administrativos

¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 377.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28223/DF. Brasília, 24 de março de 2017; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27006. Brasília, 15 de março de 2016; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 837311. Brasília, 09 de dezembro de 2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4425. Brasília, 25 de março de 2015.

deve ser aplicada a mesma lógica determinada pelo CPC aos processos judiciais, de forma que não sejam confundidas a invalidação em si com os efeitos do ato invalidado. Se um ato considerado inconstitucional ou ilegal mesmo após decisão do STF, ou do STJ em recursos especiais repetitivos³, pode manter efeitos prospectivos no tempo, os efeitos do ato administrativo nulo, invalidado pela própria Administração, devem ter o mesmo destino.

Sabe-se que a diferença entre atos nulos e atos anuláveis provém do Direito Privado, sendo descritas as duas categorias nos arts. 166 e 171 do Código Civil brasileiro. Assim, segundo este diploma, duas notas básicas diferenciariam os dois tipos de atos inválidos: os atos nulos podem ser invalidados *ex officio* e não admitem confirmação ou convalidação, enquanto os anuláveis admitem convalidação e precisam de manifestação do interessado para decretar sua anulabilidade. Essa dicotomia entre atos nulos e anuláveis também foi abordada nos arts. 2º e 3º da Lei 4.717/65, e demonstra transposição acrítica de institutos do direito privado para o direito público, sem a devida atualização e constitucionalização.

Com base nesta antiga diferenciação entre atos nulos e anuláveis, presente desde os tempos do vetusto Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal editou as súmulas 346⁴ (em 13/12/1963) e 473⁵ (em 03/12/1969). Desde então, tanto a jurisprudência como a doutrina administrativista clássica, vêm afirmando majoritariamente que, dos atos administrativos nulos, invalidados pela própria Administração em exercício de autotutela, não se gerariam quaisquer direitos a serem protegidos. Estas súmulas do STF, em especial a súmula 473, ditaram o entendimento que prevaleceu na edição da lei de processo administrativo, pois segundo a Lei 9.784/99: a Administração tem o poder-dever de anular seus atos quando ilegais, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, sempre se respeitando os direitos adquiridos (art. 53); para invalidar atos nulos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários a Administração terá o prazo de 5 (cinco) anos, salvo comprovada má-fé (art. 54), ocasião em que este prazo da Administração não será observado; de outro lado, se estes atos forem sanáveis, poderão ser convalidados, desde que não afetem interesse público (*lato sensu*) nem prejudiquem terceiros (art. 55). Deste modo, segundo a Lei 9.784/99, tem-se que a regra geral é que atos administrativos ilícitos devam ser anulados ou revogados, mas também podem ser convalidados. Todavia, a convalidação destes atos não é ampla e irrestrita, pois deve ser limitada ao atendimento dos interesses daqueles que estejam depositando sua confiança nos atos estatais, evidenciada sempre que existirem razões para que se fiem na estabilidade do ato administrativo (Lei de Procedimento Administrativo Alemã, §48, itens 2, 3 e 4).

Ocorre que a sistemática que foi criada pelas súmulas do STF e posteriormente positivada na Lei 9.784/99, acerca da ineficácia integral de um ato administrativo nulo que

³ Ou também dos tribunais estaduais de justiça (TJ's) e tribunais regionais federais (TRF's) em incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR's).

⁴ Súmula 346: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

⁵ Súmula 473: "A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque dele não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

macule o “interesse público”⁶ padece de uma visão oblíqua que precisa ser corrigida: quase sempre é a Administração Pública que, na sua atuação, é a responsável, exclusiva ou parcialmente, por algum erro que conduz à anulação do ato administrativo, e quando esse erro é descoberto interna ou externamente por algum órgão de controle, a Administração alega “interesse público” na sua anulação, com efeitos *ex-tunc* – quando notoriamente se percebe que tal “interesse público” é um mero “interesse da Administração”.

De outro lado, é difícil verificar um aperfeiçoamento do princípio da eficiência administrativa (*caput* do art. 37 da Constituição Federal) e uma promoção da confiança do cidadão na Administração Pública, com a concessão legislativa de um prazo decadencial de 5 anos para anulação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis ao cidadão (e de 10 anos, no caso de atos relacionados ao Regime Geral da Previdência Social), pois com prazo decadencial tão dilatado há inexoravelmente um desestímulo à correção da atuação administrativa, o que só aumenta as demandas de massa em face da Administração Pública. Isto induz, por sua vez, à releitura da súmula 473 do STF e à aceitação de que, embora seja em regra permitida a invalidação de um ato a qualquer tempo (respeitado o prazo decadencial de 5 anos do art. 54 da Lei nº 9.784/99 ou de 10 anos do art. 103-A da Lei nº 8.213/91) a contar da data do ato administrativo a ser invalidado, os efeitos desta invalidação quando o ato for favorável ao administrado, devem ser diferenciados da invalidação em si, em nome da segurança jurídica e da confiança legítima. É como demonstra Bruno Aurélio:

[...] comprovada a boa-fé do destinatário do ato sob invalidação, a segurança jurídica, especialmente quanto à proteção da confiança e da boa-fé, imporá sua proteção, resguardando os efeitos jurídicos já produzidos e fixando o dever de ressarcimento. A incidência desses princípios resultou na consequente e imprescindível reavaliação dos possíveis efeitos que a invalidação pode gerar. Desta sorte, a vetusta posição no sentido de que a invalidação apenas opera efeitos *ex tunc* não deve mais prevalecer sobre os atos ampliativos de direito, para os quais a retirada deverá operar efeitos *ex nunc*. Isso porque tais atos, presupondo-se válidos antes de ocorrida sua retirada, produziram efeitos positivos sobre a esfera de direitos do particular de boa-fé, situação jurídica protegida pelo sistema normativo.⁷

Consequentemente, em nome da segurança jurídica e da proteção da confiança, os efeitos da invalidação do ato administrativo poderão retroagir ou não, independentemente de o ato ser nulo ou anulável; salvo se, em juízo de ponderação de princípios,

⁶ Ricardo Perlingeiro analisa o caráter dubio da justiça administrativa brasileira, quando define o que é interesse público e o que é interesse da Administração: “A respeito desse tema, o sistema brasileiro também se manifesta híbrido. Em geral, coerente com o seu sistema uno de jurisdição, prevalece o critério do interesse da Administração, independente da natureza pública ou privada da causa, a exemplo da competência das Varas de Fazenda Pública e da Justiça Federal, e da aplicação de normas processuais específicas, como do regime diferenciado da execução de sentenças contra a Administração (precatório judicial), dos prazos dilatados para a Administração defender-se etc. No entanto, encontra-se enraizado no direito brasileiro, quando se trata do procedimento judicial do mandado de segurança, um critério análogo ao do sistema alemão, em que o interessado impugna atuações administrativas, ainda que decorrentes de entes privados no exercício de um poder público, mas a ele é vedada a pretensão de ressarcimento perante o mesmo juiz.” (PERLINGEIRO, Ricardo. *A Justiça Administrativa Brasileira comparada*. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 8, maio/ago. 2012).

⁷ AURÉLIO, Bruno. *Atos administrativos ampliativos de direitos: revogação e invalidação*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 224-225.

perceber-se que a proteção à confiança deve ser negada. Para a tutela pragmática desta confiança dos administrados é importante transcrever trecho da obra de Lucio Picanço Facci sobre o tema, na qual enumera e classifica diversos casos práticos:

No Direito comparado e mesmo no Brasil, a tutela jurisdicional da confiança legítima tem sido amplamente permitida para várias finalidades, dentre as quais sobressaem a garantia de tratamento isonômico entre os administrados; limitação ao exercício da autotutela administrativa; e o dever de ressarcir decorrente da frustração da expectativa legítima pelo Poder Público. Neste sentido, seria possível ordenar os efeitos extraídos da aplicação da proteção da confiança legítima em dois grupos: (i) negativos, nos casos em que a Administração Pública deve se abster de praticar atos restritivos ou ablativos como a revogação ou anulação de ato favorável ao administrado ou a imposição de uma sanção administrativa; e (ii) positivos, hipóteses em que o Poder Público tem o dever de levar a efeito atos administrativos benéficos de reconhecimento ou ampliação dos direitos do administrado, de que seriam exemplos: dever de nomeação em concurso público dos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital; dever de ressarcir os administrados que tiveram a confiança violada, como no caso de revogação de permissão de uso condicionada antes do prazo determinado; responsabilidade civil da Administração Pública em decorrência dos atos praticados por agente público de fato putativo; dever de pagamento dos valores decorrentes de contratos administrativos verbais; dever de conceder autorização para exercício de certas atividades quando o beneficiário se encontra na mesma situação fático-jurídica dos demais autorizatórios etc. Em todos os casos acima mencionados, a tutela jurisdicional da confiança legítima funciona como um instrumento de redução (parcial ou até mesmo integral) da discricionariedade administrativa.⁸

A finalidade do princípio da proteção da confiança é exatamente assegurar ao cidadão a estabilidade de suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que surpreendam o cidadão e/ou retroajam em seu desfavor, pois normas e atos emanados do Estado não podem ter um olhar oblíquo e único para o presente e projetar um futuro que desconsidere por completo as consequências dos atos individuais realizados sob um contexto passado, até então autorizado.

Assim, não sendo possível a manutenção destes atos estatais, e devendo a confiança do cidadão ser protegida, tal princípio demanda ou por regras claras de transição ou por indenizações compensatórias justas, ampliando a estabilidade e a proteção jurídica do cidadão perante a Administração Pública e demais órgãos estatais, e sem cercear as funções destes, como afirma Patrícia Baptista: “Embora o princípio em causa não se preste a garantir a permanência das normas revogadas, por seu intermédio se assegura ao menos que as novas regras não incidam abruptamente. Trata-se de dar, ao particular que confiou, um tempo para que ele possa se adaptar às novas regras por meio da previsão de um regime transitório, minimizando seus prejuízos”.⁹

A doutrina¹⁰ descreve que o princípio da proteção da confiança possui quatro condições básicas para que possa ser empregado, visando aferir se a confiança depositada pelo cidadão no comportamento do Estado é legitimamente digna de proteção. São elas: a) base da confiança; b) existência da confiança no plano subjetivo; c) exercício da confiança através de atos concretos e d) comportamento estatal que frustre a confiança.

⁸ FACCI, Lucio Picanço. *Administração Pública e Segurança Jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 150-151.

⁹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 11, p.12, jul/set. 2007.

¹⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 82.

O Estado, nas relações com particulares, não poderá ser impedido de adotar posturas que não afetem a confiança das pessoas. É natural, e às vezes até recomendável, que ocorram mudanças no mundo real dos atos estatais, em busca de alguma evolução para a sociedade. Com as mudanças, poderá, obviamente, haver a frustração da confiança, o que é representado pela alteração da base objetiva da confiança (itens a e d, supra). A questão mais candente, contudo, é observar se há confiança a ser protegida (itens b e c), nessas relações entre o Estado e o particular, pois comumente o Estado alega que suas mudanças de entendimento devem ser aplicadas a todos indistintamente e não afetam a confiança de ninguém, enquanto o particular buscará ter sua confiança protegida das alterações estatais, ou, quando frustrada, buscará alguma reparação.

3 Existência e Exercício da Confiança Legítima

O aspecto subjetivo do princípio da proteção da confiança determina que, para que haja uma confiança a ser protegida, é necessário restar comprovado que o indivíduo confiou na continuidade do ato estatal, depositando racionalmente suas expectativas em tal ato.

Dessa forma, podemos excluir alguns atos do âmbito de aplicação do princípio da proteção da confiança, caso não fique comprovado que (1) o cidadão depositou, de algum modo, suas esperanças na manutenção do ato estatal (existência da confiança), e que (2) desenvolveu sua confiança através de atos concretos, nos quais há afetações em relações patrimoniais e extrapatrimoniais de sua vida.

Em um primeiro momento, por exemplo, se o particular desconhece totalmente o ato estatal de mudança (e frustração da confiança), ou mesmo o ato anterior que era base da confiança, não há confiança legítima a ser protegida. É até mesmo intuitivo que a confiança não pode ser cega, desconhecadora do que estaria sendo objeto de confiança.

É bom lembrar, todavia, que os atos estatais são presididos pela aplicação do princípio da publicidade (v.g.: arts. 37, *caput* e art. 93, X, da Constituição Federal) e que a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei, para não cumpri-la (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Em outras palavras, não se pode defender que o particular tenha elevado grau de certeza da inalterabilidade de uma determinada situação jurídica, pois nessa hipótese estaríamos diante de uma mudança a termo certo, e não discutindo relações de confiança. Ademais, como vivemos na era da sociedade de risco, não é possível, a qualquer cidadão, ter conhecimento pleno dos atos estatais modificatórios, mormente diante da imensa vulgarização do texto constitucional e das leis infraconstitucionais.¹¹ Destarte, este não

¹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 95: “Há atualmente uma proliferação de normas que colidem com a Constituição do Brasil. Seja por conta da vulgarização de textos infraconstitucionais, seja pela falta de preparo técnico dos agentes públicos, ou mesmo pelo fato de o Brasil possuir uma Constituição analítica que de tudo procura cuidar, estamos vivendo uma época da história de nosso país em que textos jurídicos são comumente declarados inconstitucionais. E o pior é que, em inúmeras situações, esse reconhecimento ocorre muitos anos após a entrada em vigor do dispositivo tido por inconstitucional. Quando isso acontece, é natural que o texto viciado, ainda que inconstitucional,

é um critério seguro para aferir proteção da confiança, em tempos de profusão diária de normas jurídicas dos mais diversos níveis, muitas vezes altamente complexas, quando não são conflitantes e contraditórias entre si, e em relação às anteriores do mesmo grau.

Por outro lado, há uma presunção legal de que o particular conhece os atos estatais — o da base da confiança e o da frustração dessa base, de modo que será sempre um dever do Estado comprovar que o particular não poderia confiar na continuidade do primeiro ato, da base da confiança. É o caso, por exemplo, de atos de natureza precária, que podem ser revertidos repentinamente, como acontece com as permissões não onerosas de uso de bem público; ou de legislações naturalmente passíveis de mudança e ineficácia, como são as medidas provisórias; ou de atos administrativos temporários, com termo certo para o seu final. Apenas nesses casos, em que os atos estatais são, por sua natureza, provisórios e precários, não há como se permitir a tutela por parte do princípio da proteção da confiança, pelo simples fato de que o particular não poderia alegar que tinha expectativas legítimas na permanência e continuidade do ato de base da confiança. Desta forma, comprovando-se que o particular sempre soube da possibilidade de reversão daquele ato estatal, não há confiança a ser protegida.

Outra importante questão a ser analisada quando estamos a tratar da prova da existência subjetiva de confiança a ser protegida advém da aplicação do princípio geral de direito *nemo turpitudinem suam allegare potest*, pelo qual se cunhou a expressão, aplicada em nossos fóruns: “a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza”. Explicando melhor, queremos com isso dizer que, ao se detectar que determinado ato estatal está eivado de ilegalidade *lato sensu* ou inconstitucionalidade e deve, por isso, ser cancelado, revogado ou anulado, há que se investigar quem teria provocado, dolosa ou mesmo culposamente, tal ilegalidade *lato sensu*. Assim, se foi o particular quem provocou dolosamente o “erro”, ilegalidade ou inconstitucionalidade, ele não deterá qualquer proteção estatal de sua confiança, eis que essa não era legítima. Se o cidadão esteve protegido por um ato estatal que se embasou em informações falsas ou incompletas, prestadas por ele próprio, ainda que culposamente, também não merecerá proteção. Do mesmo modo, se o Estado comprovar que o particular conhecia a ilegalidade, inconstitucionalidade ou antijuridicidade ou que seu desconhecimento deriva de sua culpa ou de sua falta geral de cautela, não poderá pleitear proteção de sua confiança.

Mas, em geral, não é assim que o Estado funciona. Na mínima percepção de que o ato estatal é falho, desconfia-se do cidadão e alega-se a fraude, o dolo, a má-fé, sem qualquer olhar investigativo simples e acurado sobre a possibilidade de um erro exclusivamente estatal. É como afirma Valter Shuenquener de Araújo:

Muito embora a Administração tenha o dever de avisar o particular acerca de seus direitos e obrigações, o que contribui para evitar o total desconhecimento do real alcance dos atos estatais pelos seus destinatários, isso nem sempre ocorre na prática. É muito comum um particular agir de boa-fé, mas contrariamente ao que o ordenamento permite, por simples desconhecimento do verdadeiro sentido de uma instrução estatal. O particular deve, a fim de evitar que sua conduta seja caracterizada como de

possa ter criado expectativas legítimas nas mentes dos cidadãos. E, conforme adverte Stefan Muckel, a confiança depositada num texto inconstitucional não é, em princípio, de valor inferior que a confiança baseada numa lei válida. Dessa maneira, o princípio da proteção da confiança também pode justificar a preservação de um ato praticado com esteio em um dispositivo inconstitucional.”

má fé, “colocar todas as cartas na mesa” (*all cards face up on the table*). Sua omissão no fornecimento de uma informação relevante para a Administração pode, portanto, criar intransponíveis obstáculos para a invocação do princípio da proteção da confiança.¹²

Em suma, o particular deve provar sua boa-fé, colocando todas as suas informações à disposição do Estado. Não pode omitir informações ao Estado, que, de seu lado, não pode omitir eficiência e esclarecimentos ao particular.

De outro norte, não basta a comprovação da existência de uma confiança a ser protegida. Deve ser comprovada, também, a ação concreta do particular, em função desta confiança, de forma tal que o desfazimento do ato estatal seja inaceitável ou mesmo impossível, tendo em vista os graves prejuízos, patrimoniais ou extrapatrimoniais que serão causados. Estamos aqui diante da exteriorização da confiança depositada pelo indivíduo nos atos estatais. Não comprovada essa exteriorização, não há confiança a ser protegida, pois a confiança não é um fim em si e só tem sentido na medida em que há atos concretos a serem protegidos, com relação de causalidade entre estes e a confiança. Isto ocorre, por exemplo, com particulares que dedicam parte de suas economias para a montagem de um empreendimento, certos de um determinado incentivo fiscal (afetação patrimonial) ou com cidadãos que optam entre um regime jurídico laboral pleno de deveres e proibições como é o funcionalismo público, certos de que o regime remuneratório e previdenciário lhes será garantido conforme a legislação em vigor na data de seu ingresso no serviço público (afetação extrapatrimonial¹³).

Neste ponto, é possível notar que, para evitar a dúvida sobre a existência de boa-fé do cidadão em suas relações com o Estado, devem ser analisados o nível e a qualidade da comunicação entre o particular e o Estado, representado por seus agentes públicos. Essa comunicação pode se dar por diversas formas. A mais frequente é aquela que fica registrada por meio de um procedimento administrativo (ou processo administrativo).¹⁴

¹² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 92.

¹³ Ibid., p. 99-100: “Embora se exija a prática de atos concretos para que uma expectativa seja tutelada, isso não significa que o ato praticado sempre deva ter um conteúdo patrimonial. A ausência de uma medida específica de caráter patrimonial não parece ser um motivo suficiente para afastar a priori a proteção da confiança. A colocação da confiança em prática terá efetivamente um peso relevante na ponderação com o interesse estatal de alteração normativa. No entanto, não se pode invariavelmente exigir do cidadão a realização de atos de disposição patrimonial. Mesmo sem a prática de medidas de natureza patrimonial, a confiança pode vir a ser abalada por uma alteração normativa. [...] Existem circunstâncias que não envolvem disposições patrimoniais concretas, mas que exigem a proteção de uma expectativa privada. É possível que o particular não tenha efetuado qualquer medida patrimonial concreta, mas também mereça a tutela de sua expectativa por já ter orientado sua vida contando com a continuidade do ato estatal”.

¹⁴ Assim ensinam Ricardo Perlingeiro e Flavia Affonso, no artigo Introdução à compilação de leis de procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: “Não há uma uniformidade de terminologia entre as leis nacionais examinadas acerca dos institutos concernentes à jurisdição administrativa, entendida como a função do Estado para solucionar, em definitivo, conflitos sobre direito administrativo. De um modo geral, com exceção do direito brasileiro, “processo” está associado à jurisdição e “procedimento” a atuações não jurisdicionais da Administração, meramente executivas e destinadas à solução de conflitos, porém sujeitas a uma revisão jurisdicional

Esse procedimento pode se iniciar e ser impulsionado *ex officio* ou por requerimento administrativo, para cumprimento de determinação legal ou para solução administrativa de conflitos.¹⁵ Sua condução deve ser feita por agente público dotado de poder decisório para implementar suas decisões com efetividade. É a autoridade administrativa. Será ela a responsável por dar andamento ao procedimento, regulando e registrando a comunicação entre o Estado e o cidadão. Vejamos quais são as condições em que laboram essas autoridades.

4 Independência e Hierarquia e o Procedimento

É de se esperar que o acesso às funções públicas, em um Estado que se vê agigantado de funções, responsabilidades e expectativas, seja uma das ambições de parcela significativa da população. Agente econômico de suma importância, produtor de moeda, controlador e fomentador de relações produtivas, o Estado é o empregador dos sonhos de muitos cidadãos que buscam espaço no mercado de trabalho. Afinal, quem não gostaria de trabalhar em uma carreira na qual se prestigia o mérito demonstrado pela aprovação em um republicano concurso público (art. 37, II, da CF), com irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da CF), com estabilidade no cargo após cumprimento de alguns requisitos (art. 41 da CF) e com Regime Próprio de Previdência Social para si e para sua família (art. 40 da CF)?

Contudo, essa estabilidade profissional, uma vez obtida, pode conduzir a autoridade administrativa a uma postura de autossuficiência e estagnação, que não lhe permitam agir com o enlevo de um olhar incomodado com a evolução dos fatos sociais que envolvam sua rotina laborativa diária. Acomodada em um universo particular em que o cargo público é parte de seu patrimônio privado, a autoridade administrativa brasileira, sob essa perspectiva, com o temor de sofrer punições disciplinares de seus superiores hierárquicos, adota entendimentos e toma decisões que, por vezes, distorcem seus deveres funcionais e desrespeitam a juridicidade vigente e direitos fundamentais do indivíduo como isonomia, razoável duração do processo, tutela jurisdicional efetiva, e o respeito à segurança jurídica.

subsequente. No Brasil, porém, utiliza-se a expressão “processo administrativo” para se referir ao que o restante da legislação latino-americana denomina “procedimento administrativo”, valendo-se da expressão “processo judicial” para referir-se ao processo jurisdicional, que, aqui, é sempre judicial, das causas de direito administrativo.” (PERLINGEIRO, Ricardo (Coord.), AFFONSO, Flávia; et al. *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. Rio de Janeiro: Tribunal Regional Federal da 2ª Região/EMARF, 2017. p. 23. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911697>. Acesso em: 28 ago. 2017).

¹⁵ Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XII — impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados. [...] Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado. [...] Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias”.

Não é todo e qualquer agente público que toma decisões e pratica atos administrativos com reflexos para a Administração, mas sim as autoridades administrativas que detenham o poder decisional para o caso específico, na forma delineada na legislação. Todavia, é inegável que, tanto para agentes públicos sem poder decisório como para autoridades administrativas ou mesmo colegiados e autoridades administrativas totalmente independentes, o raciocínio deve ser o mesmo: os motivos de seus atos devem ser claros e explícitos, especialmente quando afetarem a segurança jurídica e a confiança do administrado, ocasião na qual devem fortalecer e cuidar de uma comunicação aberta e sem ruídos entre Estado e indivíduo. Quanto à comunicação entre Estado e administrados, a Lei 9.784/99 — que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 4º, assim dispõe:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I — expor os fatos conforme a verdade; II — proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III — não agir de modo temerário; IV — prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Ou seja, no curso de um procedimento administrativo, a regra é que o cidadão preste informações e colabore para o esclarecimento de fatos, expondo-os conforme a verdade, sem conduta temerária e procedendo com lealdade, urbanidade e boa-fé.

Mas, do mesmo modo, a Administração é a responsável por facilitar o cumprimento das obrigações do particular. Neste sentido, eis como dispõe o art. 3º, inciso I, da mesma Lei nº 9.784/99:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I — ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

Uma das chaves para evitar discussões a respeito da existência de confiança legítima a ser protegida em algum procedimento administrativo, passa, necessariamente, pela redução de erros administrativos violadores da segurança jurídica dos particulares, o que pode ser obtido pelo aperfeiçoamento da comunicação entre Estado e cidadão, por meio de um procedimento administrativo aprimorado. Havendo necessidade de mudança de entendimento estatal, com agravamento para o particular, para fins de se evitar a alegação individual de que a confiança depositada nos atos estatais fora violada, deverá haver o aperfeiçoamento da comunicação entre Estado-Administrador e administrado. O Estado pode se deparar com a necessidade incontornável de modificar seu entendimento sobre determinada matéria, mas para isso deverá atentar para uma abertura participativa de seus procedimentos administrativos, o que tornará mais legítima sua decisão, inclusive com o estudo de possíveis alternativas à eficácia de suas decisões agravadoras. Não poderá olvidar de regras de transição proporcionais e adequadas, ou outras medidas reparatórias, para qualquer mudança mais gravosa para o indivíduo. Não se pode vedar que atue buscando mudanças que potencialmente afetam a vida do cidadão, mas essas mudanças não podem ser feitas sem abertura participativa e argumentativa a todos os potencialmente afetados e legítimos envolvidos pelo ato.

Pensamos, portanto, que o procedimento administrativo é o melhor dos meios para que a própria Administração Pública reconheça a necessidade de proteção da confiança

legítima, seja como tema único do referido procedimento, seja como análise indissociável de um procedimento no qual se esteja observando alguma mudança de entendimento mais gravosa ao interessado. Neste sentido, não é demais lembrar o teor do art. 2º da Lei nº 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifo nosso).

A título exemplificativo, devemos relatar que, no Brasil, é comum que um determinado cidadão seja intimado por órgãos de controle como tribunais de contas¹⁶ para apresentar os documentos que embasaram a concessão de seu benefício previdenciário.¹⁷ Em sua defesa, geralmente o cidadão alega que as provas que embasaram um determinado direito que vem usufruindo não se encontram mais consigo, seja porque se perderam ou porque foram destruídas, v.g., em incêndios, enchentes ou outros desastres e acidentes.

Sabe-se que o procedimento administrativo pode se iniciar e ser impulsionado *ex officio* pela autoridade administrativa. Mas não é só. Também a instrução pode ser feita *ex officio*, conforme dispõe o art. 37 da Lei nº 9.784/99: “Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”. Assim sendo, é justo que essa aposentadoria seja suspensa pelo simples fato de que o cidadão não apresentou os documentos ao tribunal de contas? Não deveria o órgão administrativo ter se utilizado dos poderes instrutórios no procedimento administrativo para tentar investigar adequadamente as razões do ato que pretende suspender? No nosso entendimento, todos esses poderes instrutórios da autoridade administrativa, no curso do procedimento administrativo, devem ser melhor explorados, atentos aos princípios do procedimento, tal como o da segurança jurídica, *supra* mencionados.

A condução deste procedimento, portanto, não pode, em nenhum caso, deixar de analisar o grau de afetação patrimonial e extrapatrimonial dos interessados e atingidos (reais ou potenciais) pela futura decisão, para fins de observar se e como a confiança legítima desses interessados foi atingida. E, com base no princípio da segurança jurídica, ha-

¹⁶ Const. Federal do Brasil (1988): “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] III — apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

¹⁷ Por exemplo, eis as seguintes notícias: “TCU fará auditoria para avaliar real situação da previdência” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *TCU fará auditoria para avaliar real situação da previdência*. Brasília, 19 jan. 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-fara-auditoria-para-avaliar-real-situacao-da-previdencia.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2017) e “TCU determina pente-fino em 19.520 pensões com indício de irregularidade” (LIS, Laís. TCU determina pente-fino em 19.520 pensões com indício de irregularidade. *O Globo*, Brasília, 1 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/11/tcu-determina-pente-fino-em-19520-pensoes-com-indicio-de-irregularidade.html>>. Acesso em: 6 ago. 2017).

vendo algum risco de prejuízo com a decisão do procedimento administrativo, pensá-la de modo a concretizar regras de transição ou medidas compensatórias, aferindo a existência de confiança legítima a ser protegida e sobre ela manifestar-se fundamentadamente na decisão, como um capítulo específico, tendo em vista que decisões administrativas que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses ou importem em anulação, revogação, suspensão ou convalidação de atos administrativos precisam ser adequadamente motivadas, com indicação do contexto fático-jurídico em que foram prolatadas (art. 50, inc. I e VIII, da Lei n.º 9.784/99). Obviamente que esse quadro não se concretizará com autoridades administrativas muito mais preocupadas com a hierarquia que lhes subjaz do que com a independência e a efetividade de sua atuação.

Destarte, muito embora o permanente conflito entre a independência e a hierarquia de autoridades administrativas seja uma realidade que dificulta um serviço estatal com eficiência e qualidade, nas relações entre cidadão e poderes estatais, em nosso entendimento, é possível haver aperfeiçoamento por meio da conjugação entre deveres do cidadão e deveres do Estado. Uma tecnologia jurídica capaz de colaborar nesse aperfeiçoamento é o direito de acesso à informação, que não costuma ser abordado pelas autoridades condutoras dos procedimentos administrativos, nas fundamentações de suas decisões.

5 O Acesso à Informação como Motor da Confiança

Como vimos, o aspecto subjetivo do princípio da proteção da confiança determina que, para que haja uma confiança a ser protegida, é necessário comprovar que o indivíduo confiou na continuidade do ato estatal, depositando racionalmente suas expectativas em tal ato. Assim, como condições de aplicação do princípio da proteção da confiança, excluem-se alguns atos de seu âmbito, caso não fique comprovado, por exemplo, que o cidadão depositou suas esperanças na manutenção do ato estatal (existência da confiança).

Neste aspecto, vimos que há alguns conflitos de publicidade e comunicação dos atos estatais que não permitem entender pela presunção de que a base da confiança era do integral conhecimento do interessado ou de que ele saberia (ou deveria saber) da ilegalidade ou inconstitucionalidade de tal base da confiança (que posteriormente passaria a uma situação mais gravosa para o cidadão).

É exatamente para estes conflitos informativos sobre a base da confiança e a existência subjetiva da confiança que pensamos ser possível aplicar-se um agente promotor de confiança, induzindo-a a níveis que permitam uma elevação qualitativa das relações Estado-particulares. Trata-se do direito de acesso à informação, especialmente em sua feição ativa e participativa, tendo em vista que é do interesse do cidadão o acesso à informação controlada pelo Estado, mas, principalmente, o acesso à informação estatal que se refira a seus dados pessoais, seja para corrigir, alterar, acrescentar, cancelar ou qualquer outra atitude que represente maior fidedignidade dos dados e da realidade.

6 Acesso à Informação e Tecnologias

Como compreender o direito de acesso à informação adequando-o às modernas tecnologias da informação é o desafio desta parte do texto. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92), em seu artigo 13, item 1, assim dispõe:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Comentando este dispositivo sob a ótica do direito de acesso à informação, assim Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono delinea seu marco mínimo:

*Se establece así un marco mínimo homogéneo en todos los Estados miembros, a partir de los cuales estos están obligados a: a) promover tal derecho; b) eliminar cualquier traba en el sistema interno que impida directa o indirectamente su validez y eficacia; c) interpretar los alcances de tal derecho conforme las pautas que proporciona el sistema convencional o en su caso el interno, según sea de mayor protección uno u otro; d) aumentar los niveles internos de protección más no a disminuirlos, siendo posible su reglamentación sólo bajo los principios y mecanismos que el propio PSCR establece.*¹⁸

No mesmo sentido é a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O livre acesso à informação é um meio para que, em um sistema democrático representativo e participativo, a cidadania exerça seus direitos políticos; com efeito, o pleno exercício do direito de acesso à informação é necessário para evitar abusos pelos funcionários públicos, promover a prestação pública de contas e a transparência na gestão estatal, e permitir um debate público sólido e bem informado que assegure a garantia de recursos efetivos contra os abusos governamentais e previna contra a corrupção. É somente por meio do acesso à informação de interesse público sob o controle do Estado que os cidadãos podem questionar, inquirir e considerar se está acontecendo o cumprimento adequado das funções públicas. Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes e outros*. São José, 19 de setembro de 2006. Série C, N° 151, § 86 e 87.

Todavia, não é assim que as autoridades administrativas brasileiras costumam proceder. Veja-se, por exemplo, o que dispõe o art. 29-A da Lei nº 8.213/91:

Art. 29-A. O INSS utilizará as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS sobre os vínculos e as remunerações dos segurados, para fins de cálculo do salário-de-benefício, comprovação de filiação ao Regime Geral de Previdência Social, tempo de contribuição e relação de emprego. § 1º O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pedido, para fornecer ao segurado as informações previstas no caput deste artigo. § 2º O segurado poderá solicitar, a qualquer momento, a inclusão, exclusão ou retificação de informações constantes do CNIS, com a apresentação de documentos comprobatórios dos dados divergentes, conforme critérios definidos pelo INSS.

Ora, o direito de acesso à informação não pode prescindir de sua feição ativa. O Estado tem que pensar em formas de apresentar, em tempo real, as informações de que dispõe, sem aguardar qualquer requerimento específico de qualquer pessoa, respondendo e atualizando seus bancos de dados de modo célere, o que não parece existir quando se concede um prazo de 180 dias para um mero pedido de informações em poder do

¹⁸ COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez. El acceso a la información pública: una doble mirada convencional y del derecho argentino. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (Coord.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 193-194.

Estado, sobre a vida laborativa do administrado. Tecnologias podem contribuir nisso. Diminuirão, com isso, os argumentos individuais de que o Estado não protegeu as expectativas por ele geradas. Mudando seu comportamento, o Estado muda o comportamento de seus cidadãos. Vejamos.

O uso intensivo de tecnologias da informação é uma realidade incontornável. Não há como imaginar o funcionamento de sistemas processuais do Poder Judiciário, de controle de tráfego aéreo, de funcionamento dos sistemas de audiências públicas e votações no Poder Legislativo, de regulação de mercados mobiliários, de fiscalização de condutas no trânsito terrestre, de sistemas de telecomunicações, sem o uso pleno de tais tecnologias.

O grande desafio dos tempos atuais é interconectar as tecnologias que cada instituição utiliza, juntamente com a compilação e a apresentação de tais informações ao indivíduo, que se enxerga minúsculo em relação à infinitude de sistemas, tecnologias e informações produzidas em cada instituição conectada com esse indivíduo. Conforme relata Remis Balaniuk, em seu artigo “Novas tecnologias aplicadas ao controle”:

Um aspecto importante do contexto atual da Administração Pública federal brasileira é o uso intensivo e extensivo de sistemas informatizados estruturantes, como o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), o Sistema de Administração de Serviços Gerais (SIASG) e o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE) entre outros. Esses sistemas registram e controlam o funcionamento cotidiano da máquina administrativa de forma centralizada. Suas bases de dados, que já contêm dados históricos de mais de uma década em alguns casos, constituem fontes inestimáveis de informação. Entretanto, a existência e a disponibilidade de grandes volumes de dados de interesse para o controle não garantem que se consiga facilmente extrair desses dados conhecimento útil à prática do controle, tal como indícios e provas relativas a atos ilícitos cometidos contra o erário. Uma vez os dados de interesse estando acessíveis, o problema central que se impõe aos analistas e auditores é como lidar com a complexidade, diversidade e o gigantesco volume das informações ali contidas.¹⁹

Ou seja, cada Administração Pública específica detém uma infinitude de informações em seus bancos de dados, mas o particular tem o direito (com o dever correlato do Estado) de que seus dados estejam sempre integralmente corretos, devendo com eles interagir, o que, com a internet e as redes sociais, restou bastante ampliado. Julianio Heinen assim expõe:

Percebemos, hoje, um franco avanço na disponibilização dos atos administrativos por meio da rede mundial de computadores, fator que tem provocado alterações na sistemática de publicação. Dessa forma, os bancos de dados abertos à consulta pública vêm ganhando espaço, facilitando as pesquisas online. Busca-se, assim, cada vez mais a constituição de um governo eletrônico, momento em que a relação do administrado para com a Administração Pública poderá ser estabelecida muito ou quase que exclusivamente pela rede mundial de computadores.²⁰

Os procedimentos administrativos, portanto, não podem estar desatentos a este novo perfil de governo eletrônico, conectando-o à autodeterminação informativa, para fins de aperfeiçoar a comunicação entre Estado e Administrado, e promover a confiança do cidadão.

¹⁹ BALANIUK, Remis. Novas tecnologias aplicadas ao controle. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 310.

²⁰ HEINEN, Julianio. *Comentários à lei de acesso à informação – Lei nº 12.527/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 138-139.

7 Considerações Finais

Sob o predomínio da visão estática e generalista do princípio da legalidade, diversas situações de fato mais benéficas ao particular são desprezadas pelo Estado brasileiro, por ocasião de suas mudanças de entendimento, em quaisquer dos Poderes, mas especialmente por sua Administração Pública. É cotidiano o desrespeito à segurança jurídica, como vimos, mesmo com as modificações legislativas e jurisprudenciais a respeito. Denotando o desprezo às realidades do indivíduo, o Estado brasileiro prioriza uma Administração Pública extremamente conduzida por um rígido regime hierárquico, em detrimento da independência de suas autoridades administrativas e da jurisdição administrativa correlata.

De tudo isto resulta um Estado de perfil autoritário, formado por autoridades administrativas com o mesmo perfil, obcecadas pela prevalência do princípio hierárquico, desinteressadas na confiança e na boa-fé do indivíduo em seus atos, e despreocupadas com os prejuízos causados por mudanças de posturas estatais e com os atos concretos deste indivíduo, patrimoniais ou extrapatrimoniais. Assim, erros administrativos são cometidos e o prejuízo é imputado ao cidadão/administrado, em um resultado duplamente prejudicial à sociedade.

Vimos, contudo, que é possível concluir que os procedimentos administrativos, especialmente em suas instruções probatórias, permitem a tutela da confiança legítima, sob diversos aspectos, por ocasião, por exemplo, das anulações, revogações e convalidações de atos administrativos; ou na distinção entre “interesse público” e “interesse da Administração”; ou na aferição da publicidade dos atos estatais e da comunicação entre o Estado e o cidadão, no caso particular; ou na comprovação, no procedimento, de que o cidadão depositou, de algum modo, suas esperanças na manutenção do ato estatal (existência da confiança) e que desenvolveu sua confiança através de atos concretos, nos quais há afetações em relações patrimoniais e extrapatrimoniais de sua vida. Do mesmo modo, o procedimento administrativo pode vir a ser meio de provas da boa-fé do cidadão, e de eventual dolo, fraude ou erro de sua parte. Tratam-se de delimitações conceituais que permitem uma aferição correta da existência de confiança a ser protegida e, consequentemente, a redução da discricionariedade administrativa a patamares que permitam um Estado mais eficiente e menos autoritário.

Outra forma de evitar esse quadro social notoriamente indesejável é avançar para além da proteção da confiança, abordando-a pela necessidade de promoção da confiança, o que pode ser obtido com a prática diária do direito de acesso à informação e à autodeterminação informativa. Tecnologias informáticas podem colaborar no aprimoramento dos procedimentos administrativos para que estes sejam tratados como meios ativos de abertura participativa dos administrados, com vistas ao direito de retificarem e inserirem dados pessoais, diminuindo os erros administrativos muito frequentes na análise de dados pessoais para fins de exercícios de direitos perante o Estado.

Com uma atuação mais proativa do Estado e um uso mais intensificado de bancos de dados dinamizados e abertos à participação controlada do administrado, no que pertine a seus dados pessoais em poder do Estado, teremos procedimentos administrativos nos quais estaremos, para além de evitar ofensas à confiança do cidadão, promovendo tal confiança, o que conduzirá ao fortalecimento da segurança jurídica e da legitimidade do Estado de Direito.

PARTE II

O SISTEMA PORTUGUÊS DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADOS

INTRODUÇÃO

Juliana Ferraz Coutinho*

De um ponto de vista histórico, a construção científica e sistemática do direito administrativo começou com Franz Von Mayer e, depois, com Laferrière, Otto Mayer e Orlando, nos finais do século XIX, partindo da configuração do Estado como pessoa jurídica de direito público.¹ O direito administrativo clássico revela-se agora desadequado às novas funções do Estado e ao modelo atual de Administração Pública, mas continua a ser nos clássicos que encontramos a essência do direito administrativo e os princípios e categorias jurídicas que garantem a sua coerência interna e unidade sistemática. Na verdade, o direito administrativo, intimamente vinculado e entrelaçado com as necessidades, em constante mudança, das Sociedades modernas, configura-se como um sistema aberto, relativo e flexível, em contínua sintonia com o ordenamento positivo,² sujeito, com maior frequência do que o direito privado, a reajustamentos, à integração de novos conceitos e à alteração ou reposicionamento dos conceitos-chave, sem, no entanto, deixar de ser sistema.³

Com as revoluções liberais estabeleceram-se na Europa dois sistemas administrativos modernos — o sistema de tipo britânico ou de administração judiciária e o sistema de tipo francês ou de administração executiva —, com características distintas em matéria de organização administrativa, controlo da Administração, direito regulador, execução das decisões administrativas e garantias jurídicas dos administrados.⁴

¹ Para Ernest Forsthoff, esta teoria “permite analisar a relação entre o Estado e os administrados como uma relação jurídica bilateral entre duas pessoas e construir (...) um sistema e uma doutrina de direito público”. Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Tradução Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969. p. 102 e 103.

² D’ALBERTI, Marco. Configurazioni del diritto amministrativo in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, Sabino; CARCATERRA, Gaetano; D’ALBERTI, Marco; BIXIO, Andrea (Coord.). *L’unità del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1994. p. 75-76.

³ Sobre a concepção sistemática do Direito Administrativo, cf. COUTINHO, Juliana Ferraz. *O Público e o Privado na Organização Administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 38 et seq.

⁴ Esta qualificação deve-se a HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11.ed. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 2. Para que dúvidas não existam, a referência ao sistema de tipo britânico como um sistema de administração judiciária nada tem que ver com a configuração dos *administrative tribunals* como verdadeiros tribunais, uma vez que ao contrário do que

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) da FDUP.

Apesar da aproximação, a partir do século XX, entre o sistema de tipo francês ou de administração executiva e o sistema de tipo britânico ou de administração judiciária, fruto da dinâmica de europeização dos direitos administrativos dos Estados-membros da União Europeia, mantêm-se, como traços essenciais que permitem distinguir os dois sistemas, o direito regulador, o controlo da atividade administrativa e a forma de execução de decisões administrativas.

O direito administrativo português não se confunde com o direito administrativo dos países anglo-saxônicos, que se define como um direito administrativo não integrado num corpo normativo coerente e dotado de princípios próprios, desprovido de uma jurisdição especializada ou, pelo menos, sem uma jurisdição semelhante à que existe nos países de influência romano-germânica, uma vez que os *administrative tribunals* não são verdadeiros tribunais administrativos, mas uma espécie de entidade administrativa independente.

Da mesma forma que há dois modelos de Estado de Direito, há também, como lembra Colaço Antunes, dois modelos de direito administrativo, “um modelo mais substantivo e executivo e outro mais judiciário, ditados por eventos históricos igualmente distintos”.⁵

O sistema português de direito administrativo qualifica-se assim como um sistema de tipo francês ou de administração executiva, dotado dos elementos essenciais da unidade e organização que vemos no conceito kantiano de sistema, integrado pelas normas e princípios jurídicos aplicáveis à Administração Pública, entendida em sentido orgânico e funcional, julgando os tribunais administrativos e fiscais — órgãos do poder judicial que integram uma jurisdição especializada definida segundo o critério da relação jurídico-administrativa —, do seu cumprimento pela Administração Pública.

É neste contexto que deve ser compreendido o sistema português de proteção dos administrados, estruturado, no que se refere às normas e princípios aplicáveis, em seis diplomas fundamentais, de caráter geral, sem prejuízo das garantias, inclusivamente petições, previstas em normas especiais:

- i. A Constituição da República Portuguesa, em especial, o artigo 22.º, que dispõe sobre a responsabilidade do Estado; o artigo 266.º, que define os princípios gerais da atividade administrativa e da Administração Pública; o artigo 267.º, que estabelece os princípios da organização administrativa, impondo ao legislador uma procedimentalização da atividade administrativa que assegure a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito; e o artigo 268.º, que consagra o direito fundamental dos cidadãos de acesso pleno e efetivo à justiça administrativa;
- ii. O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, com as alterações

acontece no sistema de tipo francês há apenas uma jurisdição — a dos tribunais comuns —, mas sim com a necessidade de recurso prévio aos tribunais para execução dos atos administrativos.

⁵ Cf. ANTUNES, Colaço. *O Direito Administrativo sem Estado — Crise ou Fim de um Paradigma?* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 27.

introduzidas pelo Decreto-Lei nº 31/2008, de 17 de julho, que estabelece os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por atos ou omissões adotadas por pessoas coletivas públicas e por pessoas coletivas privadas, no exercício de poderes públicos de autoridade ou reguladas por disposições de Direito Administrativo, bem como os requisitos da responsabilidade civil extracontratual de pessoas coletivas públicas por danos decorrentes no exercício da função legislativa e jurisdicional;

- iii. A lei de acesso aos documentos administrativos, aprovada pela Lei nº 26/2016, de 22 de agosto, que regula, entre outros aspetos, o acesso à informação não procedimental, isto é, o direito fundamental de acesso aos documentos e arquivos administrativos referentes a procedimentos administrativos já extintos, concretizando o princípio da administração aberta;
- iv. O Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado em anexo pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que define os princípios gerais da atividade administrativa e os princípios e deveres procedimentais, que disciplina as formas unilaterais de atuação jurídica da Administração Pública — o ato e o regulamento administrativos —, e que prevê os procedimentos administrativos de emissão e execução de atos administrativos (primários e secundários) e de emissão de regulamentos, assim como os mecanismos de impugnação administrativa (a reclamação e o recurso) face aos atos, regulamentos e omissões ilegais cometidos pela Administração Pública;
- v. O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, que delimita, em consonância com o critério da relação jurídica administrativa definido no artigo 212.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, os litígios da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, regulando ainda a sua organização e funcionamento;
- vi. E o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, que disciplina os meios processuais (ou contenciosos) de acesso aos tribunais administrativos e fiscais.

Limitando a análise às garantias petitórias, isto é, aos mecanismos de reação face às formas de atuação administrativa, a distinção fundamental faz-se entre:

- i. Reclamação e recursos administrativos, que permitem aos administrados impugnar, perante a Administração Pública, atos e regulamentos administrativos, solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição, ou reagir contra a omissão ilegal de atos e regulamentos administrativos, solicitando a emissão do ato ou do regulamento devido. Na sequência do pedido dos interessados a Administração Pública reapreciará o mérito e a legalidade da sua atuação, com efeitos suspensivos, no caso das garantias com carácter facultativo, sobre os prazos de acesso aos tribunais administrativos e fiscais;
- i. Garantias processuais ou contenciosas apresentadas junto dos tribunais adminis-

trativos e fiscais, configurados pela Constituição da República Portuguesa e pela lei como verdadeiros órgãos de poder judicial. O modelo de contencioso administrativo define-se como um modelo judicialista, integralmente jurisdicionalizado, atribuído a uma ordem judicial autónoma — a jurisdição dos tribunais administrativo e fiscais —, de competência especializada. Os tribunais administrativos e fiscais julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios que a vinculam, mesmo no caso de exercício de poderes discricionários, e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação.

- ii. Em qualquer caso, a utilização destas garantias visa tanto a defesa da legalidade e do interesse público como a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados. O sistema português define-se assim como um sistema misto, que combina, no que se refere às funções que desempenha: *i)* notas objetivistas, visíveis, no plano do direito administrativo substantivo, na possibilidade de anulação ou de revogação por iniciativa da própria Administração Pública e, no domínio do direito administrativo processual, no papel do Ministério Público e na legitimidade ativa de grupos de cidadãos para proteção dos interesses difusos; *ii)* e traços subjetivistas, que são, na verdade, predominantes, de tutela das posições jurídicas individualizadas dos administrados, definidas de acordo com o critério da lesividade.

É neste contexto que se enquadram os contributos dos investigadores e colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e do Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto — Pedro Jacob Morais, “Quem defende o direito? Considerações jusfilosóficas a propósito da alteridade e do papel do Tribunal Constitucional na proteção do binómio eu-outro”, Joana Costa e Nora, “As garantias impugnatórias no novo Código do Procedimento Administrativo”, Carla Margarida Costa, “As formas de garantia dos trabalhadores públicos”, e Sara Soares, “Uma perspetiva atual sobre as garantias dos contribuintes” —, procurando dar uma perspetiva abrangente sobre as garantias dos administrados no sistema de direito administrativo português e sobre a sua aplicação pela Administração Pública e pelos tribunais. Já num plano distinto, mas complementar, atendendo ao carácter transfronteiriço do direito administrativo, enquadra-se o contributo de Rita Barros sobre “Um sistema multinível de proteção dos cidadãos”.

AS FORMAS DE GARANTIA DOS TRABALHADORES PÚBLICOS

(THE FORMS OF PROTECTION OF PUBLIC SERVANTS)

Carla Margarida Costa*

Resumo (1) Abordar “as formas de garantia dos trabalhadores públicos” — tendo como pano de fundo o direito administrativo e os mecanismos de proteção dos administrados — impõe o exercício prévio de delimitar ou identificar, de forma muito concreta, quem são estes “trabalhadores públicos”; (2) em segundo lugar, identificar formas genéricas de garantia — aquelas que vinculam a atuação da Administração Pública a todo o tempo, com particular enfoque na vertente voltada para os seus recursos humanos; (3) e, finalmente, evidenciar ou ilustrar com alguns regimes jurídicos as garantias dos trabalhadores públicos. Encontramos aqui um leque vasto e diversificado de matérias... Fazendo apelo àquela que é a realidade e a experiência nos serviços públicos (e sem aprofundar aqui enquadramentos histórico-normativos subjacentes aos exemplos apresentados), optamos por destacar, pela sua particular relevância, garantias ao nível do regime jurídico de proteção do vínculo laboral dos trabalhadores públicos, particularidades no âmbito do regime de proteção social e algumas das garantias remuneratórias.

Palavras-chave: trabalhadores públicos, garantias, regime de proteção social, garantias remuneratórias.

Abstract (1) When we want to speak about forms of guarantee for public workers we should make the prior exercise of identifying who these public workers are; (2) Then, we'll find generic forms of guarantees, with particular focus on the human resources area; (3) and, finally, it's time to present some details that are very specific for public workers: the employment contract, social protection and remuneration guarantees.

Keywords: public workers, employment contract, social protection, remuneration guarantees.

Sumário 1 Identificar quem são os trabalhadores públicos. 2 Formas genéricas de garantia dos trabalhadores públicos 3 Alguns regimes jurídicos de garantia dos trabalhadores públicos. 3.1 O regime de proteção do vínculo laboral. 3.2 O regime de proteção social. 3.3 Algumas garantias remuneratórias. 4 *Post Scriptum*

1 Identificar quem são os trabalhadores públicos

Uma questão pequena e que aparenta ser simples...! No sítio da Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (doravante apenas DGAEP), em <https://www.dgaep.gov.pt>, podemos ler, no separador relativo à estrutura da Administração Pública, que “A Administração Pública é uma realidade vasta e complexa (...¹). Considerando o

* Carla Margarida Costa, carlamargaridacosta@gmail.com

¹ “Tradicionalmente, a Administração Pública é entendida num duplo sentido: sentido orgânico e sentido material. No sentido orgânico, a administração pública é o sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado e de outras entidades públicas que visam a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas; no sentido material, a administração pública é a própria atividade desenvolvida por aqueles órgãos, serviços e agentes.”

seu sentido orgânico, é possível distinguir na Administração Pública três grandes grupos de entidades”: administração direta (Lei nº 4/2005, de 15 de janeiro) com competências territorialmente distribuídas por serviços centrais e periféricos; administração indireta (Lei nº 3/2004, de 15 de janeiro) composta pelos serviços personalizados, fundos personalizados e entidades públicas empresariais; e, finalmente, pela administração autónoma composta pela administração regional, local e associações públicas. E, é no contexto desta complexa estrutura jurídica, orgânica e funcional que vamos encontrar os recursos humanos da Administração Pública, no seu sentido mais abrangente, os trabalhadores públicos.

Os vínculos laborais foram sendo desenhados a par e passo com a evolução (natural) desta realidade tão vasta que é o Estado em sentido *lato*...

Ainda estão tão presentes (não será demais dizer, enraizados) os conceitos de funcionário público (ou com vínculo de nomeação definitiva), os agentes (ou trabalhadores com contrato administrativo de provimento), os contratados a termo e os impropriamente chamados tarefeiros que durante anos foram o rosto dos recursos humanos dos serviços públicos;² mais tarde, com a entrada em vigor da Lei nº 23/2004, de 22 de junho acrescem aos primeiros também os contratos individuais de trabalho.³ Funcionários e agentes abrangidos pelo regime estatutário (regime jurídico específico dos trabalhadores do Estado, com regime de proteção social também próprio, pois são beneficiários da Caixa Geral de Aposentações e da A.D.S.E); contratos a termo e contratos individuais de trabalho por tempo indeterminado com regime laboral de direito privado (embora pontualmente com regimes idênticos aos funcionários⁴) e beneficiários do regime de proteção social da Segurança Social.

Com a ainda recente reforma da Administração Pública⁵ ao nível dos recursos humanos, marcada pela entrada em vigor (em 1 de janeiro de 2009) do novo regime de vínculos, carreiras e remunerações,⁶ **as funções públicas passam a poder ser exercidas com vínculo de emprego público** (contrato de trabalho em funções públicas, nomeação e comissão de serviço) **e em regime de prestação de serviços** (contrato de tarefa e contrato de avença).⁷

² DL nº 184/89, de 2 de junho e DL nº 427/89, de 7 de dezembro.

³ O artigo 11º-A aditado pela Lei nº 25/98, de 26 de maio ao DL nº 184/89, de 2 de junho já permitia a contratação de pessoal auxiliar em regime de contrato individual de trabalho por tempo indeterminado; porém a Lei nº 23/2004 amplia e generaliza esta possibilidade. A estes trabalhadores é dada a possibilidade de (facultativamente) descontarem para a A.D.S.E. (Assistência na Doença aos Servidores do Estado) — até aqui apenas ao alcance dos funcionários e agentes.

⁴ Exemplo: Regulamento interno para o pessoal não docente com contrato individual de trabalho das Escolas do Ensino Básico e Secundário (Despacho nº 17 460/2006 publicado no DR 2ª série Nº 166 de 29 de agosto de 2006).

⁵ Sobre a Reforma da Administração Pública consultar: Sumário Executivo da Comissão para a Revisão do Sistema de Carreiras e Remunerações da Função Pública; Resolução do Conselho de Ministros nº 95/2003 publicada no DR nº 174 1ª Série B de 30 de julho de 2003 e Resolução do Conselho de Ministros nº 53/2004 publicada no DR nº 94 2ª Série de 21 de abril de 2004 .

⁶ Novo regime de vínculos, carreiras e remunerações - Lei nº 12-A/2008, de 27 de fevereiro, adaptada à Administração Local pelo DL nº 209/2009, de 3 de setembro.

⁷ Artigos 6º a 10º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, doravante apenas LTFP (Lei nº 35/2004, de 20 de junho).

Mas não ficamos por aqui. A par das modalidades de vínculo referidas (regime laboral tipicamente público) encontramos em serviços públicos **trabalhadores com contrato individual de trabalho** (com regime laboral privado), por exemplo, nos hospitais com regime de entidade pública empresarial⁸ e nas fundações públicas com regime de direito privado.⁹

Assim, e de uma forma muito simplista, podemos dizer que os trabalhadores públicos (ou com a qualidade de trabalhadores do Estado) podem aparecer-nos com os vínculos de direito público e com vínculo de direito privado.

Na maioria dos serviços/Ministérios do Estado (sobretudo na administração direta e administração autárquica) estes trabalhadores têm o vínculo de direito público (nomeados e contratos de trabalho em funções públicas nos termos da reforma já referida); já no caso do setor público empresarial¹⁰ (de que podemos destacar os hospitais e empresas municipais), bem como nas fundações públicas, vamos encontrar trabalhadores não só com vínculo de emprego público mas também os contratos individuais de trabalho.

A coexistência na mesma entidade empregadora (no mesmo Hospital ou na mesma Universidade, por exemplo) de ambos os vínculos laborais tem sido uma realidade pouco pacífica (quer do ponto de vista estritamente jurídico quer do ponto de vista das relações interpessoais). E, pese embora não seja aqui o local e o tempo para reflexão desta complexa teia de regimes jurídicos e relações, não poderemos deixar de referir (ainda que superficialmente) que estes locais de trabalho são palco diário de um sem número de conflitos e incoerências, fruto da coexistência de regimes de duração de horários de trabalho distintos; regimes de proteção social e acidentes de trabalho distintos; regimes de remunerações, férias, faltas e licenças distintos; etc....

Os vínculos de emprego público estão amplamente legislados. Pelo contrário, os contratos individuais de trabalho dos trabalhadores públicos ou do Estado confrontam-se com um enorme vazio legal para disciplinar este vínculo de direito privado (nem sempre existem acordos coletivos de trabalho, estatutos ou regulamentos que completem o Código do Trabalho). Nos últimos anos deparamo-nos, com alguma frequência, com a imposição legal a estes trabalhadores das restrições/penalizações que foram aplicadas aos vínculos de emprego público, mas a não puderem beneficiar das regalias/garantias, tendo-se vulgarizado (nem sempre com rigor) que estão equiparados a “funcionários públicos” quando o legislador impõe as restrições¹¹ e aos privados quando lhes é vedado o acesso às regalias do vínculo público.¹²

Retomando o fio condutor do nosso trabalho, **a análise das garantias dos traba-**

⁸ Por exemplo: Centro Hospitalar do Porto, EPE (DL nº 326/2007, de 28 de setembro).

⁹ Por exemplo: Universidade do Porto e Universidade do Minho com regimes fundacionais desde, respetivamente, 2009 (DL nº 96/2009, de 27 de abril) e 2016 (DL nº 4/2016, de 13 de janeiro).

¹⁰ DL nº 133/2013, de 03 de outubro.

¹¹ Exemplos dessas restrições em todas as leis de orçamento de estado do ano 2010 a 2017.

¹² O período normal de trabalho semanal de 35 horas ou o acréscimo de férias pela antiguidade (respetivamente artigos 105 e 126 da LTFP).

lhadores públicos - ou dos trabalhadores da função pública¹³ - irá recair sobre os trabalhadores com vínculo de emprego público (nomeados e contratos de trabalho em funções públicas conforme artigo 7º e 8º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, doravante apenas LTFP (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

2 Formas genéricas de garantia dos trabalhadores públicos

Os trabalhadores públicos beneficiam, em termos genéricos, das mesmas garantias que o nosso ordenamento jurídico confere aos restantes trabalhadores: desde logo, e em primeiro lugar, as garantias constitucionais em toda a sua amplitude e as especificamente direcionadas à vertente laboral, como são os artigos 58º e 59º da Constituição da República Portuguesa (doravante apenas CRP); enquanto trabalhadores públicos - que em simultâneo são também eles próprios cidadãos (administrados ou particulares) — beneficiam ainda dos princípios gerais que vinculam a atuação da Administração Pública: artigos 266º, 268º, 269º e 270º da CPR.

Na mesma linha de pensamento podemos dizer que os trabalhadores públicos beneficiam dos princípios, procedimentos e garantias impugnatórias consagradas no Código de Procedimento Administrativo¹⁴ (doravante apenas CPA).

O artigo 152º do CPA (*Dever de fundamentação*) prevê, porém, no seu nº 2 uma particularidade que é exclusiva para os trabalhadores públicos, conforme se transcreve: “Salvo disposição legal em contrário, *não carecem de ser fundamentados* os atos de homologação de deliberações tomadas por júris, bem como *as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal*” (grifo nosso) — em harmonia com o dever de obediência e de exclusão de responsabilidade disciplinar previstos no artigos 73º e 177º da LTFP.

Assim, quer face à CRP quer face ao CPA os trabalhadores públicos ora são o rosto (porque são os agentes) da Administração Pública ou do Estado (neste sentido “representam a Administração”); ora são, naquela que é a dinâmica interna de funcionamento da própria Administração, e especificamente enquanto trabalhadores, destinatários da sua atuação... No plano das garantias os trabalhadores públicos têm aqui um nível de proteção legalmente acrescido quando comparado com os trabalhadores do chamado “setor privado”.¹⁵

¹³ Para melhor aprofundamento da matéria consulte-se MOURA, Paulo Veiga. *A privatização da Função Pública*. Coimbra: Coimbra Editora 2004. p. 17 e seguintes e TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Processo nº 778/08 — Acórdão nº 186/2009. Lisboa, 21 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 28 de ago. 2017.

¹⁴ Código de Procedimento Administrativo (DL nº 4/2015, de 7 de janeiro).

¹⁵ Sendo que importa ter sempre presente que são muitas as matérias em que o regime jurídico imposto ao trabalhador público é especialmente exigente quando comparado com o regime privado. Por exemplo, o regime regra do exercício de funções em exclusividade e da necessidade de pedir sempre autorização para acumular funções — artigos 20º e seguintes da LTFP; ou da limitação das matérias que podem ser regulamentadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (artigo 355º da LTFP), bem como da exigência de outorga dos acordos coletivos por membros do

Em ambos os casos a lei prevê os deveres da entidade empregadora e as garantias do trabalhador,¹⁶ mas para os trabalhadores públicos verifica-se o reforço que decorre dos princípios e procedimentos que vinculam toda e qualquer atuação da Administração consagrados na CRP e em legislação infraconstitucional avulsa, desde logo, e especialmente, o CPA.

Um exemplo muito simples e comum para ilustrar o referido: se os trabalhadores apresentarem um requerimento à sua entidade empregadora pública a solicitar o exercício de funções correspondentes a carreira e categoria superior àquela em que estão integrados e para a qual foram contratados (por terem, entretanto, adquirido novas habilitações literárias ou profissionais), no setor privado a entidade empregadora irá atuar de acordo com as regras de boa fé e deveres que genericamente vinculam a entidade empregadora, nomeadamente, o de valorizar o trabalhador (a entidade empregadora não está, porém, vinculada a um procedimento legalmente previsto); já os trabalhadores públicos sabem que a sua entidade empregadora pública está vinculada não só aos deveres gerais referidos, mas também vinculada ao dever de decisão (e uma decisão devidamente fundamentada); está vinculada à audiência dos interessados; ao dever de uma resposta em prazo razoável; ao dever de notificar em prazo e pelos meios adequados.

A entidade empregadora pública sabe que **o trabalhador público (tal como qualquer outro administrado ou particular) pode socorrer-se das garantias impugnatórias através dos mecanismos da reclamação e do recurso (nos termos do CPA) e ainda da ação administrativa — com vista à impugnação não só do conteúdo da resposta/ decisão ou do ato administrativo proferido, como a falta ou omissão (ilegal) de pronúncia, ou ainda, lançando mão dos demais meios processuais previstos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos** (doravante apenas CPTA).

Parece-nos oportuno acrescentar aqui que a reforma do contencioso administrativo, operada pela entrada em vigor da Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro,¹⁷ vem sendo pacificamente considerada como um reforço substancial das garantias dos particulares e, por maioria de razão, dos trabalhadores públicos. Não sendo este estudo o local escolhido para desenvolver este tema — a garantia da tutela jurisdicional efetiva¹⁸ — não pode, no entanto, deixar de ser salientado que foi, então, criada toda uma panóplia de

Governo a par da entidade empregadora (artigo 364º da LTFP) — exceto Administração Autónoma e Local (conforme TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 494/2015. Lisboa, 7 de outubro de 2015); já para não referir os inúmeros exemplos em que o Estado (legislador e empregador público) pode usar das suas legítimas prerrogativas e competências para alterar (dar e retirar, e vice-versa) o regime laboral dos seus trabalhadores (como se verá mais adiante neste estudo).

¹⁶ Artigos 70º a 72º da LTFP (para os trabalhadores públicos) e artigos 126º, 127º e 129º do Código do Trabalho (Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro).

¹⁷ Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro, com as alterações subsequentes, de entre as quais se destaca a que foi introduzida pelo DL nº 214-G/2015, de 2 de outubro e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro, com alteração do mesmo diploma de 2015).

¹⁸ Artigo 20º e nº 4 do artigo 268º da CRP, e artigo 2º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (doravante CPTA).

meios processuais a que os trabalhadores públicos podem recorrer no âmbito da jurisdição administrativa: ações administrativas para impugnação de atos administrativos; para condenação da Administração à prática do ato devido; para impugnação e condenação à emissão de normas; processos urgentes e intimações (para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões) e intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias; e, a muito importante tutela cautelar.¹⁹ Destacamos aqui as providências cautelares (nominadas) previstas no artigo 112º do CPTA, dirigidas aos particulares e em simultâneo aos trabalhadores da função pública, em especial as previstas nas alíneas a), b) e i) deste artigo: suspensão da eficácia de um ato administrativo ou de uma norma; admissão provisória em concursos e exames e intimação para adoção ou abstenção de uma conduta por parte da Administração.

Breve referência para uma questão processual também nada despicienda: esta “reforma” do contencioso administrativo veio criar um verdadeiro regime de execução de sentenças, até então inexistente! Sem a garantia da execução de sentenças, a tutela jurisdicional efetiva nada mais significava do que uma ideia, um *wishfull thinking* e nada mais. Mas esta seguramente é uma discussão que, sendo deveras relevante, cai fora do contexto e objeto do presente escrito.

De regresso ao direito substantivo, note-se, num outro exemplo, como o procedimento previsto no Código do Trabalho²⁰ para autorização de trabalho a tempo parcial ou horário flexível no âmbito da proteção da parentalidade (regime comum a trabalhadores públicos e privados) tem sido uma garantia real para todos os trabalhadores, conforme se poderá verificar nos muitos pareceres emitidos — consulte-se <http://cite.gov.pt/> . Neste regime prevê-se a obrigatoriedade de audiência do trabalhador e de envio do processo para parecer prévio da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE); prevê-se expressamente o deferimento tácito caso a entidade empregadora não se pronuncie após apresentação do requerimento no prazo de 20 dias ou profira decisão desfavorável ao trabalhador sem submeter o processo ao parecer prévio referido. É uma verdadeira exceção no âmbito do Código do Trabalho e que concretiza aquele que é o modelo genérico de garantias consagradas no CPA.

A tutela dos direitos fundamentais previstos na CRP bem como as garantias impugnatórias no novo CPA têm o seu desenvolvimento noutros artigos pelo que aqui não desenvolvo mais o tema.

¹⁹ A propósito do processo cautelar deve sublinhar-se que o CPTA prevê uma tutela cautelar geral (em que o particular pode solicitar qualquer providência ou providências antecipatórias ou conservatórias “que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir” — as providências inominadas); e prevê um elenco de providências *in concreto* — ou nominadas — que têm sido especialmente úteis aos particulares e, de entre eles, os que são simultaneamente trabalhadores da função pública sujeitos ao regime de direito público, conforme artigo 112º do CPTA. Sobre o processo cautelar consultar CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Dicionário de Contencioso Administrativo*. Portugal: Almedina, 2006.

²⁰ Artigo 57.º do Código do Trabalho (Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro).

3 Alguns regimes jurídicos de garantia dos trabalhadores públicos:

3.1 O regime de proteção do vínculo laboral

Tal como se referiu *supra* os atuais vínculos de emprego público²¹ entraram em vigor em janeiro de 2009 e emergiram do regime jurídico que lhes antecedeu durante anos - funcionários e agentes (DL nº 427/89) e contratos individuais de trabalho (Lei nº 23/2004) passam a ser os “novos” nomeados (para o exercício de funções de soberania ou autoridade taxativamente previstas na lei) e os contratos de trabalho em funções públicas (que passam a ser o regime regra).

A transição dos antigos funcionários para o regime do contrato de trabalho em funções públicas não se operou sem controvérsia — já que não estava em causa uma mera alteração do léxico. Foi objeto de ampla discussão pública, nomeadamente, no âmbito da concertação social; tem sido objeto de entendimentos diversos pela doutrina:²² por exemplo, no entendimento de Veiga e Moura, *“produz-se uma alteração unilateral do regime jurídico dos trabalhadores que transitam para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas e até aqui estavam nomeados, os quais perdem o estatuto de funcionário para passarem a setar a qualidade de trabalhador por tempo indeterminado. (...)...esta alteração unilateral de regime de vinculação não é compatível com o texto constitucional, violando frontalmente o princípio constitucional da proteção da confiança e o direito fundamental de acesso à função pública, podendo-se dizer sumariamente que se “expropriar” o trabalhador de uma qualidade, de um regime e de uma identidade que constitucionalmente lhe é assegurada — a de funcionário público - e que fazia parte integrante do núcleo dos seus direitos adquiridos”*.

Já para Miguel Lucas Pires,²³ em sintonia com alguns constitucionalistas, *“(...) diremos que nos merece as maiores reservas a retirada daqueles preceitos constitucionais (47º nº 2, 165º nº 1 al t) e 269º da CRP) da obrigatoriedade de um regime autónomo, diverso do que rege as relações laborais privadas, para os tabalhadores da Administração Pública (...). Como escrevem VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO, (...) ao confiar à Assembleia da República a definição das bases do regime e âmbito da função pública (...) a constituição deixa claramente para a lei a delimitação do seu âmbito objetivo e subjetivo, podendo excluí-lo, com maior ou menor amplitude, em relação a certas entidades ou serviço ou em relação a determinadas categorias de agentes ou trabalhadores”*.

²¹ Nomeados e contratos de trabalho em funções públicas, conforme artigo 7º e 8º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, doravante apenas LGTFP (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

²² MOURA, Paulo Veiga; ARRIMAR, Cátia. *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 244

²³ PIRES, Miguel Lucas. *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da administração Pública*. Portugal: Almedina, 2013. p. 27 e 28.

Por seu turno, e em sede de fiscalização abstrata sucessiva pelo Tribunal Constitucional²⁴ o entendimento foi no sentido que a transição de vínculo (operada *ope legis*) não violou qualquer preceito constitucional nem fragilizou a segurança do vínculo daqueles trabalhadores (funcionários ou com vínculo de nomeação) face à salvaguarda prevista no nº 4 do artigo 88º da Lei nº 12-A/2008 (estes trabalhadores continuam a ver-lhe aplicado o regime de reorganização de serviços, de colocação em situação de mobilidade especial,²⁵ e de cessação da relação jurídica de emprego público aplicável aos trabalhadores nomeados).

Feito o enquadramento que se impunha para adequada compreensão a matéria em estudo importa, então, esclarecer que **aos contratos de trabalho em funções públicas são aplicáveis dois regimes quanto à proteção do vínculo laboral:** (1) aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado que vincularam (até 31.12.2008) na Administração Pública pelo regime de nomeação (artigos 4º a 6º do DL nº 427/89) aplica-se, tal como se referiu, a salvaguarda prevista no nº 4 do artigo 88º da Lei nº 12-A/2008 e alíneas b) a f) do artigo 32º da mesma Lei — ou seja, as causas de cessação do vínculo são idênticas aos trabalhadores nomeados: exoneração, mútuo acordo, pena disciplinar expulsiva, morte ou aposentação. E, em caso de reorganização dos órgãos ou serviços por extinção, fusão, reestruturação e racionalização de efetivos²⁶ estes trabalhadores que não forem integrados num serviço público passam para a segunda fase do processo de requalificação (antiga mobilidade especial) por tempo indefinido ou sem termo, conforme artigos 258º nº 1 alínea b) e 259º nº 1 da LTFP.

(2) Já os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, que vincularam na Administração Pública pelo contrato individual de trabalho por tempo indeterminado (então ao abrigo do artigo 11º-A do DL nº 184/89 e da Lei nº 23/2004) até dezembro de 2008, bem como todos os que vinculam ao abrigo deste contrato (que passa a ser o regime regra) a partir de janeiro de 2009, podem ver a sua relação de trabalho extinta por causas comuns (caducidade, acordo, motivos disciplinares, pelo trabalhador com aviso prévio e pelo trabalhador com justa causa²⁷) mas também nos termos do Código do Trabalho, como será o despedimento, extinção do posto de trabalho ou a impossibilidade superveniente da entidade empregadora. Já em caso de reorganização dos órgãos ou serviços por extinção, fusão, reestruturação e racionalização de efetivos²⁸ estes trabalhadores só beneficiam da primeira fase do processo de requalificação (1 ano) após o que o seu contrato terminará com direito a compensação nos termos do Código do Trabalho, conforme artigos 259º, nº 2, 311º e 312º da LTFP.

Dois pontos agora em que as garantias são comuns a todos os contratos de trabalho

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Processo nº 177/2009 — Acórdão nº 154/2010. Lisboa, 20 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 28 de ago. 2017.

²⁵ O regime de mobilidade dá lugar ao regime de requalificação pela Lei nº 80/2013 e passa a estar também previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

²⁶ Artigos 245º a 275º da LTFP (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

²⁷ Artigo 288º e seguintes da LTFP (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

²⁸ Artigos 245º a 275º da LTFP (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

em funções públicas: a continuidade do exercício de funções públicas²⁹ e a proteção dos trabalhadores no âmbito do período experimental.

Quer a Lei nº 12-A/2008 (artigo 84º) quer a atual LTFP (artigo 11º) preveem a continuidade do exercício de funções públicas: *o exercício de funções ao abrigo de qualquer modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público em qualquer dos órgãos ou serviços a que a presente lei é aplicável, releva como exercício de funções públicas na carreira, na categoria ou na posição remuneratória, conforme os casos, quando os trabalhadores, mantendo aquele exercício de funções, mudem definitivamente de órgão ou serviço.*

Esta norma contempla uma proteção ou garantia muito ampla para todos os nomeados e contratos de trabalho em funções públicas, na medida em que apesar das muitas e diversificadas “entidades empregadoras públicas” que existem (como se referiu no início deste artigo), há um empregador público — o Estado (confronte-se artigos 25º a 27º da LTFP). Assim, ainda que o trabalhador altere a modalidade de vínculo; ainda que mude de carreira ou categoria; e ainda que mude de entidade empregadora pública vai beneficiar de um percurso profissional com continuidade e com impacto a vários níveis: por exemplo, relevância do tempo na carreira (e ou na categoria) para efeitos de concurso; antiguidade para efeitos de aquisição de férias; tempo de serviço e inerente avaliação para efeitos de alteração de posicionamento remuneratório, continuidade dos descontos para efeitos de invalidez e aposentação, etc...

Uma outra vertente das garantias ao nível do vínculo prende-se com a novidade introduzida pela LTFP ao nível do período experimental.³⁰

Até dezembro de 2008 o regime então vigente previa, muito genericamente, a existência de um período probatório que antecedia a nomeação definitiva (em regra de 1 ano nos termos do artigo 6º do DL nº 427/89).

Porém, a partir da entrada em vigor (em janeiro de 2009) do regime do contrato de trabalho em funções públicas (Lei nº 59/2008 em articulação com a Lei nº 12-A/2008) passamos a encontrar (tal como no acontece no âmbito do direito laboral) o conceito de período experimental: “corresponde ao tempo inicial de execução do contrato e destina-se a comprovar se o trabalhador possui as competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar”.

Tem a duração de 1 ano quando está em causa a nomeação definitiva³¹ (artigo 49º, nº 3 da LTFP); tem duração por períodos distintos quando está em causa o contrato de trabalho em funções públicas³² (artigo 49º nº 1 e 2 da LTFP e redução prevista pelo

²⁹ Artigo 84º da Lei nº 12-A, de 27 de fevereiro de 2008 e artigo 11º da LGTFP (Lei nº 35/2014, de 20 de junho).

³⁰ Sobre o objetivo, modalidades, avaliação, contagem, duração e denúncia do período experimental consulte-se NUNES, Cláudia Sofia Henriques. *O contrato de trabalho em funções públicas face à Lei Geral do Trabalho*. 1.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 53-63.

³¹ O período experimental da nomeação definitiva estava previsto no artigo 12º da Lei nº 12-A/2008.

³² O período experimental do contrato de trabalho em funções públicas estava previsto nos artigos 76º e 77º da Lei nº 59/2008, de 11 de setembro.

Acordo Coletivo de Carreiras nº 1/2009), pois varia consoante o grau de complexidade da carreira bem como a duração do contrato.

A novidade introduzida pela LTFP está, então, no aparecimento de duas modalidades de período experimental: **o período experimental de vínculo** (que corresponde ao tempo inicial de execução do vínculo de emprego público) e **o período experimental de função** (que corresponde ao tempo inicial de desempenho de nova função em diferente posto de trabalho, por trabalhador que já seja titular de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado). Ao consagrar-se a possibilidade do trabalhador regressar à situação jurídico-funcional que detinha anteriormente, quando o período experimental de função concluiu-se sem sucesso, confere-se uma segurança fortíssima ao vínculo público (quase sem equiparação possível ao regime laboral privado).

Também esta opção do legislador espelha a vertente de estabilidade com que se pretende configurar o vínculo dos trabalhadores públicos bem como o princípio da continuidade acima referido.

3.2 O regime de proteção social

Não se pretende aqui (porque não seria possível) a análise do regime de proteção social dos trabalhadores públicos, antes evidenciar algumas especificidades ao nível das garantias dos trabalhadores públicos, sobretudo porque tem sido uma área em que o legislador tem sido pouco consistente... ora se reforçam as garantias, ora se retiram, ora se convive com a falta de normas procurando soluções administrativas onde em rigor só a lei poderia dar resposta!

A evolução do regime de proteção social acompanha a dinâmica evolutiva da relação jurídica de emprego público,³³ impõe-se, por isso, referir, que com a entrada em vigor do novo regime de vínculos, carreiras e remunerações (enquadramento legal já *supra* referido) também o regime de proteção social conhece uma nova roupagem:³⁴ **a Lei 4/2009, de 29 de janeiro** (cujo objeto é precisamente a proteção social dos trabalhadores que exercem funções públicas) define que a proteção social dos trabalhadores que exercem funções públicas concretiza-se por duas vias possíveis:

³³ Em Proteção Social, na Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP), pode ler-se: “A proteção social ou segurança social constitui um direito de todos os cidadãos consagrado no artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa, efetivado pelo Sistema de Segurança Social (Lei nº 4/2007, de 16 de janeiro), na sua atual redação, que define as suas bases gerais, princípios, objetivos e estrutura. A Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro, define, pela primeira vez, com efeitos a 1 de janeiro de 2009, a proteção social de todos trabalhadores que exercem funções públicas de forma global, efetiva e integrada, tendo em conta o respeito pelos direitos adquiridos e em formação e o imperativo legal da realização da convergência dos regimes”. Disponível em: <<https://www.dgaep.gov.pt>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

³⁴ A Circular 3/GDG/2009, de 25.03.2009 (Circulares e Orientações Técnicas) sobre “Protecção social dos trabalhadores que exercem funções públicas a partir de 01.01.2009” é uma ferramenta que se poderá dizer de consulta obrigatória nesta matéria. Disponível em: <www.dgaep.gov.pt>. Acesso em: 28 ago. 2017.

1. Em regra, **integração no regime geral da segurança social** dos trabalhadores por conta de outrem: todos aqueles que são titulares de relação jurídica de emprego constituída até 31.12.2005 já enquadrados no âmbito do regime geral da Segurança Social (portanto os trabalhadores que tinham contrato individual de trabalho), e também todos os trabalhadores que constituíram relação jurídica de emprego público após 1 de janeiro de 2006 (ainda que como funcionários ou agentes);
2. **Integração dos trabalhadores** com relação jurídica de emprego público constituída até 31 de dezembro 2005, com a qualidade de funcionários ou agentes (subscritores da Caixa Geral de Aposentações) **no chamado regime de proteção social convergente**.

Assim, enquanto que relativamente aos trabalhadores abrangidos pelo regime de proteção social da Segurança Social é esta entidade que assume o pagamento das prestações compensatórias pela perda de remuneração ou subsídios nas eventualidades de doença e parentalidade;³⁵ no caso dos trabalhadores do regime de proteção social convergente é a entidade empregadora pública que chama a si também esta função previdencial... na eventualidade da doença³⁶ paga a remuneração (embora com descontos nos primeiros 30 dias) e no caso da parentalidade paga os subsídios compensatórios.³⁷

É sobretudo a partir de 2009 (quando todos os vínculos laborais passam a integrar-se apenas na nomeação e no contrato de trabalho em funções públicas) que de forma expressa se assume como *imperativo legal* que a proteção social dos trabalhadores públicos se desenhe num regime convergente... será assim?

Se no âmbito do regime da parentalidade em toda a sua extensão o regime jurídico está idêntico para todos os trabalhadores públicos (apenas com a diferença já apontada quanto à entidade que paga as prestações compensatórias ou subsídios), já no caso das faltas por doença do trabalhador público as diferenças mantêm-se, e a um nível muito acentuado:³⁸ a partir do 4º dia os trabalhadores da Segurança Social só têm um subsídio equivalente a 55% nos 30 primeiros dias (60% durante o segundo mês, 70% até completar 1 ano de faltas) da remuneração de referência; enquanto os trabalhadores do regime convergente têm redução de 10% da remuneração base durante 27 dias e a partir do 31º dia recebem a remuneração a 100%... (e que poderá extendender-se, em alguns casos, por vários anos).

No caso das faltas para assistência a familiares³⁹ verificamos que o regime legal tem andando “à deriva”...

Fazendo uma breve retrospectiva para melhor compreensão, verificamos que para os então funcionários e agentes o regime jurídico destas faltas estava a coberto do artigo

³⁵ Consulte “Sou Cidadão” em Segurança Social Direta (Disponível em: <<http://www.seg-social.pt/subsidio-de-doenca>>. Acesso em: 31 ago. 2017) e DL nº 91/2009, de 9 de abril.

³⁶ Artigo 15º e seguintes da Lei nº 35/2014, de 20 de junho.

³⁷ DL nº 89/2009, de 9 de abril para o regime convergente.

³⁸ Todos têm regime idêntico nos 3 primeiros dias de faltas por doença — não é paga nem remuneração, nem subsídio.

³⁹ Artigo 134º nº 2 al e) da LTFP e artigo 252º do Código do Trabalho.

54º do DL 100/99 (com remissão para o regime da parentalidade e com efeitos idênticos às faltas por doença do próprio); já para os então contratos a termo e contratos individuais de trabalho abrangidos pelo regime de proteção da Segurança Social existia a possibilidade de faltar justificadamente com perda de remuneração e sem direito a qualquer prestação compensatória (tal como ainda hoje acontece). Com a entrada em vigor do anterior Código do Trabalho e respetiva Regulamentação⁴⁰ constatamos que o regime legal então vigente (artigos 112º e 113º da Lei nº 35/2004) nada referia quanto aos efeitos remuneratórios... Rapidamente instalou-se a dúvida sobre quais os efeitos destas faltas — teria o legislador pretendido dar-lhe os mesmos efeitos que são aplicáveis aos trabalhadores abrangidos pelo regime de protecção social da Segurança Social (faltas justificadas sem direito a remuneração nem a subsídio)? Nos meses que se seguiram à entrada em vigor da Lei nº 35/2004 muitos foram os funcionários e agentes que perderam na íntegra a remuneração quando justificaram as faltas para assistência a familiares; porém, em alguns organismos simplesmente ignorou-se a omissão da lei e procedeu-se como até ali...criando-se situações de verdadeira desigualdade de tratamento para trabalhadores abrangidos por idêntico regime laboral e de protecção social! A dúvida (em rigor, o vazio legal!) veio a ser resolvida não com uma alteração legislativa (tal como se esperava e a única que seria a correta!), antes por uma Orientação Técnica da Direcção Geral da Administração Pública e Ministério das Finanças.⁴¹ Os serviços que tinham efetuado os descontos da remuneração relativa aos dias de faltas para assistência à família corrigiram o processamento, aplicando-lhes os mesmos efeitos das faltas de doença do próprio trabalhador. Não termina aqui...

Com a entrada em vigor, em janeiro de 2009, do regime do contrato de trabalho em funções públicas aprovado pela Lei nº 59/2008, verificamos que o artigo 19º desta Lei prevê expressamente que “Em caso de faltas para assistência a membros do agregado familiar previstas na lei, o trabalhador integrado no regime de proteção social convergente **tem direito a um subsídio** nos termos da respectiva legislação”. Ora, apenas a partir de agosto de 2014, com a LTFP, é que o pagamento da prestação compensatória por estas faltas ficou previsto — artigo 40º da Lei nº 35/2014.⁴² Fazemos neste ponto duas observações: a primeira é que pese embora sem enquadramento normativo mais uma vez a prática generalizada dos serviços foi o abono de remuneração nestas faltas com os efeitos idênticos às faltas do trabalhador; a segunda — e que nos merece especial reflexão — é que após termos estado vários anos sem que o abono destas faltas aos trabalhadores tivesse enquadramento legal o legislador opte por prever o pagamento do subsídio ou prestação compensatória apenas aos trabalhadores públicos do regime de proteção social convergente! Deixando, portanto, sem remuneração e sem subsídio os trabalhadores públicos do regime de proteção social da Segurança Social... No mínimo desconcertante; incoerente face a um “imperativo legal de convergência”!!

⁴⁰ Lei nº 99/2003, de 27 de agosto e Lei nº 35/2004, de 29 de julho.

⁴¹ Orientação Técnica 1/DGAP/2006 de 24/02/2006 (Circulares e Orientações Técnicas). Disponível em: <www.dgaep.gov.pt>. Acesso em: 31 ago. 2017.

⁴² Já estava previsto pelo artigo 36º do DL nº 89/2009, de 9 de maio apenas para os trabalhadores nomeados — artigo 10º da Lei nº 12-A/2008 ou artigo 8º da LTFP.

Não se poderá — em abono do legislador — apresentar como justificação que não pretendeu criar um tratamento desigual destes trabalhadores públicos com os do setor privado! Desde logo, porque o primeiro critério que deverá pautar o impulso legislativo será a igualdade de tratamento entre os trabalhadores públicos; em segundo lugar, porque quando é essa a “vontade”, o legislador concretiza-o muito bem! Deixamos apenas o exemplo do regime de acidentes de trabalho e doenças profissionais (DL nº 503/99) que passou a ser aplicado a todos os nomeados e contratos de trabalho em funções públicas sem distinção quanto ao regime de proteção social.⁴³

Em síntese, (com ou sem norma habilitante) os trabalhadores públicos do regime de proteção social convergente têm tido um maior leque de garantias ao nível da proteção social.

3.3 Algumas garantias remuneratórias

Também aqui pretendemos apontar algumas formas de garantia ao nível do direito substantivo - que tocam pontos muito diversos da relação de emprego público — e que se afiguram interessantes (reveladoras de um nível de garantias para os trabalhadores públicos distinto do existente no setor privado), idênticas para todos os trabalhadores públicos abrangidos pela LTFP.

Começamos pelo regime de proteção no âmbito dos acidentes de trabalho e doenças profissionais: as ausências são equiparadas a serviço efetivo para todos os efeitos legais incluindo o direito à remuneração, suplementos e subsídio de refeição;⁴⁴

No âmbito do regime de mobilidades intercarreiras e intercategorias quando estas acontecem para carreira e categoria inferior àquela em que o trabalhador está integrado a lei exige sempre a concordância do trabalhador e este nunca poderá auferir remuneração inferior, pelo que o mesmo raciocínio deverá estender-se ao regime da consolidação (omisso quanto a este aspeto);⁴⁵

O horário de trabalho em regime de jornada contínua deve determinar a redução do período normal de trabalho diário até 1 hora, sem redução (ainda que proporcional) da remuneração;⁴⁶ e o novo regime de meia-jornada (no âmbito do acompanhamento de filhos ou netos menores de 12 anos de idade ou independentemente da idade no caso de crianças com deficiência ou doença crónica) que corresponde a 50% do tempo de trabalho semanal (ou seja, 17 horas e 30 minutos) mas com remuneração equivalente a 60% da

⁴³ Não poderíamos deixar de referir que desde 2009, com a alteração introduzida ao DL nº 503/99 pela Lei nº 59/2008 — agora reforçada pelo nº 4 do artigo 4º da LTFP — este regime de acidentes de trabalho e doenças profissionais deixou de aplicar-se aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas ao serviço das entidades públicas empresariais. Abre-se aqui uma janela para um tratamento diverso que está a ser dado a estes trabalhadores públicos e eventualmente matéria para apreciação em sede de constitucionalidade (um caso concreto de diminuição das garantias e de violação do princípio da igualdade para trabalhadores com vínculo idêntico e em que a única diferença é a natureza jurídica da entidade empregadora).

⁴⁴ Artigo 15º do DL nº 503/1999, de 20 de novembro.

⁴⁵ Artigos 94º, nº 2, 153º, nº 2 e 99-A da LTFP.

⁴⁶ Artigo 114º da LTFP.

remuneração base e sem prejuízo da contagem integral do tempo de serviço para efeitos de antiguidade;⁴⁷

A possibilidade de faltar para consultas médicas, tratamentos ambulatoriais e realização de tratamentos ambulatoriais (do próprio e familiares), de acordo com os pressupostos legais, sem perda de remuneração;⁴⁸

Os trabalhadores públicos — com a qualidade de delegados sindicais — dispõem para o exercício das suas funções de um crédito de 12 horas por mês, sem perda de remuneração.⁴⁹

Este elenco (meramente exemplificativo) de garantias dos trabalhadores públicos com impacto remuneratório não nos deverá contudo fazer perder de vista que a realidade reveste-se também de um reverso da medalha em que são muitas as fragilidades. Os trabalhadores públicos têm como entidade empregadora pública (tal como se referiu) o Estado... e este — que também é legislador — tem sobre os seus trabalhadores uma posição de autoridade muito reforçada (que o distingue a todos os níveis dos empregadores privados).⁵⁰ Se durante anos o Tribunal Constitucional não teve um papel muito ativo no âmbito das relações de emprego público, a verdade é que de 2009 em diante não teve mãos a medir! E ora reconheceu que as opções do legislador estavam em conformidade com as garantias constitucionais,⁵¹ ora revelavam desconformidade exigindo novos enquadramentos e soluções legislativas.⁵²

⁴⁷ Artigo 114º -A da LTFP (aditado pela Lei nº 84/2015, de 7 de agosto).

⁴⁸ Artigo 134º nº 2 al i) e nº 3 e nº 4 al b) da LTFP e DL nº 57-B/84, alterado pelo DL nº 70-A/2000, quanto ao subsídio de refeição.

⁴⁹ Artigos 344º e 316º da LTFP (enquanto que no âmbito do Código do Trabalho os delegados sindicais têm um crédito de apenas 5 horas mensais, conforme artigo 467º, nº 1 da Lei nº 7/2009).

⁵⁰ Assim, e socorrendo-nos apenas da história recente, temos o Estado — empregador público — que pode aplicar aos seus trabalhadores reduções remuneratórias; suspensão do pagamento do subsídio de férias; suspensão do pagamento do subsídio de Natal em novembro (e pagamento em duodécimos...); suspensão das normas que obrigam ao pagamento de remuneração superior no caso das mobilidades intercarreiras e intercategorias para carreira ou categoria superior daquela que o trabalhador é titular; redução dos acréscimos do trabalho suplementar; proibição de alteração de posicionamento remuneratório seja obrigatório seja por opção gestionária e proibição do pagamento de prémios de desempenho (pese embora a aplicação do sistema integrado de avaliação do desempenho continue a ser obrigatório); redução dos valores que são pagos a título de ajudas de custo; a possibilidade de aumentar a duração semanal de trabalho para 40 horas (em lugar das 35 horas) sem o aumento proporcional da remuneração; a previsão genérica de um suplemento remuneratório para os trabalhadores abrangidos por regime de isenção de horário mas a falta de norma a habilitar aos serviços esse pagamento; a existência de um regime de abono para falhas mas que não é pago a todos os trabalhadores públicos que manuseiam valores, etc.

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Processo nº 177/2009 — Acórdão nº 154/2010 (constitucionalidade da Lei de vínculos, carreiras e remunerações). Lisboa, 20 de abril de 2010; Processo nº 962/2013 — Acórdão nº 794/2013 (constitucionalidade das 40 horas de trabalho semanal). Lisboa, 18 de dezembro de 2013. Disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Processo nº 2/2013 — Acórdão nº 187/2013 (inconstitucionalidade da suspensão do pagamento de subsídio de férias). Lisboa, 5 de abril de 2013; Processo nº 754/13 — Acórdão nº 474/2013 (apreciação preventiva do regime da requalificação).

4 *Post Scriptum*

Foi hoje publicada a Lei nº 25/2017, de 30 de maio (para entrar em vigor no dia 1 de junho de 2017). Constatamos, através de uma muito breve leitura sobre o diploma, que os artigos 245º a 275º da LTFP relativos ao regime de reafetação de trabalhadores em caso de reorganização e racionalização de efetivos, bem como o nº 2 do artigo 289º e artigos 311º a 313º também da LTFP são revogados! Entrará em vigor um novo regime de valorização profissional dos trabalhadores com vínculo de emprego público na sequência dos procedimentos de reorganização e racionalização de efetivos geradores de valorização profissional.

Deste novo enquadramento legal resultam (numa análise ainda por amadurecer) pelo menos três traços muito importantes:

É opção do legislador (atual) não distinguir os trabalhadores públicos (nomeados e contratos de trabalho em funções públicas — e nestes últimos sem distinção entre os que estão abrangidos pelo nº 4 do artigo 88º da Lei nº 12-A/2008 e os restantes) face a este novo regime de “valorização profissional”;

É opção do legislador que os trabalhadores públicos com vínculo por tempo indeterminado não possam ver o seu vínculo terminado na sequência de **procedimentos de reorganização e racionalização de efetivos** (ou seja, deixa de ser causa de cessação do vínculo laboral) — uma importante alteração ao nível das garantias de proteção do vínculo laboral;

E, finalmente, **uma vez colocados em regime de valorização profissional** não sofrem qualquer redução de remuneração (como acontecia até aqui).

Há, portanto, um novo paradigma nesta matéria, com contornos distintos daqueles que estiverem em vigor nestes últimos 8 anos e que se traduzem num inegável reforço das garantias para os trabalhadores públicos!

Assim, (no limiar do prazo para entrega do artigo) um *post scriptum* eventualmente mais relevante que parte do corpo do texto — seguramente a mais interessante quanto à novidade (!), mas que não deixa de revelar como é tão efémero o que estudamos e ainda mais o que escrevemos.

Lisboa, 29 de agosto de 2013; Processo nº 47/2014 — Acórdão nº 413/2014 (inconstitucionalidade, entre outras normas, da redução remuneratória). Lisboa, 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

AS GARANTIAS IMPUGNATÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

(RIGHT TO CHALLENGE ADMINISTRATIVE DECISIONS
UNDER THE NEW ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE)

Joana Costa e Nora*

Resumo Com o novo CPA, as garantias administrativas deixaram de ser exclusivamente impugnatórias, sendo agora possível reagir contra as omissões administrativas de actos e normas e impugnar regulamentos. A natureza necessária das impugnações administrativas, embora excepcional e dependente de consagração legal expressa, continua a estar prevista no CPA. Em caso de omissão administrativa: (i) a reclamação permite alcançar a prática do acto omitido; e (ii) no recurso hierárquico o órgão decisor pode substituir-se ao órgão omissor na prática do acto devido, a não ser que a competência seja exclusiva do órgão subordinado, caso em que se limita a ordenar ao subalterno a prática do acto ilegalmente omitido.

Palavras-chave: reclamação, recurso hierárquico, recursos administrativos especiais, impugnações administrativas necessárias, omissões administrativas.

Abstract With the new administrative procedure law, administrative safeguards are no longer exclusively about acts, and it is now possible to react against administrative omissions of acts and regulatory standards and to contest regulations. The necessary nature of administrative challenges, although exceptional and dependent on express legal consecration, is still provided for in the new administrative procedure law. In case of administrative omission: (i) the complaint allows to reach the practice of the omitted act; and (ii) in hierarchical appeal, the superior can substitute itself for the omission of the wrongdoing in the practice of the act due, unless the jurisdiction is exclusive to the subordinate, in which case it merely orders the subordinate to practice illegally omitted.

Keywords: the new administrative procedure law, the administrative omissions.

Sumário: 1 Introdução. 2 As grandes novidades do CPA. 3 A reclamação e o recurso hierárquico. 4. A reclamação em especial. 5 O recurso hierárquico em especial. 6 Os recursos administrativos especiais. 7 Conclusão.

1 Introdução

O direito administrativo faculta aos particulares instrumentos jurídicos (garantias) para defender os seus direitos e interesses contra a Administração Pública quando entendam que a actividade administrativa os lesou (garantias reparadoras) ou ameaça lesá-los (garantias preventivas). Tais instrumentos visam evitar ou sancionar a violação do direito objectivo ou dos princípios que regem a actividade administrativa ou a falta de actuação administrativa, eliminando actos ilegais, condenando à prática de actos devidos ou

* Joana Costa e Nora

Juíza de Direito no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto.

atribuindo indemnizações. São mecanismos de controlo da actividade administrativa criados por lei e podem ser políticos, administrativos ou contenciosos.

As garantias administrativas efectivam-se através dos órgãos da Administração Pública e, face às garantias contenciosas, oferecem as grandes vantagens de serem menos onerosas, (em regra) menos morosas e, sobretudo, de permitirem a reapreciação da inconveniência do acto, ou seja, a de concederem uma tutela de mérito. Em contrapartida, a existência de garantias contenciosas justifica-se na medida em que permitem um controlo de legalidade da actuação administrativa por parte de órgão de soberania (tribunais), independente e imparcial.

O Código do Procedimento Administrativo (CPA) prevê e regula, nos seus artigos 184º e seguintes, três tipos de garantias administrativas: a reclamação, o recurso hierárquico e os recursos administrativos especiais.

2 As grandes novidades do Código do Procedimento Administrativo (CPA)

No que toca às impugnações administrativas, o novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 07 de janeiro, introduziu duas importantes inovações.

Em primeiro lugar, as garantias administrativas deixaram de ser exclusivamente impugnatórias uma vez que passou a ser possível apresentar reclamação e recurso hierárquico para obter a emissão de acto perante o incumprimento do dever de decisão (omissões administrativas). Esta alteração, além de adequar o regime substantivo das impugnações administrativas ao desaparecimento da figura do indeferimento tácito¹ do regime processual constante do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), permite evitar o recurso a tribunal — com os custos e a demora inerentes —, aproximando a Administração Pública dos cidadãos.

Em segundo lugar, nos artigos 137º, 144º e 147º do CPA foram expressamente consagradas a impugnação administrativa de regulamentos e a possibilidade de reagir contra a omissão ilegal de normas regulamentares, deixando de haver aqui necessidade de recurso a tribunal para o efeito.

3 A reclamação e o recurso hierárquico

Em matéria de impugnações administrativas, o princípio geral é o de que os interessados têm o direito de, mediante reclamação ou recurso: a) Impugnar os actos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição; e b) Reagir contra a omissão ilegal de actos administrativos, em incumprimento do dever de decisão, solicitando a emissão do acto pretendido (artigo 184 do CPA).

A distinção essencial entre a reclamação e o recurso hierárquico reside no órgão decisor pois que a primeira é decidida pelo próprio órgão que praticou o acto (ou que o

¹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares. O novo regime do Código do Procedimento Administrativo*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 366-367.

omitiu) e o segundo é decidido pelo mais elevado superior hierárquico do autor do acto ou da omissão, salvo se a competência para a decisão se encontrar delegada ou subdelegada. Estando em causa um acto de conteúdo complexo no contexto da conferência procedimental na modalidade deliberativa, praticado nos termos do disposto no artigo 77º,² a impugnação administrativa assume contornos específicos uma vez que a conferência procedimental não é um órgão colegial nem funciona como tal³ porque, para além de não ser assim qualificada pelo CPA, as competências decisórias não pertencem à própria conferência mas aos diversos órgãos participantes. Assim, em caso de reclamação administrativa, a entidade decisora deve integrar os diversos autores do acto que, para o efeito, deverão reunir novamente, nos mesmos termos em que ocorreu o “exercício conjunto das competências decisórias”, a que se refere o artigo 77º, nº 3, alínea a), do novo CPA. O que há é um exercício conjunto dessas competências decisórias que se exprime na prática “de um único acto complexo”. Tratando-se de recurso hierárquico, a entidade decisora deve integrar os mais elevados superiores hierárquicos dos vários autores do acto, em sede de nova conferência procedimental (de segundo grau), por razões de identidade procedimental.

Apesar da distinção, há uma série de aspectos de identidade de regime jurídico entre os dois tipos de impugnações administrativas a que importa fazer referência.

Quanto à natureza, as reclamações e os recursos são necessários ou facultativos, conforme dependa, ou não, da sua prévia utilização a possibilidade de acesso aos meios contenciosos de impugnação ou condenação à prática de acto devido (cf. artigo 185º). O legislador estabeleceu a regra de que as reclamações e os recursos têm carácter facultativo, salvo se a lei os denominar como necessários (artigo 185º, nº 2), com o que se atribui ao legislador a possibilidade de condicionar o acesso à impugnação contenciosa dos actos administrativos. Em conformidade, dispõe o artigo 3º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 4/2015, de 07 de janeiro), que “*As impugnações administrativas existentes à data da entrada em vigor do presente decreto-lei só são necessárias quando previstas em lei que utilize uma das seguintes expressões: a) A impugnação administrativa em causa é “necessária”; b) Do ato em causa “existe sempre” reclamação ou recurso; c) A utilização de impugnação administrativa “suspende” ou “tem efeito suspensivo” dos efeitos do ato impugnado*”. No que respeita à admissibilidade das impugnações necessárias, descortinam-se duas teses.

Uma das posições⁴ defende o fim das impugnações necessárias por violação dos prin-

² SERRÃO, Tiago. A Conferência procedimental no novo Código do Procedimento Administrativo: primeira aproximação. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (Coord.). *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. v. I, 3.ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2016. p. 655-681.

³ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares. O novo regime do Código do Procedimento Administrativo*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 96.

⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 674; SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de mudança no contencioso administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 88-89; SILVA, Vasco Pereira. O Inverno do nosso descontentamento — As impugnações administrativas no projecto de revisão do CPA, *Cadernos de Justiça Administrativa*,

cípios da separação de poderes e da desconcentração administrativa e por condicionarem e limitarem o acesso à justiça e o direito à tutela jurisdicional efectiva em razão do uso ou não uso de uma garantia administrativa que impede a imediata impugnação de um acto administrativo lesivo. Vasco Pereira da Silva sustenta que a exigência de impugnação administrativa necessária se reconduz a “*uma das mais persistentes manifestações dos traumas de infância do Contencioso Administrativo*”⁵ André Salgado de Matos defende mesmo que “[p]erante cada previsão especial de recurso hierárquico necessário, anterior ou posterior ao CPTA os tribunais administrativos devem averiguar a sua conformidade constitucional à luz do regime constitucional das restrições a direitos fundamentais e, se for caso disso, desaplicá-la com fundamento na sua inconstitucionalidade”.⁶

Numa perspectiva diferente, Vieira de Andrade⁷ entende que o condicionamento do acesso imediato aos tribunais pela consagração legal de impugnações administrativas necessárias se justifica por razões de interesse público sem prejudicar, de forma desproporcionada ou arbitrária, a protecção judicial efectiva dos cidadãos, pelo que as disposições avulsas que estatuem impugnações administrativas necessárias não são inconstitucionais. A garantia constitucional de impugnação contenciosa de actos administrativos lesivos consagrada no artigo 268º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa, não impede o legislador ordinário de estipular condições de impugnabilidade específicas para tal impugnação — salvo se desse modo se suprimir ou restringir de modo intolerável o exercício daquele direito —, não estando ali em causa “*uma verdadeira restrição, dado que não se impede o exercício posterior do direito de ação contra aquele mesmo ato.*” Nesta linha de entendimento, Mário Aroso de Almeida⁸ classifica a prévia utilização de impugnação administrativa necessária como uma condição interna de impugnabilidade do acto administrativo, mais afirmando que não cabe à Constituição da República Portuguesa definir os pressupostos de que possa depender a impugnação dos actos administrativos. Sem embargo de o CPTA estabelecer, nos artigos 51º e 59º, nº 4 e 5, que, em regra, os actos administrativos não têm de ser objecto de prévia impugnação administrativa para que possam ser contenciosamente impugnados, não ficam afastadas “*as múltiplas deter-*

Braga, nº 100, p. 100-120, 2013; e OTERO, Paulo. *As garantias impugnatórias dos particulares no Código do Procedimento Administrativo*. Braga: Scientia Iuridica, v. XLI, nº 237-237, p. 8 et seq.

⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise — Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 347.

⁶ MATOS, André Salgado de. Recursos hierárquicos necessários previstos em leis especiais: o recurso em matéria disciplinar no âmbito da GNR. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Portugal, nº 87, p. 42 et seq., Maio/Jun. 2011.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. Em defesa do recurso hierárquico: Acórdão do Tribunal Constitucional nº 499/96, p. 383/93, de 20.3.1996. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, nº 0, p. 13, 1996.

⁸ Partindo da separação que Freitas do Amaral faz das condições de impugnabilidade do acto administrativo em internas e externas — em que as primeiras consubstanciam requisitos estruturais necessários para que um acto seja impugnável (artigos 51 e 54 do CPTA) e em que as segundas correspondem aos pressupostos processuais que não se reportam ao acto administrativo mas em relação aos quais a acção de impugnação de acto administrativo apresenta especialidades (artigos 55 a 60 do CPTA).

minações legais avulsas que instituem impugnações administrativas necessárias (...) em resultado de opção consciente e deliberada do legislador, quando este a considere justificada.”^{9,10} Também se segue este entendimento nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da Secção do Contencioso Administrativo) de 04 de junho de 2009 (processo nº 0377/08) e do Tribunal Central Administrativo Norte de 28 de outubro de 2010 (processo nº 00064/09.1BECBR), escrevendo-se neste último que a consagração legal de impugnações administrativas necessárias “*não implica, nem contende com o direito de acesso aos tribunais, mormente, em termos de tutela jurisdicional efectiva dos respectivos direitos em sede e momento próprios, visto a garantia de impugnação contenciosa não é ilimitada ou absoluta, permitindo-se ao legislador ordinário alguma margem na definição e enunciação dos pressupostos processuais exigidos para cada um dos meios contenciosos consagrados e disponibilizados no ordenamento jurídico, não existindo no texto constitucional uma imposição que um determinado direito ou interesse legalmente protegido possam e devam ser efectivados por um qualquer ente, num qualquer tribunal/jurisdicção e através dum qualquer meio processual à livre escolha de quem pretenda exercê-lo*”.¹¹

Finalmente, também o Tribunal Constitucional^{12,13} tem reiterado o juízo de não inconstitucionalidade de preceitos legais que consagram impugnações administrativas necessárias, considerando que (i) o direito à tutela jurisdicional efectiva não impede o legislador de condicionar desse modo a impugnação contenciosa dos actos administrativos além de que (ii) a impugnação administrativa necessária não inviabiliza aquela tutela pois que está assegurada a impugnação contenciosa posterior.

Pela nossa parte, alinhamos com a última posição pelas razões que passamos a enunciar. Em primeiro lugar, entendemos que a consagração legal de impugnações adminis-

⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*. 2.ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 138-139, e ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 303.

¹⁰ CORREIA, Sérvulo. O incumprimento do dever de decidir. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Portugal, nº 54, p. 17, 2005.

¹¹ INSTITUTO E GESTÃO FINANCEIRA E EQUIPAMENTOS DA JUSTIÇA I.P. *Bases Jurídico-Documentais*. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 2 ago. 2017.

¹² Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdãos nº 564/2008. Lisboa, 25 de novembro de 2008 e Acórdão nº 425/99. Lisboa, 30 de junho de 1999. Disponíveis em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 2 ago. 2017.

¹³ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 468/99. Lisboa, 14 de julho de 1999; Acórdão nº 548/99. Lisboa, 14 de outubro de 1999; Acórdão nº 329/2000. Lisboa, 21 de junho de 2000; Acórdão nº 99/2001. Lisboa, 13 de março de 2001; Acórdãos nº 185/2001. Lisboa, 02 de maio de 2001; Acórdão nº 283/2001. Lisboa, 26 de junho de 2001; Acórdão nº 235/2003. Lisboa, 14 de maio de 2003; Acórdão nº 188/2004. Lisboa, 23 de março de 2004 e Acórdão nº 564/2008. Lisboa, 25 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> Acesso em: 2 ago. 2017. Refira-se que o acórdão nº 185/2001 reporta-se aos artigos 140 e 141 do Estatuto do Militar da Guarda Nacional Republicana (Decreto-Lei nº 465, de 31 de dezembro de 1983), na sua redacção original, enquanto impunham, como condição necessária de interposição de recurso hierárquico para o Ministro da Administração Interna dos actos praticados pelo Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana, a reclamação prévia para o autor do ato.

trativas necessárias não belisca o princípio da separação de poderes — consagrado nos artigos 2º e 111º da Constituição —, no sentido da independência da Justiça perante a Administração, dado que não tem como efeito a sobreposição da autoridade administrativa à judiciária nem se traduz na decisão, por parte da Administração, de questões da competência dos Tribunais. Em segundo lugar, também o princípio da desconcentração administrativa — consagrado no artigo 267º, nº 2, da Constituição —, traduzindo-se na atribuição ao órgão subalterno competências decisórias do superior hierárquico, “*de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva*” (artigo 268º, nº 1 da Constituição), não é afectado com as impugnações administrativas necessárias porque as mesmas, sendo excepcionais, não frustram a prevenção da burocratização, constituindo até uma forma de aproximar os serviços administrativos dos administrados, na medida em que constituem uma oportunidade de resolução extrajudicial de conflitos. Em terceiro lugar, consideramos que não é posto em causa nem o acesso à justiça nem o direito à tutela jurisdicional efectiva, nos termos dos artigos 20º e 268º, nº 4, da Constituição, pois a impugnação administrativa prévia à impugnação contenciosa de um acto não contende com nenhuma das três dimensões em que se desdobra essa tutela — declarativa (o direito de obter, em prazo razoável, e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo), executiva (a possibilidade de a fazer executar) e cautelar (a possibilidade de obter as providências cautelares destinadas a assegurar o efeito útil da decisão) —, não obstando ao exercício de qualquer um desses direitos. Em quarto lugar, as impugnações administrativas necessárias apresentam as seguintes vantagens: (i) Reforçam o controlo de legalidade e de mérito da actuação administrativa, sendo este último insindicável pelos tribunais; (ii) Promovem a prossecução dos princípios da unidade da acção administrativa (art. 267º, nº 2 CRP) e da hierarquia (arts. 27º e 199º al. d) CRP): o primeiro assegura um primeiro controlo da actuação administrativa dentro da Administração Pública e o segundo assegura que o superior hierárquico tenha a “última palavra” relativamente às decisões dos subalternos, princípios esses que se justificam em determinadas matérias (p. ex., em matéria de aplicação de sanções disciplinares); (iii) São mais baratos e rápidos do que as impugnações contenciosas; (iv) Garantem a imediata suspensão dos efeitos do acto administrativo sem necessidade de recorrer a tribunal para o efeito; (v) Permitem evitar o congestionamento dos tribunais com acções desnecessárias em virtude de a Administração Pública poder proferir uma decisão favorável ao particular. Em quinto lugar, as impugnações administrativas necessárias, por princípio, não restringem o direito à impugnação contenciosa de actos administrativos lesivos dado que sempre possibilitam essa impugnação posteriormente, ainda que não imediata, apenas a retardando, sem que tal efeito retardatário — uma vez que não contenda com o conceito de “prazo razoável” — consubstancie propriamente uma restrição de um direito pois que a Constituição não garante aquele direito num determinado prazo. Por fim, em sexto lugar, a Constituição não impede o legislador de estabelecer condições de impugnabilidade dos actos lesivos, como é o caso das impugnações administrativas necessárias.

O CPA foi também neste último sentido, estipulando que as impugnações administrativas necessárias são excepcionais e dependem de consagração legal. A este propósito, o Tribunal Constitucional, nos Acórdãos nºs 161/99 e 44/2003,¹⁴ declarou inconstitucional, por violação do princípio da primariedade da lei (artigo 112º, nº 7 e 8, da CRP), a norma do artigo 30º, nº 1, do Decreto Regulamentar nº 15/1994, de 06 de julho, que determinava que dos actos praticados pelas entidades gestoras de programas de quadro no âmbito do que se consagra naquele mesmo decreto regulamentar, cabia recurso necessário para o Ministro do Emprego e Segurança Social.¹⁵

Importa, todavia, considerar que, perante um acto administrativo nulo, não é aceitável como condição para a impugnação contenciosa a exigência da prévia interposição de recurso hierárquico necessário dentro do curto prazo legalmente previsto.¹⁶ A este propósito, bem nota Isabel Celeste Fonseca¹⁷ que a impugnação administrativa não pode colidir com o regime substantivo da nulidade dos actos administrativos — traduzido na insusceptibilidade de produção de quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade, nos termos do artigo 162º, nº 1 do CPA —, pelo que o acto nulo não pode consolidar-se na ordem jurídica como caso decidido, insindicável jurisdicionalmente, “salvo disposição legal em contrário” — cf. nº 2 daquele artigo. Neste sentido, Mário Aroso de Almeida sustenta a impugnabilidade do acto sujeito a impugnação administrativa não utilizada quando seja invocada a respectiva nulidade e não se conclua pela sua mera anulabilidade.

No que concerne aos efeitos das impugnações quanto ao acto impugnado (artigo 189º), se forem necessárias, suspendem os seus efeitos, o que, como vimos, é uma vantagem que o novo CPA consagra e que se impõe logicamente pois, sendo o particular obrigado a impugnar o acto administrativamente antes de recorrer a Tribunal, a não suspensão automática dos efeitos do acto com a impugnação administrativa impor-lhe-ia — caso tal se justificasse e sob pena de o privar da dimensão cautelar do princípio da tutela jurisdicional efectiva — o ónus de requerer ao Tribunal, como preliminar de uma acção principal futura, a adopção de uma providência cautelar que garantisse a não pro-

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 161/99. Lisboa, 10 de março de 1999 e Acórdão nº 44/2003. Lisboa, 29 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

¹⁵ O Acórdão nº 161/99 teve, porém, uma declaração de voto de Maria dos Prazeres Pizarro Beleza no sentido em que, não integrando a definição dos pressupostos de impugnação judicial do acto administrativo a reserva de competência parlamentar, não pode invocar-se a conexão de tal matéria com a garantia de recurso apenas para afastar a possibilidade de intervenção regulamentar autónoma, até porque se a imposição de um recurso tutelar necessário não tem relevância suficiente, do ponto de vista da garantia de impugnação judicial, para justificar a reserva parlamentar, nada impede que o legislador confie tal tarefa à competência regulamentar do Governo.

¹⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 345.

¹⁷ FONSECA, Isabel Celeste. Preclusão da sindicabilidade jurisdicional de ato (nulo): sistema muito (in)coerente! : Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 23/10/2008 (2º juízo), P. 1170/05. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, nº 92, p. 41, Mar./Abr. 2012.

dução de efeitos por parte daquele acto primário, ónus esse que se mostra excessivamente oneroso para o impugnante. Diferentemente, as impugnações facultativas só têm efeito suspensivo nos casos em que a lei o determine ou quando o órgão decisor, oficiosamente ou a pedido do interessado,¹⁸ considere que a sua execução imediata causa prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao destinatário e a suspensão não cause prejuízo de maior gravidade para o interesse público. O pedido de suspensão da execução (i. é, da eficácia) do acto não prejudica o pedido de suspensão de eficácia perante os tribunais administrativos, nos termos do CPTA, podendo apenas em sede judicial alcançar-se tal efeito suspensivo, com o que fica assegurada a dimensão cautelar da tutela jurisdicional efectiva.

Quanto aos efeitos das impugnações administrativas sobre prazos (artigo 190º), a reclamação de actos ou omissões sujeitos a recurso hierárquico necessário suspende o prazo da respectiva interposição, à semelhança do que já acontecia na vigência do anterior CPA. Tratando-se de impugnações administrativas facultativas (reclamação ou recurso hierárquico), a dedução das mesmas suspende o prazo de propositura de acções judiciais, que só retoma o seu curso com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação administrativa ou com o decurso do respectivo prazo legal. Esta regra está em sintonia com a do artigo 59º, nº 4 do CPTA — nos termos da qual “*A utilização de meios de impugnação administrativa suspende o prazo de impugnação contenciosa do ato administrativo, que só retoma o seu curso com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação administrativa ou com o decurso do respetivo prazo legal, consoante o que ocorra em primeiro lugar.*” — e confere utilidade às garantias administrativas impugnatórias, não só pelo benefício da suspensão daquele prazo, mas também por, assim, possibilitar que, no decurso de tal suspensão, o órgão decisor venha a deferir a pretensão do particular, assim prevenindo litígios judiciais, sem impedir o interessado de, na pendência da impugnação administrativa, propor acções judiciais e requerer a adopção de providências cautelares.¹⁹

Estando em causa a impugnação de actos — pressupondo a omissão a ilegalidade —, os fundamentos podem ser a ilegalidade ou a inconveniência do acto praticado (artigo 185º), conforme visem prevenir ou reparar ofensas ao bloco de legalidade ou aos critérios e regras de boa administração que tenham que ser adoptados, podendo ainda ser mistas (de legalidade e de mérito), à semelhança do que já previa o CPA anterior.

Para reclamar ou recorrer, têm legitimidade os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos que se considerem lesados pela prática ou omissão do acto administrativo bem como as pessoas e entidades mencionadas nos nº 2 a 4 do artigo 68º²⁰ (cf. artigo 186º) mas não quem, sem reserva, tenha aceitado, expressa ou tacita-

¹⁸ A suspensão da execução pode ser pedida pelos interessados a qualquer momento e deve ser decidida no prazo de cinco dias e, na apreciação do pedido, deve verificar-se se as provas revelam uma probabilidade séria de veracidade dos factos alegados pelos interessados, devendo ser decretada, em caso afirmativo, a suspensão da execução.

¹⁹ QUADROS, Fausto de et al. *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 407.

²⁰ Art. 68º do Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 4/2015, de 07 de janeiro): “2 — *Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais*

mente, um acto administrativo depois de praticado. A propósito da legitimidade activa, impõe-se duas observações.²¹ Por um lado, o critério acolhido não coincide com o fixado no artigo 68, nº 1 para os procedimentos administrativos de primeiro grau, excluindo os sujeitos que sejam titulares de deveres, encargos, ónus ou sujeições, o que se mostra criticável na medida em que — embora aqui a legitimidade seja aferida pelos efeitos do acto praticado na sequência do procedimento administrativo de primeiro grau —, não faz sentido que alguém tenha legitimidade para um procedimento administrativo de primeiro grau e não tenha legitimidade para impugnar o acto administrativo em que aquele culminou, devendo entender-se, antes, que tem legitimidade para impugnar quem interveio no procedimento de primeiro grau. Por outro lado, o critério da lesividade — que vem já do anterior CPA — não se coaduna com a possibilidade de impugnação fundada na inconveniência do acto, caso em que não haverá interessados lesados, razão pela qual faz sentido defender que “(...) quando se fundar em inconveniência, a reclamação ou recurso podem ser deduzidos também por aqueles que tenham um interesse de facto (apenas), mas directo e pessoal, na procedência da reclamação ou recurso.”²²

Por fim, quanto à omissão ilegal de actos administrativos, o prazo para reclamar ou recorrer é de um ano (artigo 187º), correspondendo ao estabelecido no artigo 69º, nº 1, do CPTA para propor a acção de condenação à prática do acto devido nas situações de inércia da Administração Pública e conta-se a partir da data do incumprimento do dever de decisão (artigo 188º, nº 3).

4 A reclamação em especial

Em especial quanto à reclamação, e em termos de regime geral, a mesma é apresentada no prazo de 15 dias — quando a lei não estabeleça prazo diferente — e dirigida ao autor do acto (ou órgão silente), tendo por objecto um acto (ou a sua omissão), não sendo possível reclamar-se de acto que decida anterior reclamação ou recurso administrativo, salvo com fundamento em omissão de pronúncia (artigo 191º). Apresentada a

como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural: a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português; b) As associações e fundações representativas de tais interesses; c) As autarquias locais, em relação à protecção de tais interesses nas áreas das respectivas circunscrições. 3 — Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido. 4 — Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.”

²¹ SAMPAIO, Jorge Silva; COIMBRA, José Duarte. Os procedimentos administrativos de segundo grau no novo CPA. In: GOMES, Carla Amado et al. *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 708 et seq.

²² OLIVEIRA, Mário Esteves de et al. *Código do Procedimento Administrativo*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 755-756.

reclamação, o órgão competente para a decisão deve notificar aqueles que possam ser prejudicados pela sua procedência (contrainteressados) para alegarem, no prazo de 15 dias, o que tiverem por conveniente sobre o pedido e os seus fundamentos. O prazo de decisão é de 30 dias e, sendo a reclamação necessária, o decurso deste prazo sem que haja sido tomada uma decisão confere ao interessado a possibilidade de utilizar o meio de tutela, administrativo ou contencioso, adequado para satisfação da sua pretensão. A decisão da reclamação pode ser no sentido da confirmação, da revogação, da anulação, da modificação ou substituição do acto reclamado ou da prática do acto legalmente omitido (artigo 192º) e, em caso de revogação, a decisão tem eficácia retroactiva, nos termos do artigo 156º, nº 2, alínea b.

Deste modo, o regime da reclamação administrativa manteve-se praticamente inalterado, com as seguintes alterações: a) a possibilidade de reclamar contra omissões; b) a notificação dos contrainteressados para alegarem o que tiverem por conveniente; e c) a possibilidade de obter, em caso de omissão de pronúncia, a prática do acto omitido, pela via procedimental.

5 O recurso hierárquico em especial

O recurso hierárquico pode ser utilizado para impugnar actos administrativos praticados por órgãos sujeitos aos poderes hierárquicos de outros órgãos ou reagir contra a sua omissão ilegal e, não estabelecendo a lei prazo diferente, deve ser interposto no prazo de 30 dias, se for necessário, ou no prazo de impugnação contenciosa do acto em causa, se for facultativo (artigo 193º). Nos termos dos artigos 194º e 195º, o recurso hierárquico é interposto mediante requerimento dirigido ao mais elevado superior hierárquico do autor do acto ou da omissão²³ mas, se for apresentado ao autor do acto ou da omissão ou à autoridade a quem seja dirigido, não há lugar a rejeição pois o mesmo remete ao primeiro, no prazo de três dias.²⁴ O recurso hierárquico é rejeitado quando (i) o acto impugnado não seja suscetível de recurso; (ii) o recorrente careça de legitimidade; (iii) o recurso haja sido interposto fora do prazo; ou (iv) ocorra qualquer outra causa que obste ao conhecimento do recurso (artigo 196º). Embora tal não resulte expressamente da lei, logicamente que a reclamação deverá ser rejeitada nas mesmas situações, ficando sem se perceber por que razão o legislador não se referiu à reclamação a este propósito. Recebido o requerimento, o autor do acto ou da omissão²⁵ deve notificar aqueles que possam ser prejudicados pela sua procedência (contrainteressados) para alegarem, no prazo de 15 dias, o que tiverem por conveniente sobre o pedido e os seus fundamentos. No mesmo prazo — ou no prazo de 30 dias, quando houver contrainteressados —, deve o autor do acto ou da omissão pronunciar-se sobre o recurso e remetê-lo ao órgão competen-

²³ Salvo se a competência para a decisão se encontrar delegada ou subdelegada.

²⁴ Quando o recurso haja sido interposto para órgão incompetente, o documento recebido é enviado oficiosamente ao órgão titular da competência, disso se notificando o particular, valendo a data da apresentação inicial do requerimento para efeitos da sua tempestividade (cf. artigo 41º).

²⁵ E não o órgão competente para decidir o recurso, para evitar que o requerimento subisse e descesse, com objectivo de celeridade.

te para dele conhecer, notificando o recorrente da remessa do processo administrativo. Quando os contrainteressados não hajam deduzido oposição e os elementos constantes do processo demonstrem suficientemente a procedência do recurso, pode o autor do acto recorrido revogar, anular, modificar ou substituir o acto (sem estar vinculado ao pedido do recorrente mas nunca em sentido menos favorável ao recorrente), informando da sua decisão o órgão competente para conhecer do recurso. O órgão responsável pelo incumprimento do dever de decisão pode praticar o acto ilegalmente omitido na pendência do recurso hierárquico, disso dando conhecimento ao órgão competente para conhecer do recurso, ao recorrente e aos contrainteressados que hajam deduzido oposição, caso em que o recorrente ou os contrainteressados podem requerer, dentro do prazo previsto para a interposição de recurso hierárquico contra o acto praticado, que o recurso prossiga contra o acto praticado, podendo alegar novos fundamentos e juntar elementos probatórios que considerem pertinentes. Quanto à decisão do recurso hierárquico (artigos 197º e 198º), quando a lei não fixe prazo diferente, é o mesmo de 30 dias a contar da data da remessa do processo ao órgão competente para dele conhecer, podendo ser elevado até ao máximo de 90 dias, quando haja lugar à realização de nova instrução ou de diligências complementares. Destarte, a remessa do processo ao órgão decisor releva para a contagem do prazo de decisão uma vez que o respectivo termo inicial coincide com aquela. Contudo, caso a mesma não seja notificada ao recorrente — nos termos do disposto no artigo 195º, nº 2 —, vem entendendo a jurisprudência que se presume a remessa no termo do prazo a que se reporta aquela norma legal,²⁶ pelo que a falta de notificação da remessa do processo não interfere com a contagem do prazo para a impugnação judicial quando a mesma é precedida de recurso hierárquico facultativo, para efeitos do disposto no artigo 59º, nº 4 do CPTA, relativamente à suspensão do prazo.

O órgão decisor pode (i) anular, no todo ou em parte, o procedimento administrativo e determinar a realização de nova instrução ou de diligências complementares; (ii) no caso de ter havido incumprimento do dever de decisão, substituir-se ao órgão omissor na prática desse ato, se a competência não for exclusiva deste, ou ordenar a prática do acto ilegalmente omitido; (iii) confirmar ou anular o acto recorrido e, se a competência do autor do acto recorrido não for exclusiva, revogá-lo, modificá-lo ou substituí-lo, ainda que em sentido desfavorável ao recorrente.²⁷

Portanto, o órgão competente para decidir não está vinculado ao pedido do recorrente nem à proposta de pronúncia do autor do acto ou da omissão embora deva fundamentar devidamente a decisão que venha a tomar quando não opte pela proposta de pronúncia do autor do acto ou da omissão.²⁸

²⁶ Neste sentido, cf. o TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE. Acórdão do processo nº 03321/10.0BEPRT. Porto, 13 de setembro de 2013. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 2 ago. 2017.

²⁷ Se o órgão subalterno dispuser de competência exclusiva, apenas pode ser obrigado à prática do ato.

²⁸ Nos termos do artigo 153, a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que consti-

Acresce que, em caso de omissão, o órgão competente para decidir o recurso ordena a prática do acto ilegalmente omitido — ficando claro que deixou de existir a figura do indeferimento tácito —, o que constitui uma excepção à regra de que na reclamação e no recurso administrativos não há condenação à prática de um acto administrativo, mas a própria emissão do acto omitido. Efectivamente, no âmbito dos procedimentos administrativos de segundo grau, quem decide é um órgão da própria Administração Pública, e não uma entidade independente (como os tribunais, no caso da acção judicial de condenação à prática do acto devido), o que justifica que a condenação à prática do acto omitido não seja a regra.

O indeferimento do recurso hierárquico necessário ou o decurso do prazo para a decisão do recurso hierárquico (necessário ou facultativo) sem que haja sido tomada uma decisão por parte do órgão decisor conferem ao interessado, nos termos do artigo 198º, nº 4, uma de duas possibilidades de reacção contenciosa, também previstas no artigo 69º, nº 2 do CPTA: impugnar o acto do órgão subalterno (acto primário) ou fazer valer o seu direito ao cumprimento, por aquele órgão, do dever de decisão. Assim, deixou de se aludir ao indeferimento tácito, clarificando que, à semelhança do que sucede no procedimento administrativo de primeiro grau (artigo 129º), a falta de decisão do recurso hierárquico necessário não dá origem à formação de um acto tácito impugnável, conferindo apenas ao interessado a possibilidade de utilizar o meio de tutela adequado à satisfação da sua pretensão. Por outro lado, se o recurso hierárquico for indeferido, a impugnação contenciosa não se dirige contra a decisão de indeferimento mas contra o acto primário do órgão subalterno que originou o recurso. Finalmente, não tendo sido tomada uma decisão nos prazos definidos para o efeito, a tutela contenciosa adequada não consiste em exigir ao superior hierárquico o cumprimento do seu dever de decidir o recurso mas em reagir contra a conduta do subordinado que originou o recurso hierárquico, devendo pedir-se a condenação do órgão subalterno omissor a praticar o acto devido.

Assim sendo, quanto ao regime do recurso hierárquico, as novidades são: a) a possibilidade de o recurso ser utilizado para reagir contra a omissão ilegal de actos administrativos; b) o dever de remessa do recurso apresentado ao superior hierárquico ao autor do acto ou órgão silente e o dever de remessa do recurso ao órgão competente caso o mesmo tenha sido interposto para órgão incompetente, sem que tal erro determine a rejeição do recurso; c) a notificação dos contrainteresados pelo autor do acto ou órgão silente (deixando de o ser pelo órgão decisor); d) a consagração de prazos diferentes para o autor do acto ou órgão silente se pronunciar sobre o recurso consoante haja ou não contrainteresados; e) a possibilidade de tanto o autor do acto como o órgão decisor modificarem ou substituem o acto sem estarem vinculados ao pedido do recorrente, com a diferença de que o primeiro nunca o pode fazer em sentido menos favorável ao recorrente e o segundo pode fazê-lo se a competência do autor do acto não for exclusiva; f) a possibilidade

tuem, neste caso, parte integrante do respetivo ato. Equivale à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato. Na resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias dos interessados.

de o órgão decisor decidir com base na proposta de pronúncia do autor do acto ou em sentido diferente, apenas se lhe impondo, neste caso, a fundamentação da discordância; g) a possibilidade de o órgão decisor se substituir ao órgão omissor na prática do acto devido, salvo se a competência for exclusiva do órgão subordinado, caso em que apenas pode ordenar ao subalterno a prática do acto omitido; h) a obrigatoriedade de o órgão decisor se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pelo recorrente, com excepção daquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras; i) em caso de indeferimento do recurso, o objecto da impugnação judicial é o acto primário do órgão subalterno; j) caso o órgão decisor não se pronuncie no prazo legal para o efeito, a tutela contenciosa passa por pedir ao tribunal a condenação do órgão subalterno omissor a praticar o acto devido.

6 Os recursos administrativos especiais

Sob a nova epígrafe “recursos administrativos especiais”, passa a regular-se, no artigo 199º, o antigo recurso hierárquico impróprio e o recurso tutelar, os quais correspondem a recursos que têm lugar fora de uma relação de hierarquia, numa outra relação de supra/infra-ordenação orgânica ou funcional.

Os recursos administrativos especiais têm lugar nos casos expressamente previstos na lei. Diferentemente, o recurso hierárquico facultativo é sempre possível pois o seu fundamento é a hierarquia e o poder, que assiste ao superior hierárquico, de reapreciar os casos primariamente decididos pelos subalternos — podendo confirmar, revogar ou substituir os actos impugnados — é inerente à relação hierárquica, não carecendo de formulação legal expressa.²⁹

Esses recursos podem ser para a) órgão da mesma pessoa colectiva que exerça poderes de supervisão; b) órgão colegial, de actos ou omissões de qualquer dos seus membros, comissões ou secções; c) órgão de outra pessoa coletiva que exerça poderes de tutela ou superintendência.

Quanto ao recurso previsto na referida alínea a), o mesmo dirige-se a órgão que, embora integre a mesma pessoa colectiva, não sendo superior hierárquico, tenha a faculdade de revogar ou suspender os actos praticados pelo órgão recorrido (correspondente ao poder de supervisão).³⁰ Relativamente ao recurso previsto na alínea b), o novo CPA passou a fazer referência às comissões e secções, para além dos membros. O recurso previsto na alínea c) dirige-se a órgão que exerça poderes de tutela (ou seja, de intervenção na gestão para assegurar a legalidade ou o mérito³¹) ou de superintendência (ou seja, de definir os objectivos³²). Só pode ter por fundamento a inconveniência ou inoportunidade do acto ou da omissão nos casos em que a lei estabeleça uma tutela de mérito e a modificação ou

²⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Conceito e natureza do recurso hierárquico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 71-82.

³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. vol. I, 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 815.

³¹ Ibid., p. 880.

³² Ibid., p. 899.

a substituição do acto recorrido ou omitido só é possível se a lei conferir poderes de tutela substitutiva e no âmbito destes. Estabelece-se aqui uma regra oposta à que vale para as reclamações e os recursos hierárquicos, no sentido em que podem ter como fundamento a ilegalidade ou a inconveniência do acto (artigo 183º, nº 5).

Pode ainda haver, mediante disposição legal expressa nesse sentido, recurso para o delegante ou subdelegante dos actos praticados pelo delegado ou subdelegado. A previsão autónoma deste recurso apenas faz sentido fora do âmbito da relação de hierarquia e quando se trate de órgãos de pessoas colectivas diferentes pois que, se integrarem a mesma pessoa colectiva, têm enquadramento na previsão da alínea a). O recurso para o delegante ou subdelegante dos actos praticados pelo delegado ou subdelegado, ao depender da sua consagração expressa na lei, contraria o disposto no artigo 49, nº 2 do CPA, nos termos do qual o órgão delegante ou subdelegante tem os poderes de avocar, anular, revogar ou substituir o acto praticado pelo delegado ou subdelegado ao abrigo da delegação ou subdelegação. Com efeito, não se compreende como é que o delegante ou subdelegante tem aqueles poderes e só nos casos expressamente previstos na lei pode um particular recorrer para o mesmo dos actos praticados pelo delegado ou subdelegado, situação que configura uma contradição manifesta.

Em matéria de regime jurídico, aos recursos administrativos especiais são aplicáveis as disposições reguladoras do recurso hierárquico mas, quanto ao recurso tutelar, naturalmente apenas na parte em que não contrariem a natureza própria deste e o respeito devido à autonomia da entidade tutelada.

Isto posto, os recursos anteriormente designados como “recursos hierárquicos impróprios” e o recurso tutelar passam a estar englobados na categoria dos “recursos administrativos especiais”, sem alteração dos respectivos regime e âmbito, com mera alteração de nomenclatura.

7 Conclusão

Com o novo CPA, as garantias administrativas deixaram de ser exclusivamente impugnatórias, sendo agora possível reagir contra as omissões administrativas, quer de actos quer de normas regulamentares, tendo ainda ficado expressamente consagrada a possibilidade de impugnar regulamentos.

A reclamação e o recurso hierárquico afirmam-se como as garantias administrativas típicas que, apesar de se distinguirem quanto ao órgão decisor, assumem pontos de identidade ao nível da natureza (necessária ou facultativa), dos efeitos (quanto aos prazos de impugnação contenciosa), dos fundamentos (ilegalidade e/ou inconveniência), da legitimidade e dos prazos de reacção contra as omissões administrativas. A natureza necessária das impugnações administrativas, embora excepcional e dependente de consagração legal expressa, continua a estar prevista no CPA.

Em especial quanto à reclamação administrativa, o seu regime manteve-se praticamente inalterado, apenas com as seguintes alterações: a) a possibilidade de reclamar contra omissões; b) a notificação dos contrainteressados para alegarem o que tiverem por conveniente; e c) a possibilidade de obter, em caso de omissão de pronúncia, a prática do

acto omitido, pela via procedimental.

Relativamente ao regime do recurso hierárquico, embora o mesmo comporte diversas alterações, a novidade mais relevante situa-se ao nível da possibilidade de reacção contra as omissões, estabelecendo-se agora que o superior hierárquico pode substituir-se ao órgão omissor na prática do acto devido, a não ser que a competência seja exclusiva do órgão subordinado, caso em que deve limitar-se a ordenar ao subalterno a prática do acto ilegalmente omitido.

Enfim, os recursos administrativos especiais englobam os anteriores recursos hierárquicos impróprios e recurso tutelar e só são admitidos nos casos expressamente previstos na lei.

Em jeito de síntese, diremos que o balanço da reforma introduzida com o novo CPA, em matéria de impugnações administrativas, mostra-se, em geral, positivo no sentido da prossecução do dever de boa administração e eficiência administrativa e da aproximação da Administração Pública aos administrados, ao conceder-lhes mecanismos de tutela mais abrangentes — e, por isso, mais apelativos sempre que esteja em causa a escolha entre garantias administrativas e garantias contenciosas — que promovem a resolução extrajudicial dos conflitos administrativos, com os benefícios que lhe são inerentes em termos de tempo e custos.

QUEM DEFENDE O DIREITO? CONSIDERAÇÕES JUSFILOSÓFICAS A PROPÓSITO DA ALTERIDADE E DO PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DO BINÓMIO *EU-OUTRO*

(WHO DEFENDS LAW? CONSIDERATIONS OF LEGAL PHILOSOPHY
ON THE ALTERITY AND ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT
IN THE PROTECTION OF THE PAIR I-OTHER)

Pedro Jacob Morais¹

“É preciso ser gente com gente, para que cada vez mais
gente seja gente e nunca ninguém deixe de ser pessoa”

Frei Fernando Ventura

Resumo O presente artigo reflete sobre os problemas jusfilosóficos levantados pelos fenómenos de despersonalização inseridos no referente pós-moderno da ubiquidade do risco. Ademais, perspetiva o Tribunal Constitucional como garante do Estado de direito em sentido material e derradeira possibilidade de conversão da hostilidade em hospitalidade.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional, Estado de direito, inimigo, despersonalização.

Abstract This paper reflects on the philosophical issues raised by the legal depersonalization phenomena in the context of the world risk society. Furthermore, it characterizes the Constitutional Court as the rule of law guardian and the ultimate possibility of converting hostility into hospitality.

Keywords: Constitutional Court; rule of law, enemy, depersonalization.

Sumário 1 O binómio eu-outro. 2 Influxos do risco tardo-moderno. 3 Inimizade Schmittiana. 4 Da hostilidade à hospitalidade.

1 O binómio eu-outro

Existe uma contingência dialética na forma como olhamos o *outro*, uma contingência dialética que, ao configurar-nos por oposição à diferença, adquire laivos antitéticos. A alteridade enquanto alteração confronta-nos com o diverso numa ânsia definitiva final portadora de sentido. Perante o *outro*, o *eu* revela-se pessoa num movimento dialético diádico.² Paradoxalmente, o *outro* espoleta a extrinsecação do *eu* ao confrontá-lo com a

¹ Pedro Jacob Morais

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² Sobre o diadismo e o triadismo na interpretação dialética, ver BRITO, António José de.

diferença e, como o arco descendente da parábola, possibilita a intrinsecação final do *eu*. Sinteticamente, a pessoa surge como portadora da diferença, união escatológica de opostos, o *eu* como portador do *outro* e o *outro* como substrato da ipseidade³ (*Selbstheit*).⁴

Os aspetos descritos mais não representam do que o processo hegeliano que conduz o *an sich*, enquanto potência, à desvelação final do *für sich*. Tomando um exemplo do autor,⁵ a semente contém a potência de ser planta. Assim, partindo do *an sich*, a semente desimplica a sua virtualidade ao fazer-se planta, ao tornar-se *für sich*. Feita planta, gera nova semente e garante o ciclo da extrinsecação-intrinsecação.⁶ Por outras palavras, a transformação final da semente em planta geradora de sementes coloca em relevo a identificação do movimento sintético final com o conceito hegeliano do *universal-concreto*.⁷

O processo dialético que nos ocupa, mais do que permitir aproximações botânicas ou histórico-materialistas, constitui instrumento não despidendo na análise do homem enquanto *ser-em-relação*. Nesta ótica, o homem surge como potência, como ser que possui *em si* os instrumentos necessários ao desvelamento da sua *persona*, isto é, os elementos necessários a um comportamento conforme o direito. Não deixemos que o exigente vocabulário técnico escolhido nos tolde a visão que se quer límpida e sagaz. O homem é, ou seja, encontra-se faticamente (*sein*) numa determinada circunstância. Ora, este encontrar-se faticamente seria puro abandono ao *deserto do real* se o homem não encontrasse *em si* (*an sich*) os elementos necessários à interação com o meio envolvente (ambiente) e que permitem que este se desvele *para si* (*für sich*), revelando completamente a sua ipseidade no momento sintético final de retorno a si⁸ (intrinsecação). Retorno que

Razão e Dialética: Estudos de Filosofia e História da Filosofia. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1994. p. 297 et seq.

³ De acordo com a lição de Joaquim de Sousa Teixeira, a “ipseidade designa pois o carácter de ‘isso mesmo’ de alguma coisa e, mais especificamente, o existente humano considerado como singularidade concreta, irrepitível, impermutável, idêntico a si mesmo e diferente dos outros. Por isso, a ipseidade, no seu sentido genérico, só se deixa entender na relação de alteridade; ipseidade e alteridade constituem então um binómio que só se compreende no horizonte da relação mais abrangente entre os ‘grandes géneros’ do Mesmo e do Outro, da Identidade e da Diferença” (TEIXEIRA, Joaquim de Sousa. *Ipseidade e Alteridade: Uma Leitura da Obra de Paul Ricoeur*. Lisboa: INCM, 2004. p.18).

⁴ Conceito atribuído a Duns Escoto e posteriormente reabilitado por Heidegger.

⁵ Cf. HEGEL. *Introdução à História da Filosofia*. Coimbra: Arménio Amado, 1961. p. 62-63.

⁶ Novamente António José de Brito afirma ser “incontestável que, na dialética, não pode haver um começo ao estilo clássico, isto é, um ponto de partida igual a desenvolver linearmente. O que for ponto de partida tem de ser ponto de chegada, ou seja, é algo rigorosamente mediatizado” (BRITO, António José de. *Razão e Dialética: Estudos de Filosofia e História da Filosofia*. p. 298).

⁷ Cf. MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1955. p. 283-284.

⁸ Se nos socorrermos da linguagem metafórica de Søren Kierkegaard (KIERKEGAARD, Søren. *Temor e Tremor*. Lisboa: Guimarães Editores, 1998. p. 59), poderemos vislumbrar uma certa proximidade entre o duplo movimento descrito e o binómio *cavaleiro da resignação-cavaleiro da fé*. Assim, o cavaleiro atinge o geral através da resignação, que pode ser erigida arquetipicamente como o caminho percorrido por Abraão ao conduzir Isaac ao local sacrificial. Em seguida, o cava-

o configura finalmente como ser-em-relação. Descendo um degrau na escala da concretização, o homem não se encontra condenado a ser isoladamente. Pelo contrário, possui *em si* não só os instrumentos necessários ao *ser para si* como o dever (*sollen*) de *ser para si*.⁹ Poderíamos sintetizar o que acabamos de expor através da seguinte fórmula: *o homem deve cumprir-se!*

Este cumprir-se enquanto *fuga para a frente* que abandona o *an sich* através do *sollen*, possibilita que o homem surja como ser fiel ao Direito. Socorrendo-nos da terminologia heideggeriana, o homem é um ente que se sabe ente, ou seja, é um ente autoconsciente que pelo seu *Dasein* alcança o desvelamento que o faz surgir como *ser-no-mundo* (*in-der-Welt-sein*). É por *ser-no-mundo*, pela intersubjetividade que o aproxima do *outro*, que o homem se apresenta como *formador de mundo* (*weltbildend*).¹⁰ Contudo, consideramos que esta possibilidade de abertura ao mundo, sendo apanágio do homem, não constitui *conditio sine qua non* atributiva de personalidade. Pelo contrário, consideramos que a personalidade do homem advém da potência existente em si, da possibilidade de se desvelar¹¹ e abrir ao mundo, do *sollen* que o impele a *ser para si*. Assim, o homem é pessoa não por se reconhecer como ente mas por ter a possibilidade de se conhecer como ente, não porque cumpriu o seu plano de vida mas por ter a possibilidade de o delinear e seguir, não porque respeitou o imperativo categórico mas porque dele tomou conhecimento e se deparou com o terreno inexplorado da possibilidade.

Adotando o Direito como referente, o homem é pessoa por ter a possibilidade de ser com o *outro*, ou seja, de se comportar de acordo com o Direito. Daqui advém a sua dignidade imanente ou transcendente, dependendo do referente que adotemos ou do maior

leiro abandona o geral para se centrar no particular, deixando de ser cavaleiro da resignação para se assumir como cavaleiro da fé. Aqui já não encontramos um cavaleiro resignado, encontramos um cavaleiro que se abandona ao absurdo, como Abraão ao segurar a faca em holocausto. Numa interessante aplicação do paradoxo de Abraão ao Direito Penal, ver PALMA, Maria Fernanda. *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 11 et seq e 107 et seq.

⁹ Como ensina António José Brito a “mera enunciação de um *sollen* é coacção na medida em que pretende que as vontades a que se dirige se lhe submetam. Já Kant ensinava que não há dever que não contrarie uma inclinação” (BRITO, António José. *Ensaio de filosofia do direito e outros estudos*. Lisboa: INCM, 2006. p. 140).

¹⁰ Como dá conta Giorgio Agamben o “fio condutor da exposição de Heidegger é constituído pela tripla tese: ‘a pedra não tem mundo [weltlos], o animal é pobre de mundo [weltarm], o homem é formador de mundo [weltbildend]’ ” (AGAMBEN, Giorgio. *O Aberto: O homem e o animal*. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 72).

¹¹ Nas palavras de Martin Heidegger “[s]ó o desvelamento do ser possibilita a revelabilidade do ente. Este desvelamento, como verdade do ser chama-se verdade ontológica”. [*Enthülltheit des Seins ermöglicht erst Offenbarkeit von Seiendem. Diese Enthülltheit als Wahrheit über das Sein wird ontologische Wahrheit genannt*] (HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988. p. 22-23).

ou menor apreço pela palavra dignidade.¹² Nas palavras de Pico Della Mirandola:¹³ “[n]ão te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo”.¹⁴

Aqui reside a tónica da questão, na possibilidade do homem degenerar e posteriormente regenerar. Só assim podemos compreender Hervada quando afiança que, ainda que em alguns momentos se revele indigno por contrariar a sua inclinação natural,¹⁵ o homem não deixará de ser pessoa. Daqui resulta que um momento de indignidade, como a comissão de um crime, não opera a exclusão do *status personae*. O homem é indigno no momento e apenas no momento da prática do crime, sendo o *status quo ante* reposto logo de seguida, sem afectar, por exemplo, o seu estatuto de arguido — a mácula não alastra.¹⁶

Podemos verificar que a colocação do *outro* perante o *eu*, ainda que constitua um fenómeno de diversão e, por isso, de alteridade, não deixa de revelar a identidade.¹⁷ O *eu* apenas surge perante o *outro*,¹⁸ isto é, o homem — aqui partimos da sinonímia entre

¹² Assim, AGAMBEN, op. cit., p. 48, afirma, de acordo com uma linha marcadamente biopolítica, que a “descoberta humanística do homem é a descoberta da sua falta a si mesmo, da sua irremediável ausência de dignitas”. Com maior moderação, Carlos Pérez Del Valle, denota que “[e]s cierto, también, que el concepto de la dignidad, desde el punto de vista jurídico, ha proporcionado en estas materias [na densificação jurídica do conceito de pessoa] un escasso rendimiento, pues no permite aclarar nada: su uso inflacionario coincide con graves riesgos de la dignidad que no pueden ser conjurados con un contenido claro del concepto. Sin duda, la función que se le reconoce es la de aportar un concepto mínimo que permita configurar prohibiciones y sanciones en el derecho” (VALLE, Carlos Pérez Del. Utilitarismo ¿En la Perspectiva de Schopenhauer? In: LYNETT, Eduardo Montealegre; JOHN, José Antonio Caro. *El Sistema Penal Normativista en el Mundo Contemporáneo: Libro Homenaje al Professor Günther Jakobs en su 70 Aniversario*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2008. p. 647).

¹³ A propósito da palavra dignidade não deixa de notar Agamben, que o discurso de Mirandola “inapropriadamente se continua a chamar de hominis dignitate ainda que não contenha — nem poderia em caso algum referir-se ao homem — o termo dignitas, que significa simplesmente ‘escalão’” (AGAMBEN, Giorgio. *O Aberto: O homem e o animal*. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 48).

¹⁴ Vide MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem: Textos filosóficos*. 6.ed. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 57.

¹⁵ Nas palavras de Javier Hervada a “razão transforma em preceito — dissemos antes — a inclinação natural; a sua forma de operar é a de apresentar como lei — prescrição obrigatória ou enunciado deontico — o dever-ser natural, as exigências da natureza humana” (HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural: Resjurídica*. Porto: Rés, 1990. p. 141).

¹⁶ Ibid., p. 140, exemplificando: “O que rouba, no acto do roubo e enquanto rouba — e só enquanto rouba -, não é digno mas indigno, e por isso o acto do roubo não gera o direito a essa actividade, mas clama por coacção”.

¹⁷ Joaquim de Souza Teixeira afirma que o “conceito de identidade é pois um conceito ontológico, fundado na experiência do ser e da diferença (...)” (TEIXEIRA, Joaquim de Sousa. *Ipseidade e Alteridade: Uma Leitura da Obra de Paul Ricoeur*. Lisboa: INCM, 2004. p.18).

¹⁸ Considera, Alfonso de WAEHLENS que “[e]l ente humano es, transcendentemente, aber-

homem e pessoa — surge como homem perante o *outro* que mais não é do que o seu semelhante. Do exposto resulta a clássica definição do homem enquanto *politikon zoôn*.¹⁹ A ser assim, Zaratustra só se faz homem quando desce da montanha e, “6000 pés acima do homem e do tempo”²⁰ pode haver olímpicos, relâmpagos e outras intemperanças, mas não há certamente *polis* nem os animais que constituem o seu substrato. Mais se diga que a conversão da alteridade em identidade, *rectius*, a identificação que a alteridade espolata, é susceptível de ser reconduzida ao nível filosoficamente fundante da inscrição no frontão pítico, que assevera perante o incauto caminhante — “*conhece-te a ti mesmo*”.

Ora, este “*conhece-te a ti mesmo*” mais não é do que a possibilidade de identificação que o *outro* promove. Destarte, surgimos colocados perante nós mesmos como antecâmara do oráculo delfico, colocados perante nós mesmos que somos homens, ou seja, perante nós mesmos assumimos a proximidade e a estreiteza intersubjetiva que faz de nós artífices da *polis*. No entanto, esta identificação fundamental não é possível sem a pressuposição do livre-arbítrio humano. Note-se que não nos referimos a um *liberum arbitrium indifferentiae*, a um agir indiferente ao *outro*, isolado e, por isso, afastado da ação comunicativa que garante a intersubjetividade. Referimo-nos antes a um livre-arbítrio que nos coloca perante o nosso semelhante, que nos coloca e inscreve no mundo, no espaço público²¹ do devir colectivo.²² É na pressuposição do livre-arbítrio que afirmamos que o homem pode conhecer-se a si mesmo, pode, apesar das prescrições oraculares de Apolo, guiar a sua vida livremente. E ainda que as palavras de Lóxias sejam fatídicas, as dificuldades interpretativas permitem-nos viver em liberdade. Daqui advém, se nos aventurarmos pelo terreno do mito, que nenhum *fatum* inquinou a escolhas de Édipo até ao deslindamento, mais misterioso do que o mistério esfíngico, final; nenhum vento afastou Ulisses do fito da sua jornada; e nenhuma pena se apresentou tão pesada que

tura a lo otro. Ésta no es sólo la definición del conocimiento, sino también la del comportamiento, y ello en la medida misma en que ese concepto sólo es aplicable al hombre. No soy sino por mi relación con lo que no es yo” (WAEHLENS, Alfonso de. *Heidegger*. Buenos Aires: Ediciones Lo-sange, 1955. p. 54).

¹⁹ Como adverte Giorgio Agamben a expressão do Estagirita, *político* “não é um atributo do ser vivo enquanto tal, mas uma diferença específica que determina o género zoôn (logo a seguir, aliás, distingue-se a política humana da política de outros seres vivos, na medida em que aquela se funda, através do suplemento de politicidade ligado à linguagem, numa comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazer e dor)” (AGAMBEN, Giorgio. *O Poder Soberano e a Vida Nua: Homo Sacer*. Lisboa: Editorial Presença, 1998. p. 12). Por sua vez, Hannah Arendt utiliza a expressão *bios politikos*, sublinhando que esta “denotava apenas a esfera dos assuntos humanos, com ênfase na acção, praxis, necessária para estabelecer e manter” (ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Lisboa: Relógio d’Água, 2001. p. 25).

²⁰ No original “6000 Fuß jenseits von Mensch und Zeit” (NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 99).

²¹ Sobre a importância da inscrição do agir quotidiano no espaço público, vide GIL, José. *Portugal, Hoje: O Medo de Existir*. Lisboa: Relógio D’Água, 2004. p. 24 et seq.

²² Como recorda ARENDT, op. cit., p. 20, “o idioma dos romanos — talvez o povo mais político que conhecemos — empregava como sinónimos as expressões ‘viver’ e ‘estar entre os homens’ (*inter homines esse*), ou ‘morrer’ e ‘deixar de estar entre os homens’ (*inter homines esse desinere*)”.

impedisse a oferta de Prometeu aos homens. Como é bom de ver, a mitologia clássica cumpre o importante desiderato de nos advertir, nestas coisas do céu e da terra, que os homens são tão livres como os olímpicos.

A identificação fundamental que o *nosce te ipsum* propõe e promove, traz-nos à memória uma frase de Jaspers — “A verdade começa a dois”.²³ Julgamos possível estabelecer um elo entre as duas sentenças. A inscrição délfica encontra-se, como bem se compreende, relacionada com a questão da verdade. Chegado ao templo, o visitante — provavelmente não iniciado nos pequenos e grandes mistérios — suplica ao deus uma revelação. E esta revelação mais não é do que a clareza, redução de ruído ou deslindamento - numa palavra, verdade. Ora, aqui desembocamos na frase de Jaspers. “A verdade começa a dois” quer tão-só significar que a verdade é sempre mediada. É mediada em Delfos pelo próprio deus, mediada em Tebas pelos augures de Tirésias, enfim, se nos recordarmos da lição aristotélica sobre a tragédia clássica, podemos considerar que o *deus ex machina* representa a mediação no acesso à verdade.²⁴

2 Influxos do risco tardo-moderno

Deixemos, por ora, o mito de parte, e tentemos deslocar a frase de Jaspers para o direito. Se assim fizermos, verificamos que o significado primeiro da frase radica no carácter social da verdade. Entendemos que a verdade apenas surge numa vivência em relação, pressupondo o animal político com a sua capacidade de inter-relação, operada através de distintas formas de comunicação. Assim será se partirmos do contrato social enquanto conceito operativo, socorrendo-nos de Rousseau, Hobbes, Kant ou Beccaria. Assim será mesmo que partamos de uma perspectiva mais biopolítica do que jurídica, radicada em Foucault, Agamben ou Esposito. Em suma, a contribuição da vida em relação constitui, por um lado, condição prévia do acesso à verdade e, por outro, representa um mediador, um filtro que impede que o acesso opere em condições de assepsia, ou seja, em isolamento. Parafraseando Ortega y Gasset, “[y]o soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo”.²⁵ Em jeito de meditação solta, talvez seja essa uma das finalidades do Direito — salvar a circunstância, salvando-nos.

²³ “O que se não consuma na comunicação é inexistente, o que em última instância nela não se radica não tem fundamento suficiente. A verdade começa a dois” em JASPERS, Karl. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães & C.^a Editores, 1976. p. 118 e 119. No original, JASPERS, Karl. *Einführung in die Philosophie: Zwölf Radiovorträge*. München: R. Piper & Co. Verlag, 1989. p. 95, “Was sich nicht in Kommunikation verwirklicht, ist noch nicht, was nicht zuletzt in ihr gründet, ist ohne genügenden Grund. Die Wahrheit beginnt zu zweien”.

²⁴ Na lição de Aristóteles, “[a]o deus ex machina, pelo contrário, não se deve recorrer senão em acontecimentos que se passam fora da trama, ou nos do passado, anteriores aos que se desenrolam em cena, ou nos que ao homem é vedado conhecer, ou nos futuros, que necessitam de ser preditos ou renunciados — pois que aos deuses atribuímos nós o poder de tudo verem” (ARISTÓTELES. *Poética*. Maia: INCM, 2000. XV, 89).

²⁵ GASSET, José de Ortega y. *Meditaciones del Quijote - Ideas Sobre la Novela*. Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1964. p. 30.

Talvez seja este o momento adequado para ponderarmos a substituição da supra-mencionada frase de Jaspers por outra também sua. A saber: “*desde 1914 a noite se tem alargado mais e mais*”.²⁶ Vivemos hoje numa confluência de fatores que se adensa desde o início da segunda metade do século passado,²⁷ num mundo globalizado que reduz exponencialmente as distâncias e reconduz as fronteiras ao cercado de uma aldeia. Recordemos que Hannah Arendt anunciou a banalização e burocratização do mal no julgamento de Eichmann em Jerusalém. Mostrou-nos que o mal pode ser absoluto mas nunca será radical — pelo menos no sentido dantesco e profundo dos sete círculos infernais -, sendo passível de ser perpetrado por qualquer funcionário, ou melhor, por qualquer funcionário exemplar.²⁸ Aqui, a atividade do funcionário zeloso entronca no conceito weberiano do poder legal (*legale Herrschaft*), cujo “*tipo mais puro é o poder burocrático*”.²⁹ Julgamos possível encontrar alguma semelhança entre as linhas que acabámos de enunciar e a relação estabelecida por Eric Weil entre o tédio e a violência,³⁰ possibilidade esta que tem vindo a ser explorada por Byun-Chul Han, quando avança conceitos como *sociedade do cansaço* (*Müdigkeitsgesellschaft*) e *sociedade da transparência* (*Transparenzgesellschaft*).³¹ É

²⁶ JASPERS, Karl. *Razão e Contra-Razão no Nosso Tempo*. Lisboa: Minotauro, 1967. p. 114.

²⁷ Talvez tenha começado, como na afirmação de Jaspers, em 1914, talvez tenha sido *o século de 1914* (como no livro homónimo de Dominique Venner).

²⁸ Recordemos as palavras de Hannah Arendt: “O problema, no caso de Eichmann, era que havia muitos como ele, e que estes muitos não eram nem perversos nem sádicos, pois eram, e ainda são, terrivelmente normais, assustadoramente normais” (ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Coimbra: Tenacitas, 2003. p. 355). Entre nós, sobre o julgamento de Eichmann, ver o estudo de PALMA, Maria Fernanda. *Eichmann em Jerusalém: A banalidade do mal ou a excepcionalidade do bem nas sociedades totalitárias*. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de et al. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. v. VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 345 et seq.; MENDES, Paulo de Sousa. *Julgar Eichmann no Interesse da Justiça*. In: ANDRADE, Manuel Costa et al. *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais: Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 477-501, e OTERO, Paulo. *O Julgamento de Eichmann: deve o mal ter como resposta o mal?* In: MIRANDA, Jorge et al. *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. v. I. Coimbra: Almedina, 2012. p. 205-214. Quando Arendt defende a tese da banalidade do mal, mais não está a afirmar do que a sua não radicalidade. Ora, este ponto adquire extrema importância, não só para compreender *Eichmann em Jerusalém* mas também para efetuar um intertexto correto com *As Origens do totalitarismo*. Ainda que, como defende n’*As Origens do Totalitarismo*, o mal seja absoluto, não será radical. Por outras palavras, pese a intensidade do mal (caráter absoluto), este não possui uma profundidade ontológica, ou seja, não deve ser procurado e assacado à natureza humana. É a esta luz que devemos entender Miguel Reale quando afirma “a maledicência humana, universal e absoluta” (REAL, Miguel. *Nova Teoria do Mal: Ensaio de Biopolítica*. Alfragide: D. Quixote, 2012. p. 170).

²⁹ WEBER, Max. *Três Tipos de Poder e outros Escritos*. Lisboa: Tribuna, 2005. p. 20; no original: “Reinster Typus ist die bürokratische Herrschaft”.

³⁰ Inventariava o autor que nos “E.U.A., há jovens que torturam e matam mendigos nas praças públicas para se divertirem; na U.R.S.S., há filhos e filhas de dignitários que roubam para tirar aquilo de que não têm necessidade” (WEIL, Eric. *A Educação Enquanto Problema do Nosso Tempo*. In: POMBO, Olga. *Quatro textos Excêntricos*. Lisboa: Relógio D’Água, 2000. p. 62-63).

³¹ Na perspectiva do autor, o “tempo transparente é um tempo destituído de todo o destino

este o *estado das coisas que são*, de uma sociedade tantas vezes designada como líquida ou sitiada (utilizando a terminologia cunhada por Zygmunt Bauman), que transita do paradigma disciplinar para se centrar na produção e, destarte, abandona o referente imunológico ou patológico em benefício do referente neuronal, pelo que ameaça a neurastenia.³²

As posições que acabámos de enunciar a título meramente exemplificativo são comumente agregadas sob o conceito-chapéu da *sociedade do risco* (*Risikogesellschaft*) de Ulrich Beck. De acordo com esta posição, a reconfiguração espacial promovida pelo complexo e gradual fenómeno da globalização, para além do encurtamento de distâncias essencial ao *modus vivendi* atual, revela um risco igualmente globalizado.³³ A ubiquidade do risco,³⁴ ou seja, a possibilidade de um determinado dano sofrido na Europa ter origem numa ação ou omissão ocorrida na China, ou a incapacidade de avaliarmos hoje o peso ecológico da repetição de uma ação que isoladamente se revela anódina, são questões que urgem ser discutidas. O tónus da *sociedade do risco* reside na imprevisibilidade que a difusão do risco acarreta.³⁵ Não tememos fenómenos espaço-temporalmente previsíveis, tememos fenómenos que não sabemos quando (*incertus quando*) e onde (*incertus an*) ocorrerão. Esta imprevisibilidade, para além da mencionada incerteza, gera um sentimento de insegurança que, num mundo globalizado, abandonou os estreitos limites da rua ou da cidade e passou a abarcar os *grandes espaços* (*Grossraum*). Por outras palavras, o sentimento de insegurança que as populações sentem, localiza-se hoje nos mesmos *espaços vitais* (*Lebensraum*), para utilizar a expressão de Carl Schmitt, onde se discute a geopolítica internacional.

A mencionada deslocação do referente espacial que subjaz ao sentimento de insegurança sentido pelas populações faz-se hodiernamente no confronto com a figura do terrorista, do criminoso inserido numa estrutura dotada de supra-infra ordenação, ou do imigrante ilegal. É hoje um lugar-comum indispensável a qualquer estudo sobre o presente e o futuro do direito penal enquanto sismógrafo ou barómetro do direito cons-

e de todo o acontecimento” (HAN, Byung-Chul. *A Sociedade da Transparência*. Lisboa: Relógio D'Água, 2014. p. 11).

³² Cf. HAN, Byung-Chul. *A Sociedade do Cansaço*. Lisboa: Relógio D'Água, 2014. p. 12 et seq.

³³ Neste ponto podemos recorrer a Andrea Castaldo que entende a sociedade atual como uma *sociedade do risco relacional* (*relationelle Risikogesellschaft*) (CASTALDO, Andrea R. Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Berlin*: Walter de Gruyter, 2001. p. 1100). Atentemos à formula utilizada pelo autor para descrever a sociedade hodierna: [d]arunter verstehe ich eine an interpersonellen Verhältnismustern dynamisch orientierte Gesellschaft (jedes Phänomen ist heute auch als komplexer Mechanismus integrierender Interaktion zu verstehen), die nach dem Risiko (für die körperliche Unversehrtheit sowie auch für das korrekte Funktionieren des Wirtschaftslebens) strukturiert ist.

³⁴ *Ubiquitäre Gefahr*. Ver PAWLIK, Michael. Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte. *GA*. n.º 1, p. 21, 2003.

³⁵ Ehrard Denninger adverte que a proliferação do terrorismo organizado poderá transformar a sociedade do risco (*Risikogesellschaft*) numa sociedade da catástrofe (*Katastrophengesellschaft*) (DENNINGER, Ehrard. Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz. *StV*. n.º 2, 2002. p. 102).

titucional, referir o 11 de Setembro de 2001 como o momento charneira de abandono do modelo penalístico liberal,³⁶ numa deriva claramente securitária. A queda das torres do *World Trade Center*, simbolicamente identificadas como o coração do ocidente, veio alterar substancialmente a política criminal transnacional, a internacional, mas também a nacional e, concomitantemente, a conformação dos ordenamentos jurídicos. Assim, vemos entrar em vigor o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,³⁷ abre-se o debate sobre uma possível inclusão do terrorismo entre os tipos de ilícito passíveis de serem julgados nesta instância internacional e reabre-se o debate sobre possibilidade da utilização de tortura no chamado “ticking time bomb scenario”.³⁸ Questionamos até a definição de tortura. Será o “waterboarding” um método admissível de obtenção de prova? E a privação do sono? E o encarceramento de um prisioneiro numa cela de reduzidas dimensões? Será que frente à ameaça *jihadista* a imagem ética do Estado é questão de somenos importância?

3 Inimizade Schmittiana

Estas são questões do nosso tempo, deste tempo multimodo, acelerado e tépido em que vivemos, questões que afetam a nossa *polis*, especialmente quando, perante a *Guerra Santa*, queremos iniciar uma *Guerra Justa*, uma guerra contra o terrorismo. De acordo com recurso a C. Schmitt,³⁹ o problema de guerras de semelhante jaez reside na substituição, dentro conceito de *hostis*, da figura agregadora do *inimigo verdadeiro* ou *real* pela

³⁶ Para uma descrição sumária dos modelos históricos de Direito Penal, a saber: o modelo penal garantista ou iluminista, o modelo ressocializador e o modelo securitário, ou melhor, o “*modelo penal de segurança dos cidadãos*”, ver RIPOLLÉS, José Luis Diez. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 61 et seq. Numa lição de síntese e a distinguir o Direito Penal advindo da ilustração do Direito Penal Moderno — caracterizado pelo risco e pela deriva securitária em direção do Direito Penal do Inimigo -, ver HERRERO HERRERO, César. *Hacia un Derecho Penal Equilibrado: Plataforma razonable de política criminal*. Madrid: Dykinson, 2015. p. 23 et seq.; Luis Garcia Martin distingue Direito Penal clássico, Direito Penal liberal e Direito Penal social e democrático ou Direito Penal dos Estados sociais e democráticos. No contexto social e democrático, o Autor reflete sobre as dinâmica do risco que se consubstanciam no que define como um Direito Penal do risco ou um Direito Penal da globalização (MARTÍN, Luis Gracia. *Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin*. GA. nº 6, p. 324 et seq., 2010).

³⁷ Recorde-se que a ratificação do Estatuto de Roma levantou problemas de constitucionalidade em diversos ordenamento jurídicos europeus continentais, nomeadamente em Portugal. Em questão estava a pena de prisão perpétua — passível de revisão após o cumprimento 25 anos — prevista no Estatuto. Sobre a questão da recepção do Estatuto pelo Direito português, ver PALMA, Maria Fernanda. Tribunal Penal Internacional e a Constituição Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 11, p. 7 et seq., 2001.

³⁸ Numa abordagem geral à temática, ver GRECO, Luís. Die Regeln hinter der Ausnahme Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen. GA. nº 11, p. 628-643, 2007. Ver também SCHÜNEMANN, Bernd. Kommentar zur Abhandlung von Luís Greco. GA. nº 11, p. 644-647, 2007.

³⁹ Vide SCHMITT, Carl. *The Theory of the Partisan*. Michigan: Michigan State University Press, 2004. p. 60 et seq.

figura gregária do *inimigo absoluto* ou *ideal*. Enquanto o *inimigo verdadeiro* possibilita o movimento sintético final de identificação entre o *eu* e o *outro*, o *inimigo ideal*, pela ubiquidade e dificuldade definitória que convoca, não é capaz de promover semelhante momento sintético. Desvinculado do *nomos da terra*,⁴⁰ o *inimigo ideal* abandona o referente telúrico em benefício do referente marítimo.⁴¹ E, se desejarmos adornar a imagem fornecida, basta pensar que, na *Odisseia*, Ítaca é o referente telúrico de Ulisses - a *polis* a que o herói almeja chegar - e apenas o mar, com os seus Cilas e Caríbdis, o demora. Destarte, a terra é o lar dos homens e o mar a casa dos piratas.

Aqui reside o nó górdio da questão a abordar, na distinção entre homens e piratas, *rectius*, na impossibilidade de reconduzir o pirata ao *outro*. Destarte, o pirata — que aqui surge como figura meramente arquetípica - é configurado enquanto *inimigo ideal*, perante o qual não tem lugar o movimento dialético diádico supramencionado. A impossibilidade de operar o movimento dialético e atingir a consequente síntese definitória, prende-se com a incerteza que a figura do inimigo convoca. O inimigo, ao preterir o *nomos da terra*, ao tornar-se onnipresente na dispersão que o mar permite, não só abandona a *polis* como, entrando em contacto com o *eu*, impede que o movimento dialético se resolva em síntese e devolve-o ao sincretismo original. Devolvido ao sincretismo original, o binómio *eu-outro* - agora convertido em binómio *amigo-inimigo* - deslaça-se e cada um dos seus termos passa a existir por si, cessando a possibilidade de identificação. Pelo exposto, o perigo da substituição do *outro* pelo inimigo não reside no dano ou colocação em perigo do *eu*, mas na impossibilidade de, perante o inimigo, o *eu* se completar. Por um lado, o *eu* isolado e incomunicável não é capaz de operar a extrinsecação que o faz *ser para si*; por outro lado, o *outro* transmutado em inimigo deixa de participar no momento sintético final que o reconcilia unitariamente com o *eu*. Em suma, desfeito o binómio *eu-outro*, nenhum dos termos poderá subsistir isoladamente — o inimigo impede que o *eu* seja com o *outro*, impossibilita a inter-relação necessária à identidade e, numa clara pulsão mutiladora, destrói-se por não ser capaz de subsistir na assepsia da experimentação laboratorial.

Sob o signo suspeita, cujos grandes mestres faz muito tempo nos abandonaram, vemos surgir as possibilidades gradativas, ou melhor, degenerativas do conceito de inimizade, *rectius*, da despersonalização. É este o momento em que olhamos para as nossas fronteiras e nos deparamos com Calais, Lampedusa e Lesbos. Aí, o inimigo não enverga armas e tece ameaças em vídeos mais ou menos difundidos na internet, agora, o inimigo entra a nado pelas nossas fronteiras adentro, pela nossa mundividência adentro. Porque, em derradeira análise, é disso que se trata, de um choque de mundividências.⁴² No entanto, o choque é negado ao transformarmos o *outro* em inimigo, uma vez que a sua natureza não se presta ao confronto identitário com o *eu*.

⁴⁰ Sobre o *nomos da terra* no seu tríplice entendimento enquanto tomar, dividir e pastar, ver SCHMITT, Carl. *Terra e Mar: Breve reflexão sobre a história universal*. Campo Grande: Esfera do caos, 2008. p. 70.

⁴¹ Não deixa de ser interessante notar a semelhança, pelo menos nos signos utilizados, entre a alteração referencial avançada por Schmitt e a descrição da modernidade líquida em Bauman.

⁴² Não propriamente no sentido profundamente disruptivo de HUNTINGTON, Samuel. *El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2005.

4 Da hostilidade à hospitalidade

Retomando Heidegger, recordemos o episódio em que os devotos caminantes, movidos em embaixada a Heráclito, encontraram, não sem espanto, o mestre a aquecer-se junto ao fogão e este, em serena compostura iniciática, convida-os a entrar, “*pois também aqui estão presentes deuses*”.⁴³ Este singelo episódio recorda-nos que a análise do *hostis* resulta sobremaneira corrompida sem uma atenta consideração do *hospes*.⁴⁴ De facto, neste nosso breve apontamento, temos tomado como objeto de estudo o inimigo político na sua configuração de *inimigo real* ou *verdadeiro* e de *inimigo absoluto* ou *ideal*, ou seja, a hostilidade surge-nos intuitivamente materializada na figura do *hostis iudicatus*. Contudo, e aqui encontramos as virtualidades de uma análise conceptual polissémica, a hostilidade pode materializar-se na figura do *hostis alienigena*, isto é, na figura do estrangeiro.⁴⁵

Perante o estrangeiro, a hostilidade transmuta-se, não raras vezes, em hospitalidade e, por conseguinte, o *hostis* vai ao encontro do *hospes*. Na passagem supramencionada, Heráclito, ao convidar os visitantes a entrar na sua modesta habitação, aceita-os enquanto *hospes*, ou melhor, converte a hostilidade em hospitalidade. Socorrendo-nos da perspectiva de Agamben, neste exemplo, os visitantes, mesmo que se apresentem na condição privilegiada de *hostis alienigena* e não de *hostis iudicatio*, não deixam de surgir, em certa medida, como “friedlos”. Classicamente, a impossibilidade de participação na *polis* coloca em causa a própria personalidade. Dito de forma diversa, o *status personæ* encontrava-se numa relação de identidade com o *status civitatis*.⁴⁶ Destarte, o convite de Heráclito deixa antever que a presença dos deuses ou, se nos recordarmos dos primórdios do direito de asilo, a proteção dispensada pelo santuário ao excluído destaca e elimina a sua configuração *sacer*. A ser assim, no domínio do santuário, o homem hostilizado enquanto *sacer*, *Wargus*, *Werwolf*⁴⁷ ou *friedlos*, é acolhido não enquanto vida exposta à

⁴³ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Carta Sobre o Humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1998. p. 81-82.

⁴⁴ Massimo Cacciari dá conta “el término latino hostis y el griego xénos cubren, más bien, un área semántica muy próxima a la de los términos que indican amistad” (CACCIARI, Massimo. *La Paradoja Del Extranjero*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. *Identidades Comunitarias y Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 148). Por seu turno, Roberto Esposito, refere-se ao “nexo profundo e enigmático entre hospes e hostis situado na origem da tradição ocidental” (ESPOSITO, Roberto. *Bios: Biopolítica e Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 154).

⁴⁵ Sobre a figura do *hostis iudicatus* e o *hostis alienigena*, vide AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 121.

⁴⁶ Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. *De Los Derechos Del Ciudadano a Los Derechos De La Persona*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. *Identidades Comunitarias Y Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 239.

⁴⁷ A figura do lobisomem não representa uma qualquer deriva fantasista recente ou a tentativa de cingir o Direito a um realismo mágico. De facto, já nas obras clássicas, mais especificamente no fragmento 62 do *Satyricon* de Petrónio deparamo-nos com a referência a um soldado transformado em lobisomem que deambula pelos campos junto à *via romana*. Ora, este lobisomem pode ser entendido como metáfora da exclusão política, enquanto homem despersonalizado, reduzido de pessoa

morte e insacrificável mas enquanto hóspede.⁴⁸ Perdoando-se de antemão a nossa deriva ontológica, o convite de Heráclito revela à contraluz o ser que cumpre o seu “Dasein” pela abertura ao *outro* e, desta feita, a vida surge-nos enquanto unidade elementar a impedir a cisão funcionalista entre cidadão e inimigo, indivíduo e pessoa, máscara e ator.

Com o surgimento de inúmeros campos (*Lager*) na Europa, como mitologema jurídico-político hodierno da despersonalização, portador do rompimento do *ad alterum*, zonas de comunicação-zero, os grandes ordenamentos jurídicos continentais começam a dar mostras de fratura. O recurso a estas zonas de exclusão, sejam campos de concentração, extermínio, violação, de refugiados ou zonas de detenção em aeroportos, marca, para recorrermos à incisiva visão de Esposito, o paradigma imunitário estatal. Os ordenamentos jurídicos necessitam das zonas de exclusão de modo a permanecerem estáveis e imunes a patologias. Neste sentido, os “campos” configuram simultaneamente a inoculação patológica e a cura. Mas neste frémito profilático e terapêutico, entre a expressão fenotípica e genotípica, transitam da política da manutenção da vida (biopolítica) para a política da gestão da morte (tanatopolítica), da imunização para a autoimunização. Na expressão Derrida, transitam da “lei sem vigência” para a “vigência sem lei”, enfaticamente consubstanciada no grafema “força-de-lei”.⁴⁹

Com Derrida entramos no âmago do universo problemático que decidimos abordar no esquisso que nos ocupa. A saber: a essência do fundamento, a justiça como problema axiológico fundamental por colocar em evidência o entrechoque entre a verdade (material) o direito. Consideramos que os mencionados fenómenos de exclusão pessoal - subsumidos nas figuras do inimigo, *homo sacer*, *Wargus*, *Werwolf*, etc. — comportam uma falsificação da realidade jurídica, na medida em que afastam o direito de uma ontologia antropologicamente centrada. Nos referidos casos de despersonalização deparamo-nos, invariavelmente, com perspectivas ontologicamente monistas que funcionalizam o agente, ao invés de o elevar a elemento fundante ou, melhor, em vez de sublinhar a sua intrínseca dignidade como causa primeira e fundamento último. O *Lager* instrumentaliza o agente à reafirmação da estruturas jurídico-estatais. Transmuta o sujeito em objeto.

a indivíduo e condenado a calcorrear a periferia da *polis* noite fora. Assim ocorre no filme *Europa* de Lars Von Trier, onde o lobisomem (*Werwolf*) circunscreve a sua ação de resistência à periferia política dos caminhos de ferro. A respeito da figura do lobisomem, Agamben entende que a “transformação em lobisomem corresponde perfeitamente ao estado de excepção, durante o qual (sendo sua duração necessariamente limitada) a cidade é dissolvida e os homens entram numa zona de indistinção com as feras” (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer - O Poder Soberano e a Vida Nua*. Tradução Henrique Buri-go. Minas Gerais: UFMG, 2010. p. 105). Sobre o *Homo ferus* e os “enfant sauvages” como fenómeno de exclusão política, ver AGAMBEN, Giorgio. *O Aberto: O homem e o animal*. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 48-49. A propósito da figura do “Werwolf” enquanto “Partisan” ou “Parteigänger”, ou seja, enquanto membro da resistência, ver SCHMITT, Carl. *Theorie des Partisanen: Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. p. 43-44.

⁴⁸ Também Édipo, excluído de Tebas após o cumprimento do oráculo pítico, encontra no bosque de Colono a sacralidade que o dessacraliza. Por outras palavras, a natureza sagrada do bosque, abrigo impenetrável à hostilidade, revela a hospitalidade que repõe a personalidade e a cidadania a Édipo. Ver SÓFOCLES. *Édipo em Colono*. Coimbra: Minerva, 1996.

⁴⁹ Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Porto: Campo das Letras, 2003. p. 26.

Neste estado das coisas que são e das que vêm sobra pouco espaço para um direito axiologicamente orientado, configurado em razão de um conjunto mais ou menos amplo de valores, no valioso que eleva e sedimenta as concretas identidades jurídicas. Como valoramos o justo nos dias que nos totem e totem? Como perspetivamos os ordenamentos jurídicos, adentrados que se encontram em fenómenos vários e cada vez mais frequentes de exclusão pessoal, de “real politik”?⁵⁰

A resposta não se afigura fácil, mas também não obnubila que as zonas de despersonalização ameaçam seriamente o binómio eu-outro e, como corolário necessário, a estabilidade de um Estado que não seja de mera legalidade. Apenas um Estado de direito em sentido material poderá aceder à juridicidade, ao fundamento axiológico antropologicamente centrado da normatividade. Falamos de um “sollen” que não se perca na pureza conceptual mas permaneça unido ao ser, que se eleve a um dever-ser que realmente é, que realmente acontece no devir quotidiano. Um “sollen” capaz de desvelar o homem na sua circunstância, impedindo que este se identifique com uma mera máscara ou um qualquer traje. Um *sollen* capaz de levantar a pergunta clássica que nos assola em tempos interessantes feitos de dias de privação e provação: quem defende o direito? Se entendermos o direito arquetipicamente plasmado na constituição feita lei das leis, repositório de bens, valores e princípios estruturantes de uma dada comunidade (*communitas=cum munus*) organizada em Estado, então, aquele que proteger a constituição defenderá o direito. Subitamente regressamos à polémica entre Schmitt e Kelsen sobre quem defende a constituição: um *Führer* dotado de infalível inspiração ou um tribunal constitucional. Note que a diatribe superava em muito a eleição de um concreto guarda constitucional, representando, em bom rigor, o entrechoque de dois modelos jurídicos distintos que nos escusamos de aprofundar.

Hoje, distanciado dessa específica *reductio ad hitlerum*, mas com a constante ameaça da perda dos referentes materialmente jurídicos europeus continentais, vemos na Constituição e no seu guarda uma pedra de toque da *forma mentis* ocidental. Assim ocorre quando o Tribunal Constitucional protege as estruturas-base do nosso ordenamento jurídico e, também, quando prepara e previne alterações de *jure condendo*. O Tribunal Constitucional impede a perda do *munus* comunitário, dos elementos axiológicos que agregam o ordenamento jurídico. Neste sentido, a defesa da materialidade constitucional de derivas puramente normativista, positivistas e decisionista — note-se que o decisionismo comporta sempre a ameaça de queda num *Führerprinzip*. Enfim, protege a comunidade da perda ou da relativização da essência do fundamento.

Ora, esta busca pela essencialidade essencial, para que a justiça (ainda que limitada por razões de certeza jurídica) não seja substituída por uma qualquer equivalente funcional que vise a estabilização normativa apartada da juridicidade, do Estado de direito em sentido material, imbrica diretamente com o labor do Tribunal Constitucional. Aqui chegados, perante o surgimento dos supramencionados focos de exclusão ausentes de comunicação, que impedem o desvelamento do *eu* nas relações intersubjetivas, no plano

⁵⁰ Aqui com uma certa adaptação do termo que inicialmente surgiu como uma teoria das relações internacionais.

do *ad alterum*, o labor jurídico fundamentado no valioso adquire renovada importância. Quando o Tribunal Constitucional protege os valores comunitários essenciais ínsitos nas instituições que a enformam, defende simultaneamente as relações entre os cidadãos, permitindo que continuem a *personare* e permite que o outro, o estrangeiro, o estranho, o *hostis* seja normativamente incluído, hospedado no nosso ordenamento jurídico. Numa palavra, permite a sucessiva transição do *hostis iudicatus* para *hostis alienigena* e, finalmente, para *amicus*.

Assim acontece quando previne antecipações da tutela punitiva que percam totalmente de vista o facto externo e lesivo; quando reflete sobre os limites da intimidade pessoal⁵¹ e das garantias contra a autoinculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*);⁵² quando configura os meios de obtenção e valoração de prova admissíveis;⁵³ quando pensa as garantias de defesa do arguido;⁵⁴ enfim, quando pondera colisões ou conflitos de direitos. E também se verifica, nos tempos que nos circundam e secundam, na densificação e regulamentação do direito de asilo⁵⁵ e da proteção subsidiária de refugiados,⁵⁶ mas também dos direitos dos cidadãos estrangeiros em solo português.⁵⁷ Em todos estes casos, o Tribunal Constitucional reafirma e reforça a nossa concreta *forma mentis*, impede a erosão da mundividência que obsta à degenerescência do Estado de direito num Estado de mera legalidade, que a personalidade não seja entendida como um dado inato, decorrência da dignidade humana e, como corolário necessário, contradiz eventuais fenómenos de despersonalização.

Em jeito de conclusão, necessitamos de retornar à querela que firmou o Tribunal Constitucional como o garante da Constituição, para que o chavão “*servus non habet personam*” não seja repristinado e a profecia de Epicteto (“*[e]m breve virá o dia em que os actores acreditarão que a sua máscara e os seus trajes são eles mesmos*”)⁵⁸ não se cumpra.

⁵¹ Recordemos a teoria das esferas proposta pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (BverfG).

⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 377/2015. Processo n.º 658/2015. Lisboa, 27 de julho de 2015; Acórdão n.º 179/2012. Processo n.º 182/12. Lisboa, 4 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>> . Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 607/2003. Processo n.º 594/03. Lisboa, 5 de dezembro de 2003; Acórdão n.º 403/2015. Processo n.º 773/15. Lisboa, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>> . Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 174/2004. Processo n.º 110/2004. Lisboa, 22 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040174.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 962/96. Processo n.º 361/95. Lisboa, 11 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>> . Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁶ Ver art. 3.º e 7.º da Lei de Concessão de Asilo ou Proteção Subsidiária (Lei 27, de 30 de junho de 2008).

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 232/2004. Processo n.º 807/99. Lisboa, 31 de março de 2004; Acórdão n.º 296/2015. Processo n.º 1057/14. Lisboa, 25 de maio de 2015. Disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 10 de ago. 2017.

⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. Lisboa: Relógio D'Água, 2009. p. 63.

UM SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DOS CIDADÃOS

(A MULTILEVEL SYSTEM OF CITIZEN PROTECTION)

Rita Barros*

Resumo O desenvolvimento de um Direito Administrativo Global colocou em evidência a fragilidade dos administrados face às novas formas de atuação, aos novos mecanismos encontrados para num contexto supraestadual ser dado cumprimento ao conjunto de necessidades que deixaram de ser meramente estaduais, para passarem a ser comuns à arena global. É neste contexto que surgem novas figuras além do Estado, que atuam para além dele e com ele, através de vários mecanismos de cooperação. Perante estes novos métodos, que levantam problemas de legitimação, surge a necessidade de acautelar a posição dos administrados e procurar a previsão de um conjunto de garantias capazes de assegurar a proteção da sua esfera jurídica.

Palavras-chave: atividade administrativa global; decisões multinível; legitimação; proteção.

Abstract The development of a Global Administrative Law has highlighted the fragility of the administration in the face of new ways of acting, the new mechanisms found in a supra State level context to be fulfilled the set of needs that are no longer merely State, but also common to the arena global. It is in this context that new figures appear beyond the State that act beyond it and with it, through various cooperation mechanisms. Faced with these new methods, which raise problems of legitimation, there is a need to caution the position of the administrators and seek the provision of a set of guarantees capable of ensuring the protection of their judicial sphere.

Keywords: global administrative activity; multilevel decisions; legitimization; protection.

Sumário 1 Introdução. 2 Exercício multinível da função administrativa. 3 Garantias dos administrados no contexto multinível do Direito Administrativo. 4 O exemplo da União Europeia. 5 O caso da Convenção de Aahrus. 6 Considerações finais.

1 Introdução

“O Estado não é o protagonista absoluto da cena jurídica”.¹ Santi Romano² já no início do século passado escrevia sobre a pluralidade de ordenamentos jurídicos e do caráter infundado da teoria defendida por grande parte da doutrina de então, que reduzia todo o Direito à sua existência estadual. Giuseppe Capograssi,³ acompanhava igualmente com desdém essa visão tão limitativa, que encarava o Direito como fenómeno encerrado pelas

* ✉ Rita Barros, ritarbarros@gmail.com

Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ CASSESE, Sabino. *El Derecho Global — Justicia y Democracia más allá del Estado*. Global Law Press — Editorial Derecho Global, 2010. p. 55.

² ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*, 2.ed. Firenze: Sansoni, 1946.

³ CAPOGRASSI, Giuseppe. *Opere. Saggio sullo Stato-Riflessioni sull'autorità e la sua crisi-La nuova democrazia diretta*. v. I. Milano: Giuffrè, 1959. p. 47.

fronteiras terrestres, entendendo o Estado como um *pobre gigante destronado*. Destarte, é inegável o contributo decisivo do aparecimento de “constelações jurídicas supranacionais”⁴ na modificação dos institutos tradicionais do Direito Público.

Durante o século XX várias foram as transformações ocorridas na sociedade: a mundialização da economia, o desenvolvimento do mercado comum e do comércio internacional, o progresso científico e tecnológico, que puseram em evidência a inadequação das instâncias tradicionais face a novas exigências. É neste contexto que surge no panorama global um conjunto de estruturas originais, à margem do conceito estadual como o conhecemos, com o objetivo de regular setores estratégicos e em franca evolução, como o económico ou o da comunicação, e de desburocratizarem o exercício democrático, além de assumirem funções de defesa e garantia de certas liberdades, causa-efeito da transformação pela qual o Estado, enquanto baluarte da defesa das garantias fundamentais, se encontrava a passar.

Todos estes fenómenos encerram uma relação direta com as instituições e com o Direito. Temos pois que nos perguntar como se terá desenvolvido, a par da globalização económica e política, a globalização jurídica e quais as suas consequências.

Assente nos princípios fundamentais da legalidade, ancorado numa Administração cuja atuação dependia da existência prévia de uma lei à qual não podia fugir e da separação de poderes enquanto reação ao absolutismo, o Estado liberal e abstencionista começou a demonstrar fragilidades, evidenciando a sua incapacidade na regulação de um mercado só por si incapaz de acompanhar as exigências de um processo de industrialização e consequentes crises económicas e guerras mundiais. Como reação, assistimos a um processo de reconfiguração das missões e do papel do Estado, a reformas estruturais, responsáveis por uma diversificação de graus de responsabilidade pública e por um movimento de socialização com consequências decisivas ao nível do Direito Administrativo. Desde logo, a abrangência de matérias novas, as necessidades de coordenação, diálogo e concertação com os privados, a garantia de um equilíbrio entre as necessidades da comunidade e proteção de interesses legítimos dos particulares (garantias individuais), a instauração de “uma relação tripolar lei/Administração/Juíz, caracterizada (...) pelos princípios de precedência da lei, da discricionariedade e da judiciabilidade administrativa”.⁵ Uma nova era cujo mote “responsabilidade pública de garantia”⁶ demonstrava esta nova faceta de um Estado, que ainda que abandonando o encargo do fornecimento de bens e serviços, muitos deles privatizados, não estava em retirada. O Estado não abandona o seu dever de garantir e/ou assegurar a realização de fins de interesse público e, sobretudo, asseverar o correto funcionamento dos setores e serviços públicos e privatizados e a

⁴ SILVA, Suzana Tavares da. *Um Novo Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 2.

⁵ ANDRADE, José Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 4.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 22.

⁶ GONÇALVES, Pedro. *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações — Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 10.

efetivação dos direitos dos cidadãos.⁷

Assistimos a uma metamorfose nas relações jurídico-administrativas, em que a “regulação representa, na verdade, a pedra de toque do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados surgindo como o instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia”,⁸ realçando-se uma intervenção estadual ao nível da definição das condições normativas de funcionamento das atividades reguladoras e controlo da aplicação e observância de tais condições, bem como na punição de infrações não criminais dos regulados, assumindo o Estado o papel de orientador, controlador e fiscalizador de uma atividade reguladora, no sentido de operacional e executora de uma função ou atividade administrativa.

É num contexto de europeização e internacionalização do Direito Administrativo, de policentralidade “seja pela imposição normativa e reguladora (substancial e procedimental do direito transnacional, prevalente em áreas cada vez mais vastas, amplificada e efetivada pelo ativismo judicial dos tribunais (TJUE e TEDH), seja pelo desenvolvimento da organização administrativa europeia, seja ainda pela eficácia transnacional de decisões administrativas num contexto internacional de progressiva globalização do Direito Administrativo, especialmente notória ao nível organizativo, procedimental e processual”⁹ que falamos da dimensão multinível do Direito Administrativo.

Embora a amplitude da tendência varie, hoje é dificilmente contestável a convergência para a cooperação entre os vários níveis governamentais, assim como entre os atores públicos e não públicos nas mais diversas áreas.

Na União Europeia (U.E.), o *Método Aberto de Coordenação* ou a coadministração é hoje emblemático do tal *ethos* cooperativo, e o seu advento está relacionado com as permanentes falhas dos tradicionais métodos, pouco flexíveis e adaptáveis. Baseando-se, por exemplo, numa comparação transnacional do uso de instrumentos de política mais ou menos *dirigistas* no sector ambiental, alguns autores¹⁰ constataram que os instrumentos tradicionais de regulamentação coexistem ou competem hoje em dia, em grau variável, com os mais recentes instrumentos cooperativos ou voluntários. As políticas são formuladas ou implementadas através de verdadeiras redes que envolvem atores públicos, privados e híbridos. A negociação e a busca por compromissos traduzem o principal *modus operandi* das novas formas de atuação, traduzindo-se nesta realidade multinível.

Ainda que a atuação administrativa a vários níveis assuma as mais variadas formas, todas elas espelham o núcleo essencial desta nova realidade: a cooperação entre diferentes níveis de atuação pública e privada, local, regional, nacional, europeu e transnacional. As políticas estruturais e regionais da UE, nosso exemplo mais próximo, refletem essa

⁷ Ibid., p. 9-10.

⁸ Ibidem., p. 12.

⁹ ANDRADE, José Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 4.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 24-25.

¹⁰ JORDAN, Andrew; WURZEL, Rüdiger K. W.; ZITO, Anthony. The Rise of “New” Policy Instruments in Comparative Perspective: Has Governance Eclipsed Government?. *Political Studies*, v. 53, n. 3, p. 477-496, 2005.

realidade, uma vez que se baseiam tanto na cooperação dos agentes públicos em todos os níveis como na cooperação com atores não públicos em formas de parceria.

Este novo quadro de relações jurídico-administrativas levanta problemas de vária ordem, mas sobretudo no que consigna à garantia dos administrados. Como é que se poderão defender perante atos emanados por estruturas supraestaduais? Em que medida a transnacionalidade das relações jurídico-administrativas coloca em causa a defesa dos administrados face a atuações lesivas que lhes sejam dirigidas?

São estas e outras as questões às quais pretendemos dar resposta com o presente artigo.

2 Exercício multinível da função administrativa

Os tradicionais sistemas administrativos de modelo continental, inspirados por Otto Mayer em matéria de redução e controlo da discricionariedade das decisões administrativas no quadro normativo do Estado de Direito e por Max Weber e as suas propostas de otimização de modelos organizatórios burocráticos já não se afiguram como os mais adequados aos novos problemas colocados pela gestão nacional de interesses públicos globais.

Os tempos presentes colocam em evidência uma pluralidade de necessidades coletivas que, sendo identificáveis como interesses públicos a cargo da função administrativa, não se circunscrevem aos limites do território de um Estado. O crescente processo de mundialização revela a incapacidade do Estado de garantir só por si a segurança e a satisfação dos ensejos transnacionais. O Estado perde o seu papel de protagonista, de garante pela satisfação de interesses de natureza global, emergindo mecanismos de colaboração entre Estados, entre autoridades administrativas desses diferentes Estados e demais estruturas internacionais, conduzindo ao surgimento de uma progressiva globalização administrativa.

Consequência da perda do referente estadual/nacional como centro de produção normativa e ancoradouro central da vinculação a normas externas, tais baluartes têm vindo a ser progressivamente colonizados por novos conceitos operatórios como direção, governança, regulação, eficiência ou programação que refletem a interseção entre normas de diversos ordenamentos jurídicos, que muitas vezes colidem entre si, e entre os quais não existe (nem tem de existir) uma relação hierárquica ou sequer normas expressas de resolução de conflitos.

Assiste-se ao abandono do paternalismo estatal, com o Estado a despir a sua postura de autoridade e faceta produtiva, e a delegar a execução de tarefas públicas e a prestação de serviços públicos em novos organismos.

As últimas décadas vieram tornar evidente o paradoxo de uma crescente desterritorialização da atividade administrativa ser acompanhada de uma persistente territorialização da organização política administrativa centrada no Estado, razão pela qual a um Direito Global sem Estado traduzido numa progressiva perda do seu próprio poder, em termos económicos e políticos, vem surgir uma Administração Pública sem Estado, Administração Pública esta tornada agora numa realidade independente do Estado, ora existindo sem este na sua base, ora existindo Administrações Comuns a diversos Estados.

Assim, não é estranho perceber que o Direito Administrativo deva ser entendido, de há uns bons tempos para cá, como a disciplina reguladora das relações entre pessoas e centros de poder, que atenta na atividade influente desenvolvida pelos inúmeros organismos internacionais. Nesta esfera administrativa multinível integradora de vários níveis de atuação administrativa surgem novos desafios como os “esquemas de reconhecimento mútuo interadministrações”, de “administração distribuída”, de “administração híbrida privada-intergovernamental” e “entidades privadas que exercem uma função de interesse público”.¹¹

Subjacente ao surgimento do Direito Administrativo Global está o vasto aumento no alcance e as formas de regulação e administração transgovernamentais concebidas para enfrentar as consequências da interdependência globalizada em domínios como a segurança, as condições de desenvolvimento e a assistência financeira aos países em desenvolvimento, a proteção do ambiente, a banca, a aplicação da lei, as telecomunicações, o comércio de produtos e serviços, a propriedade intelectual, as normas laborais e os movimentos transfronteiriços de populações, incluindo os refugiados. Cada vez mais, estas consequências não podem ser resolvidas eficazmente através de medidas nacionais regulamentares e administrativas isoladas. Como resultado, vários sistemas transnacionais de regulação ou cooperação regulatória foram estabelecidos através de tratados internacionais e redes de cooperação intergovernamentais mais informais, mudando muitas decisões regulatórias do nível nacional para o global, conferindo uma dimensão multinível ao Direito Administrativo.

A partir de um início especialmente dedicado à concertação política entre Estados soberanos, cada vez mais, a ação das organizações internacionais se tem vindo a complexificar, sobretudo num quadro composto por diversos e complexos sujeitos de Direito Internacional, exercendo verdadeiros poderes de autoridade pública internacional.

A implementação da regulação global fica, pois a cargo de sujeitos administrativos transnacionais, como organizações internacionais, organizações híbridas público-privadas ou grupos informais de funcionários, que desempenham funções administrativas, responsáveis por um intenso labor jurídico que se manifesta na criação de normas de carácter vinculante ou não (*soft law*), pela determinação de medidas sancionatórias ou pela necessidade de cumprimento de *standards* de conduta para a concessão de determinadas vantagens económicas, ainda que não estejam sob a alçada direta dos governos nacionais ou, no caso de estruturas globais criadas por Tratados, sob a alçada dos seus membros, por exemplo Estados, constatando-se o seu considerável exercício de poder de facto gerador de um forte impacto e projeção das suas decisões nos ordenamentos jurídicos nacionais com cariz vinculativo.

Este contexto acabaria por contribuir para o acentuar do défice de responsabilização no exercício crescente do poder regulador transnacional, causador de dois diferentes tipos de respostas: por um lado, a tentativa de extensão do Direito Administrativo interno às decisões regulatórias intergovernamentais que afetem um Estado; por outro lado, o desenvolvimento de novos mecanismos de Direito Administrativo a nível global para

¹¹ SILVA, Suzana Tavares da. *Um Novo Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 9.

abordar as decisões e as regras feitas dentro dos regimes intergovernamentais.

Na era da globalização e do crescente *post-humanismo*, a regulação assume uma especial força nos domínios sociais e económicos. A informalidade, adaptabilidade e liberdade da sua atuação na esfera transnacional acentua a progressiva transposição do Direito Administrativo fortemente ligado ao Estado e aos mecanismos estaduais, ultrapassando-o e contribuindo para uma moderna pulverização do Poder e do Direito, para uma “neo-feudalização”¹² do Direito, cada vez mais subjugado a um conjunto de estruturas organizadas e supranacionais, “sem terra”.¹³

Estamos perante uma profunda mudança de paradigma, cujo principal traço decorre da internacionalização das relações jurídico-administrativas que se passam a desenvolver num quadro multinível caracterizado em larga medida pelo exercício partilhado da função administrativa entre vários atores que, de modo coordenado, atuam com o objetivo de prossecução de um interesse comum.

Falamos de uma realidade que se prende também muito com a necessidade de controlo mútuo de decisões entre as administrações nacionais e as supranacionais, de encontro de um ponto de equilíbrio entre interesses nacionais e supranacionais através da economização, rentabilização e eficiente organização de meios, resultando na expansão dos fenómenos de desconcentração no quadro de uma administração policêntrica.

3 Garantias dos administrados no contexto multinível do Direito Administrativo

O exercício da autoridade pública ao nível supraestadual questiona a legitimidade dos procedimentos de formação da vontade dos órgãos que a manifestam, sobretudo diante a multiplicidade de centros de poder responsáveis pelo exercício de funções administrativas.

Com o objetivo de aumentar a sua legitimidade e eficácia, vários órgãos reguladores não compostos exclusivamente por Estados — híbridos, público-privados e entidades puramente privadas — começaram a adotar procedimentos administrativos de tomada de decisão e de regulamentação.

A dimensão procedimental dos direitos fundamentais, a sua consagração no plano substantivo, acaba por determinar o dever para estas estruturas detentoras de amplos poderes executivos de criar meios eficazes de tutela desses direitos e para o juiz, o dever de reconhecer que onde há direito, há *remédio*.

A exigência de um iter procedimental justo é uma das principais preocupações decorrentes da atual dimensão do exercício da autoridade pública supraestadual, seja no que concerne ao exercício estritamente público, seja no que se encontra relacionado com o exercício público-privado de autoridade.

Atualmente e na sequência de uma longa tradição jurídica é consensual a ideia de que qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático e fundado no respeito dos

¹² CATARINO, Luís Guilherme. O Novo Regime da Administração Independente — *quis custodiet ipsos custodes?* CEDIPRE ONLINE, Coimbra, n.º 16, p. 5, 2014. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_16.pdf>. Disponível em: 10 ago. 2017.

¹³ IDEM, Ibidem, p. 5.

Direitos do Homem tem de respeitar e garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ilustrado pelo velho brocardo latino “*ubi ius, ibi remedium*”. Uma deficiente tutela deste direito fundamental determina a existência de um défice processual no sistema de proteção dos direitos subjetivos, o qual se reveste de especial gravidade quando coloca em causa a tutela dos direitos fundamentais. Estes direitos representam uma das maiores conquistas do “novo mundo”, razão pela qual os Estados Modernos e as várias entidades que povoam a arena global procuram implementar, a nível nacional e internacional, mecanismos adequados de proteção que permitam garantir o seu efetivo respeito e concreta atuação.

Com efeito, de pouco valerá consagrar um elenco relativamente extenso em documentos com valor constitucional como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, se não forem criados os adequados e necessários mecanismos à sua realização concreta. Um direito substantivo desligado de mecanismos processuais que o garantam arrisca-se a não passar de “letra-morta”.¹⁴

Na esfera multinível o campo processual apresenta-se sempre mais problemático, proliferando conflitos negativos de jurisdição que fragilizam a tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos administrados. A esfera multinível não pode pois comprometer o núcleo essencial deste princípio, enquanto necessidade de existência de um órgão de caráter jurisdicional, estabelecido por lei, ao qual se possa recorrer quando se entenda ter sido lesada a esfera jurídica por alguma decisão tomada pelos órgãos de tais estruturas. A esse órgão competirá pois, examinar o pedido do recorrente respeitando os princípios do processo equitativo e do *fair trial* e tendo em conta regras processuais estabelecidas previamente, decidir sobre o fundamento do pedido através de uma sentença com caráter vinculativo.

Todavia, tal como poderemos ver mais adiante, o problema resulta de ao catálogo de direitos conferidos aos administrados que encontramos nos inúmeros monumentos legislativos com valor constitucional não corresponder uma estrutura procedimental e processual adequada e eficaz para conferir a plena realização prática a tais direitos.

Atentemos nos exemplos apresentados em seguida.

4 O exemplo da União Europeia — as agências europeias

Desde sempre que a delegação de poderes foi utilizada pelas instituições europeias como modo de dar resposta a desafios exigentes. Sempre fora entendido que uma das melhores estratégias passava pelo recurso a especialistas que não fizessem parte da estrutura burocrática, já que isso garantiria (pelo menos teoricamente), uma isenção política no tratamento das questões, além de lhes asseverar uma maior disponibilidade para as tarefas de caráter político.

¹⁴ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. L'Effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, v.17, n° 6, p. 482, 2001. De acordo com o autor italiano, as versões italianas de algumas normas internacionais traduzem o termo inglês *protection* como tutela, quando devia mais corretamente referir-se não à tutela processual dos direitos violados, *remedy*, mas antes à proteção conferida pelas leis e pelas normas substantivas.

O desejo de afastamento do tratamento de questões científico-técnicas do escopo político e a combinação do *rule making* e *enforcement capabilities*, retirando ainda os créditos pelos bons resultados levados a cabo por tal estratégia, justifica o fenómeno da agencificação.

A União Europeia acompanha uma nova era de (des)regulação e desintervenção decalcada da realidade norte-americana, enquanto processo reativo típico de um regime económico assente na liberdade de mercado. Com efeito, a “preponderância mundial do mercado em todos os setores da economia, incluindo aqueles que se entendia serem “naturalmente” de domínio estadual *vg*, por corresponderem a “serviços públicos” (...) determinou a criação de poderes regulatórios difusos e setoriais para acorrer aos interesses públicos transnacionais”.¹⁵

A “agencificação”¹⁶ é um fenómeno que consiste na criação de um leque de agências às quais são atribuídas missões e poderes, concentrando as competências técnicas e especializadas disponíveis a nível europeu e nacional, desempenhando um importante papel no auxílio à concretização das políticas europeias. Estes organismos são parte integrante do modo de funcionamento da União Europeia contribuindo para que a Comissão se possa centrar nas suas funções fundamentais e delegar outras de cariz operacional em organismos externos, apoiando o processo de tomada de decisão.

Em virtude da sua natureza e das tarefas que lhes são atribuídas, estas agências participam no exercício da função executiva a nível europeu. Esta participação deve ser organizada de forma coerente e equilibrada com o imperativo de unidade e integridade da função executiva e das responsabilidades que daí decorrem para a Comissão.¹⁷

Atendendo à natureza regulamentar de algumas agências, os Estados-membros têm tentado assegurar sobre elas uma margem de controlo através da sua *super-representação* no conselho de administração em detrimento da Comissão. A criação de uma agência reguladora europeia não conduz necessariamente a uma transferência de competências a nível europeu. Em vez de substituir as autoridades nacionais equivalentes, a maioria das agências europeias têm de criar e coordenar uma rede de peritos que compreende as entidades nacionais competentes, tornando-se o elemento central de uma rede de organismos nacionais.

¹⁵ CATARINO, Luís Guilherme. O Direito Administrativo Global na Regulação Financeira Europeia: Alguns Problemas. *Revista do Ministério Público*, n. 131, ano 33, p. 97, jul.-set. 2012.

¹⁶ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 46.

¹⁷ Esta realidade tem vindo a incrementar-se, contribuindo para o aumento da relevância do conceito orgânico de administração europeia. Trata-se, para alguns, não de um fenómeno de delegação, mas antes de um fenómeno de “desconcentração de poderes”, sendo que em alguns casos esta será parcial, dado que algumas agências têm uma função meramente consultiva, enquanto outras têm verdadeiros poderes de decisão. Veja-se FREITAS, Lourenço Vilhena de. *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no quadro Administrativo Europeu*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 384 (“A delegação pressupõe a transferência de responsabilidades de execução, por meio de atos unilaterais de delegação ou por meio de convénios, em favor de organismos de direito público comunitários integrados na estrutura administrativa da União Europeia”) e, CHITTI, Edoardo et. al. *Diritto amministrativo europeo: casi e material*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 22.

Abraçando cada vez mais áreas, a União Europeia debatia-se com a necessidade de dar respostas eficientes aos cidadãos e às empresas, sempre com a condicionante da transparência nos respetivos processos e procedimentos. Procurava-se uma arquitetura capaz e eficaz.

As agências europeias provaram ser úteis, se não indispensáveis na paisagem europeia. O conhecimento técnico e científico incorporado e usado para assistir a Comissão e os Estados-membros no sistema regulatório europeu cada vez mais complicado foram os principais argumentos a favor de tais organismos descentralizados independentes, além da flexibilidade que garantem à governança da UE.

Não estamos, pois, perante o comum quadro de Direito Administrativo organizatório. Não encontramos aqui um verdadeiro poder de superintendência na execução de políticas. A UE “repousa, por força do princípio da subsidiariedade, num sistema de execução autónoma sob responsabilidade e não num sistema de administração típico”¹⁸ conferido à Comissão em relação a entidades que se encontram nos Estados-membros integrantes da administração indireta europeia.

A Europa traz aos Estados-membros uma metodologia nova, diferente, que vai muito para além da execução da lei, assentando numa perspetiva de governo ou de direção, típico do *novo* método administrativo e que passa por uma necessidade de garantir coordenação de políticas. De um modo muito geral, podemos dizer que este método não se centra somente na mera execução da lei, mas também na defesa dos direitos subjetivos e interesses legítimos face à ingerência do poder político, garantindo a existência de mecanismos que possibilitam a implementação de regras e princípios que garantam a aceitabilidade de decisões de um modo eficiente.

Pretende-se um sistema de funções administrativas comuns, de integração conjuntiva”,¹⁹ no âmbito do qual as autoridades administrativas nacionais exercem uma competência própria, mas no seio de procedimentos administrativos faseados que garantam uma intervenção prévia, prejudicial e conformadora de órgãos ou instituições europeias, como aliás se pode verificar, por exemplo, na regulação do mercado das telecomunicações, em especial, no procedimento de definição nacional dos mercados relevantes, no âmbito do qual a Comissão Europeia intervém previamente, identificando os mercados que a nível nacional podem ser considerados relevantes e definindo os critérios de análise.

É neste contexto que falamos de decisões multinível, “decisões que envolvem, pelo menos, a pronúncia de dois níveis de decisão: o nível europeu e o nível nacional”.²⁰ A decisão só produz efeitos se respeitar ambas as exigências, que podem, todavia, alicerçar-se em fundamentos diferentes, e que exigem soluções que passem, ou pela substituição da decisão europeia por uma decisão *standard*, ou pela substituição da decisão nacional pela europeia, desde que verificada a exigida fundamentação.

¹⁸ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 44.

¹⁹ GONÇALVES, Pedro. *Influência do Direito da União Europeia na Organização Administrativa dos Estados-Membros*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. p. 6 et seq.

²⁰ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p.57.

Neste sentido, torna-se relevante conhecer dos mecanismos que se encontram no poder dos administrados quando considerem determinada decisão tomada por uma agência lesiva da sua esfera jurídica. De acordo com o princípio da separação funcional e orgânica de poderes passamos a elencar as garantias políticas, administrativas e judiciais dos administrados.

Nas *garantias políticas* falamos do direito de petição ao Parlamento Europeu em qualquer matéria de competência da UE que diga diretamente respeito ao peticionário, nos termos do art. 20º, nº 2, alínea d) e art. 24º do Tratado da União Europeia (UE), que remete para o art. 227º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Nas *garantias administrativas* podemos elencar as garantias materiais, direitos de queixa e garantias impugnatórias, além do próprio procedimento administrativo, perspectivado como garantia dos particulares, tal como indiciado na previsão de um vício de violação de formalidades essenciais, no art. 263º do TFUE, em especial na adoção dos atos individuais e concretos das instituições da UE.²¹

Além das garantias *supra* catalogadas, uma particular alusão às garantias materiais, mormente, o dever de fundamentação previsto no art. 296º do TFUE, fundamento da invalidade dos atos que o não observem²² e a possibilidade de apresentação de queixa pelos particulares à Comissão, conforme consta, não dos Tratados instituidores, mas do Regulamento Interno da Comissão (art. 249º do TFUE).²³

Uma última referência às garantias administrativas impugnatórias, dada a possibilidade de recurso administrativo para a Comissão de decisões das agências de execução que lesem terceiros e cujo indeferimento pode ser impugnado junto do TJUE. Segundo o contencioso de legalidade previsto no art. 263º do TFUE “a Comissão pode determinar a suspensão do ato em causa, impor outro tipo de medidas provisórias ou, em decisão

²¹ De referir a estrutura interna das agências, particularmente as câmaras de recurso incumbidas do controlo das decisões específicas por ela adotadas. Qualquer pessoa pode interpor recurso de uma decisão da qual seja destinatária ou de uma decisão que lhe diga direta e individualmente respeito, podendo a câmara de recurso concluir a sua análise decidindo ou remetendo o processo ao órgão competente da agência, o qual, neste último caso, fica vinculado à decisão da câmara de recurso. As decisões das câmaras de recurso são suscetíveis de recurso para o TJUE nas mesmas condições que os atos comunitários, conforme prevê o art. 263º do TFUE, podendo os Estados-membros interpor recurso contra decisões da agência que considerem lesivas. De notar que traçamos aqui o quadro geral do funcionamento das Câmaras de Recurso. No entanto, alertamos para o facto de poderem existir variantes de agência para agência devido à falta de um enquadramento uniforme.

²² A jurisprudência do TJUE tem densificado os termos deste dever, veja-se TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso Usinor SA c. Comissão das Comunidades Europeias* (elementos de facto e de direito que sustentam a decisão e não meras fórmulas vagas e remissivas), Processo 185/85, 1 de julho de 1986; *Caso Atlanta c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (fundamentação atingível para destinatários e terceiros afetados), Ac. de 26.03.1986, no Proc. 45/86, *Comissão das Comunidades Europeias c. Conselho das Comunidades Europeias* (identificação dos fundamentos jurídicos), Processo C-466/93, 9 de novembro de 1995.

²³ CUNHA, Ricardo Sousa da. *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita — O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 186.

definitiva, exigir da agência que altere o ato total ou parcialmente; a decisão explícita ou implícita de rejeição do recurso administrativo pela Comissão pode ser objeto de impugnação”.²⁴ Além de neste âmbito também podermos encontrar o direito de reclamação no caso de recusa total ou parcial relativa ao acesso do público aos documentos do Conselho, Comissão e do Parlamento Europeu nos termos do art. 7º, n.º 22, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001.

As *garantias jurisdicionais administrativas*²⁵ assumem uma especial importância uma vez que se encontram orientadas “pelo objetivo de proporcionar uma tutela judicial efetiva, através da correspondência entre direitos e remédios (*ubi ius, ubi remedium*)”.²⁶

A tutela judicial da juridicidade administrativa assume uma elevada complexidade fruto da modalidade da coadministração dominante e respetivas consequências e o alargamento e diversificação da organização administrativa europeia.

O sistema jurisdicional da UE prevê, nos termos do art. 19º do TUE, a inclusão no TJUE do Tribunal de Justiça, do Tribunal Geral e dos Tribunais especializados. A competência do primeiro refere-se, em geral, à apreciação dos recursos interpostos das decisões tomadas, em primeira instância, pelo Tribunal Geral. Assim, a generalidade das decisões proferidas pelo Tribunal Geral admitem recurso jurisdicional para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito. Ao Tribunal Geral, sucedâneo do TPrI, cabe conhecer em primeira instância, dos recursos referidos nos artigos 263º, 265º, 268º, 270º e 272º do TFUE.²⁷

Pretende-se garantir a harmonização do Direito da UE, bem como da sua aplicação, daí a importância de assegurar os direitos dos administrados. O contencioso de legalidade assume importância a este nível encontrando-se o “recurso de anulação (e de omissão) dirigido por qualquer um dos administrados (privilegiados, como os Estados-membros e as demais instituições e não privilegiados, os particulares) contra os atos das instituições da UE”²⁸ como um mecanismo essencial no controlo do princípio da legalidade na atuação das instituições, órgãos e organismos chamados a aplicar o Direito Administrativo da UE.

A *agenciificação* levanta dúvidas ao nível da tutela jurisdicional efetiva e consequentes questões jurídicas legais relacionadas com os princípios da legalidade, da competência e

²⁴ DUARTE, Maria Luísa. *Direito Administrativo da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 130 e art. 22 do Regulamento (CE) nº 58/2003.

²⁵ CUNHA, Ricardo Sousa da. *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita — O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 187.

²⁶ DUARTE, Maria Luísa. *Direito Administrativo da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 133.

²⁷ Mencionámos este aspeto porque é mais relevante para o nosso estudo, no entanto, salientamos que o conhecimento de questões prejudiciais, art. 267º do TFUE, assim como o conhecimento em sede de recurso das decisões dos tribunais especializados nas condições e limites previstos no Estatuto, são competência do Tribunal Geral.

²⁸ CUNHA, Ricardo Sousa da. *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita — O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 189.

da habilitação legal e constitucional. A delimitação de competências das agências é bastante genérica e aberta o que acaba por conduzir a uma certa discricionariedade que, por sua vez, acarreta um défice de legitimidade que condiciona o controlo da legalidade das medidas por si levadas a cabo adensada pelo facto de estarmos perante uma série de atos com efeito externo, cujo controlo se revela um problema de relevo devido à inexistência de uma tipologia de atos comunitários.

Estas incertezas contribuem para adensar o problema da possibilidade de recurso de decisões das agências, já amplamente abordada na jurisprudência comunitária.²⁹ Se inicialmente, fruto do entendimento de que as agências apenas assistiam a Comissão que ratificava, aprovava ou homologava, o Tribunal recusava o recurso direto de atos proferidos pelas agências, com o Acórdão *Les Verts*,³⁰ na década de oitenta do século XX, o TJCE, invocou o princípio da legalidade como basilar de toda atividade da União, não permitindo lacunas no controlo de atos jurídicos externos. Este Acórdão foi o mote para, aquando do Tratado de Lisboa, se incluir o n.º 5 ao renumerado art. 263.º do TFUE, que passou a prever a possibilidade de recurso dos atos de organismos, como as agências, admitindo o Tribunal recurso quando em causa esteja a prática de atos no âmbito de poderes próprios de decisão.

No entanto, a “relação entre vinculatividade e recorribilidade não é efetivamente fácil”,³¹ sendo bastante complexo discernir o monopólio de decisão, e necessário a cada momento averiguar o instrumento legislativo em causa, o que conduz à extrema dificuldade do controlo judicial que por sua vez, contribui para colocar em causa a legitimidade das agências para a prática de atos com eficácia externa.

5 O caso da Convenção de Aahrus

O desempenho de novas atribuições no espaço supraestadual não segue apenas a tradicional personificação orgânica no quadro de organizações internacionais. A diversidade dos fins prosseguidos revela diferentes soluções orgânicas ilustradas em regimes de regulação público-privados considerados como híbridos.

Apesar da fragmentação e diferenciação funcional observável a nível global, as interações entre diferentes regimes e grupos de atores desencadeiam um verdadeiro movimento de *regresso* ao Direito Público.

A Convenção de Aahrus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente constitui um mar-

²⁹ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso Nancy Fern Olivieri c. Comissão das Comunidades Europeias e Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos*, Processo T-326/99, de 18 de dezembro de 2013. *Caso Artegodan GmbH c. Comissão Europeia*, República Federal da Alemanha, Processo C-221/10 P, de 19 de abril de 2012. *Caso Albrecht c. Comissão Europeia*, Processo T-251/03, de 31 de janeiro de 2006.

³⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso Les Verts c. Parliament*. Processo C-294/83, de 23 de abril de 1986.

³¹ CATARINO, Luís Guilherme. O Direito Administrativo Global na Regulação Financeira Europeia: Alguns Problemas, *Revista do Ministério Público*, n.º 131, ano 33, p. 138, Julho-Setembro 2012.

co importante na definição (e no modo de definição) de um novo *status* procedimental e processual ativo dos cidadãos, que caminha para uma Direito Administrativo Global em matéria ambiental.

Celebrada em 1998 na Dinamarca, a Convenção assenta em três pilares: (i) o acesso à informação; (ii) a participação do público no processo de tomada de decisões e; (iii) acesso à justiça em matéria de ambiente. Estes direitos são garantidos sem discriminações em razão da cidadania, da nacionalidade ou do domicílio.

A Convenção exige as mesmas normas de acesso à informação ambiental e à participação do público na tomada de decisões por parte dos órgãos do Estado e dos agentes não estatais que desempenham funções administrativas. Com efeito, a Convenção tem um entendimento bastante amplo de autoridade pública, incluindo nesse conceito funcional, previsto no artigo 2º, nº 2, não apenas autoridades governamentais a nível nacional, regional ou de outra natureza, ou pessoas singulares ou coletivas que desempenham funções administrativas públicas ao abrigo da legislação nacional, mas também qualquer outra pessoa singular ou coletiva que tenha responsabilidades ou funções públicas, ou preste serviços públicos relacionados com o meio ambiente, sob o controlo de um órgão ou pessoa *supra* referidos.³²

Quanto ao acesso à informação, primeiro pilar da Convenção, é reconhecido um elevado grau de essencialidade, enquanto garante de uma participação efetiva do público na tomada de decisões no domínio do ambiente e na garantia do direito de acesso à justiça.

A Convenção impõe obrigações concretas às autoridades públicas, tanto no que se refere à garantia de acesso do público a informações mediante pedido, como à recolha e difusão ativas de informação ambiental pelas autoridades públicas, estando bem patente a importância do acesso à informação como imprescindível para a transparência, a responsabilização e a luta contra a corrupção em todos os níveis de governação.³³

A terceira e última parte tem por objeto o acesso à justiça. Os ordenamentos nacionais deverão, por isso, incorporar as medidas necessárias para garantir procedimentos administrativos de recurso e posterior controlo jurisdicional na defesa dos seus direitos de acesso à informação ambiental e de participação.

Exige-se assim, que os recursos administrativos tramitem com celeridade e que a tutela judicial se articule através de *remédios*/medidas adequadas, efetivas, rápidas e que

³² Por exemplo, nas suas conclusões sobre a Comunicação ACCC / C / 2004/01 (Cazaquistão), o *Aarhus Convention Compliance Committee* considerou que uma empresa estatal com responsabilidades no setor da energia atómica era uma pessoa coletiva que exercia funções administrativas ao abrigo do Direito nacional, incluindo atividades relacionadas com o ambiente e, por conseguinte, abrangidas pelo presente parágrafo da definição. Os órgãos legislativos e judiciais estão excluídos da definição de autoridade pública, embora os judiciais possam aplicar a Convenção numa ampla gama de casos relacionados com o meio ambiente, garantindo o acesso à justiça de acordo com o artigo 9 da Convenção.

³³ A Convenção dá especial atenção a novas formas de informação, incluindo informação eletrónica, reconhecendo a evolução e a relevância das tecnologias da informação, em especial a passagem para as formas eletrónicas de informação e a capacidade de transferir informações através da Internet e de outros sistemas.

não se revelem demasiado onerosos, devendo as resoluções judiciais ser também de cariz obrigatório para a Administração.

Com o propósito de assegurar que os Estados signatários respeitam estas regras, instituiu-se um procedimento específico para comprovar e controlar o seu cumprimento. Este procedimento pode iniciar-se nas instâncias dos membros da Convenção ou na sociedade civil e a sua promoção traz como consequência o facto de os Governos nacionais terem que responder perante um órgão global sobre a conformidade do seu Direito nacional com as obrigações assumidas a nível internacional.

Ao *Compliance Committee*,³⁴ órgão subsidiário do *Meeting of Parties*, compete em primeiro lugar, encetar todas as verificações que considere mais oportunas. No caso de concluir pela incompatibilidade do Direito nacional em relação à Convenção, poderá fazer as recomendações que considere mais pertinentes para uma melhor adaptação à Convenção.

Em segundo lugar, deverá verificar o programa ou o plano nacional para que essa adaptação se torne realidade, cabendo-lhe adotar, finalmente, a decisão formal que considere mais adequada.

O procedimento funda-se em dois pilares básicos: o princípio da participação e o princípio do contraditório, a partir do momento em que se apresenta o pedido. Tanto o sujeito privado como o país interessado têm o direito de participar no debate das questões levantadas durante todo o processo decisório até que a decisão se torne final e definitiva, tendo, tanto uns como outros, o direito de examinar a proposta ou o projeto de resolução para poder fazer as suas alegações e os comentários que considerem convenientes.

A Convenção de Aarhus concluiu após a realização de um estudo junto dos vários ordenamentos nacionais pela necessidade de uma ampla difusão do acesso à informação no que à tutela do ambiente enquanto bem universal dizia respeito.

À luz desta tendência, o ordenamento global elaborou um sistema a favor daqueles que possam vir a sofrer as principais consequências com as alterações do meio ambiente. A técnica utilizada não foi a de definir a obrigação de obtenção de um determinado resultado, por exemplo, o desenvolvimento sustentável, mas antes a de estabelecer procedimentos que os Estados devam seguir para adequar as próprias políticas e decisões aos *standards* de qualidade ambiental fixados a nível supranacional.

Desde logo, a imposição de um mecanismo procedimental que restringe a soberania nacional. Neste âmbito é necessário ter em conta que os requisitos procedimentais podem fazer-se valer diretamente pelos beneficiários, isto é, pelos sujeitos privados aos quais seja reconhecida legitimidade para recorrer da violação das obrigações assumidas internacionalmente.

Em matéria ambiental, o ordenamento jurídico global reconhece que as decisões que

³⁴ Em Outubro de 2002 foi adotada a *decision II/7 on review of compliance* que elegeu o primeiro *Compliance Committee*. Em Maio de 2005 este mecanismo foi revisto pela Decisão II/5 “on general issues of compliance”, bem como decisões concretas de “compliance” II/5a “on compliance by Kazakhstan”, Decisão II/5b on compliance by Ukraine and II/5c “on compliance by Turkmenistan”. Em Junho de 2008, foi adotada a Decisão III/6 “on general issues of compliance as well as six decisions on compliance by individual parties”.

incidem diretamente sobre os direitos dos sujeitos privados a um ambiente são, devem fazer-se valer através do respeito pelas garantias procedimentais. Tais garantias entroncam no princípio de origem anglo-saxónica conhecido como “justiça natural” e articulam-se entre três pilares: a participação, o acesso aos documentos administrativos e a revisão judicial.

O princípio da participação mereceu um maior desenvolvimento. Garante-se antes, durante e depois do procedimento administrativo de tomada de decisão, com um especial ênfase no início do procedimento decisório, quando todas as opções e soluções são ainda possíveis e os sujeitos privados podem exercer uma influência real.

Em matéria de juscibiabilidade, a Convenção de Aarhus mantém a tónica garantista, assumindo um verdadeiro cariz inovador, já que enquanto em outros Acordos Internacionais se reconhece aos cidadãos a possibilidade de exigir dos seus respetivos governos o cumprimento das obrigações assumidas a nível internacional, na Convenção a legitimidade ativa é reconhecida a todos os sujeitos privados, independentemente da sua cidadania. A fórmula utilizada é muito ampla. O artigo 6.º individualiza como recorrente o “público envolvido”, isto é “o público afetado ou suscetível de ser afetado pelo processo de tomada de decisões no domínio do ambiente ou interessado em tais decisões; para efeitos da presente definição, presumem-se interessadas as Organizações Não Governamentais que promovam a proteção do ambiente e que satisfaçam os requisitos previstos no direito nacional”.³⁵

Uma vez apresentado o pedido, o procedimento perante o Comité de Controlo (*Compliance Committee*) assume uma função quase jurisdicional: recolha de prova, princípio do contraditório, decisão. A estrutura do procedimento não apresenta uma carácter de confrontação ou bilateral, não se tratando de um processo contraditório pleno. A decisão daí resultante assume uma particular especificidade: é proativa, estipulando para o futuro, não se preocupando tanto com a resolução do caso concreto, mas antes com a modificação da norma atual, procurando adequa-la às condições internacionais. Essa decisão não assume também um carácter definitivo, uma vez que a *Reunião de Partes* deve homologá-la, contando com uma limitada força vinculativa, no sentido de que ao ser aceite, apenas poderão ser suspensos os direitos e privilégios outorgados no âmbito da Convenção.

Desta dissertação fica patente a imposição por parte da Convenção de Aarhus aos seus Estados-Parte da observância do princípio do Estado de Direito. O modelo de participação que preconiza não deixa de colocar interrogações relativas à sua legitimidade para dirimir conflitos, contudo, a Convenção coloca em evidência o grau de vinculação da tutela do ambiente à garantia de direitos fundamentais através da promoção da transparência, participação e juscibiabilidade das situações jurídicas subjetivas dos sujeitos privados, estabelecendo-se um vínculo entre direitos ambientais e direitos humanos.

³⁵ Artigo 2º, nº 5 da Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (Resolução da Assembleia da República nº 11/2003). Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar11-2003.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

6 Considerações finais

Dado como adquirida a existência de um ordenamento jurídico global é necessário ter em conta fatores como a pluralidade de sujeitos atuantes na esfera global, a Administração e a jurisdição, e as questões que eles nos colocam quer ao nível da legitimidade da sua atuação, quer as garantias estabelecidas perante as atividades levadas a cabo por todos esses atores.

A atividade administrativa global tem sido proseguida através das formas mais variadas. Por um lado surgem as organizações internacionais encarregues da própria atividade interna, por outro lado estas desenvolvem um conjunto de atividades em estreita cooperação com os Estados, e sobre eles exercem uma forte influência, constituindo comités de supervisão que atuam como órgãos *quase-jurisacionais* ou de resolução de conflitos cujo objetivo consiste em examinar a conformidade da ação administrativa e a inerente observância dos princípios do processo bilateral e contraditório.

Não é pois de estranhar a panóplia de organismos *quase-jurisacionais* que proliferam pelo panorama global e aos quais podem recorrer sujeitos de natureza diversificada, constituindo o litígio de carácter multilateral a regra quando nos encontramos no nível supraestadual. São eles os responsáveis por garantir fora do Estado a execução das decisões, o respeito pelos direitos subjetivos afetados e pelo Estado de Direito.

São inúmeras as dificuldades que surgem, motivando o debate de medidas que visem o reforço da proteção dos administrados, quer procedimental, quer processualmente, uma vez que todas as previsões desta ordem, quando existem, são de cariz bastante setorial, o que coloca muitos entraves em assegurar a sua efetivação dada a teia de relações jurídico-administrativas estabelecidas num quadro de policentralidade de poderes trans-estaduais promotores de uma verdadeira sociedade em rede, que necessita ver assegurada a proteção da sua esfera jurídica de possíveis agressões causadas por estas novas figuras. O Direito está em reconfiguração, as relações jurídicas estão em mutação, mas as necessidades de proteção são as mesmas e exigem por parte dos mais variados atores capacidades de intervenção em assegurar a proteção dos administrados neste quadro multinível.

UMA PERSPECTIVA ACTUAL SOBRE AS GARANTIAS DOS CONTRIBUINTES

(CURRENT OVERVIEW OF PROTECTION OF TAXPAYERS)

Sara Soares*

Resumo Qual o limite temporal da produção de prova documental no contencioso tributário clássico e moderno? No presente artigo propomos, em linha com alguma jurisprudência e doutrina nacionais, uma visão ampla desse limite, admitindo a produção de prova documental até ao momento em que é proferida sentença ou decisão arbitral.

Palavras-Chave: Contencioso tributário, prova documental, inquisitório.

Abstract What is the time limit for submitting documentary evidence to the Court under both the classic and modern tax litigation? In this paper we propose, in line with national judicial decisions and authors, a broad view of such time limit, by recognising that documentary evidence may be submitted to the Court up until the judicial or the arbitral decision is issued.

Keywords: Tax litigation, documentary evidence.

Sumário 1 Concretização do objecto de estudo. 2 Da relação de proximidade entre a prova documental e as garantias dos contribuintes. 3 A prova documental. 3.1. A prova documental no contencioso tributário clássico. 3.1.1. Enquadramento legal. 3.1.2. Enquadramento doutrinal e jurisprudencial. 3.2. Da prova documental no contencioso tributário moderno. 3.2.1 Enquadramento legal. 3.2.2. Enquadramento doutrinal e jurisprudencial. 4 Notas conclusivas.

1 Concretização do objecto de estudo

Em Portugal, o contencioso tributário pode actualmente ser perspectivado de um duplo prisma: na sua vertente *clássica*, cujo meio processual por excelência é o processo de impugnação judicial,¹ tramitado junto dos tribunais estaduais;² e na sua veste *moderna*, materializada na arbitragem tributária, que se encontra a cargo dos tribunais arbitrais e

* ✉ Sara Soares, sara.soares@abreuadvogados.com

¹ Cujo objecto primordial é o de contestação de actos tributários de liquidação, muito embora possa ter outros — cf. artigo 97º do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT).

² Na acepção do artigo 209º da Constituição da República Portuguesa (CRP). São órgãos da jurisdição administrativa e fiscal, nos termos do artigo 8º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), o Supremo Tribunal Administrativo (STA), os Tribunais Centrais Administrativos (TCA) e os tribunais administrativos e fiscais. A referência ao facto de estes serem tribunais estaduais visa distingui-los dos tribunais arbitrais em matéria tributária, que pertencem à outra categoria de tribunais legitimados ao exercício da função jurisdicional: a arbitral.

cujo regime, aprovado pelo Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro,³ se pode ainda reputar de recente.

A introdução da arbitragem tributária no ordenamento jurídico português foi precedida de intenso debate acerca da sua admissibilidade⁴ e conformidade constitucional,⁵ tendo sido acolhida com amplos louvores pela generalidade dos contribuintes e dos profissionais desta área do Direito, o que se explica por diversas razões, entre as quais se destacam a simplicidade do processo e sobretudo a celeridade que a arbitragem permite imprimir ao contencioso tributário⁶ (celeridade essa que se revela, na justiça tributária dita *clássica*, um objectivo de complexa realização⁷).

Justamente pelo carácter célere das decisões arbitrais, bem como pelo número de processos de arbitragem tributária que dão entrada no CAAD,⁸ parece-nos ajustado afirmar que a arbitragem tributária será um observatório actualizado do estado das garantias

³ Este diploma aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), constando a vinculação da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) à jurisdição dos tribunais arbitrais que funcionam no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, que entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2011.

⁴ Explicando, historicamente, as ideias que estarão na origem de alguma resistência à ideia da arbitragem em matéria fiscal, cf. FERREIRA, Eduardo Paz. A possibilidade da arbitragem tributária. In: CAMPOS, Diogo Leite de; FERREIRA, Eduardo Paz. *I Conferência AIBAT-IDEFF - Arbitragem em Direito Tributário*. nº 2. Coimbra: Almedina, 2010. p. 17-18. Assim também, cf. CATARINO, João Ricardo e FILLIPO, Luciano. Arbitragem no Direito Tributário. Um estudo de direito comparado sobre a sua admissibilidade e limites em Portugal e no Brasil. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano V, nº 2, Coimbra: Almedina, 2012, p. 197 et seq. Ainda a este respeito, cf. VASQUES, Sérgio e TRINDADE, Carla Castelo. O âmbito material da arbitragem tributária. *Cadernos de Justiça Tributária* nº 00, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, p. 19, Abr./Jun. 2013,

⁵ Sobre esta questão, cf. FERREIRA, op. cit., p. 20-22.

⁶ De acordo com o nº 1 do artigo 21º do RJAT, a decisão arbitral deve ser emitida e notificada às partes no prazo de seis meses a contar da data do início do processo arbitral, admitindo-se, nos termos do nº 2 da mesma norma, que o tribunal arbitral determine a prorrogação deste prazo por sucessivos períodos de dois meses, com o limite de seis meses, comunicando às partes essa prorrogação e os motivos que a fundamentam. Temos assim que, no limite, a decisão arbitral terá de ser emitida e notificada às partes no prazo de um ano a partir do início do processo arbitral.

⁷ Veja-se, relativamente ao ano de 2016, em matéria fiscal, nos tribunais administrativos e fiscais, o número de processos entrados (16.445), o número de processos findos (20.222) e a pendência existente a 31.12.2016 (49.820 processos) — cf. Estatísticas da Justiça — Primeiros resultados Movimento processual nos tribunais administrativos e fiscais de 1ª instância, 2016, disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>>. A propósito de uma pendência de cerca de 43.000 processos, tinha já considerado Eduardo Paz Ferreira tratar-se de uma situação de negação da justiça — cf. FERREIRA, op. cit., p. 21.

⁸ Que, de acordo com informação prestada pelo Presidente do CAAD, o Dr. Nuno Villa-Lobos, em entrevista de 14 de Janeiro de 2017 ao Jornal Expresso, ascende a 3.000 (SANTOS, Ana Sofia. Arbitragem fiscal decide 3 mil conflitos. *Jornal Expresso*, de 14 de Janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.caad.org.pt/noticias/tributario/528-arbitragem-tribut%C3%A1ria-no-jornal-expresso>>).

dos contribuintes, tornando possível perceber o comportamento processual da AT — que será, naturalmente, uma decorrência do seu posicionamento na própria relação jurídico-tributária — e, assim também, a convicção que a esse respeito forma o Tribunal Arbitral.

A questão que elegemos como núcleo da nossa análise tem que ver com a produção de prova documental no contencioso tributário, tanto no campo *clássico*, como *moderno*. O motivo da nossa escolha reside no entendimento que a este respeito tem sido sancionado pelo Tribunal Arbitral em algumas decisões arbitrais e o facto de esse entendimento se distanciar, a nosso ver, da posição tradicional (embora perfeitamente actual) dos tribunais estaduais, da lógica subjacente ao processo de arbitragem tributária e, ainda, dos princípios basilares que informam a relação entre a AT e os contribuintes.

Todos estes aspectos concorrem, assim, para que o título do presente estudo possua, na verdade, um alcance mais vasto do que aquele que subjaz ao seu efectivo objecto, que se traduz em apenas um dos muitos aspectos capazes de conceder uma perspectiva actual sobre as garantias dos contribuintes.

2 Da relação de proximidade entre a prova documental e as garantias dos contribuintes

O ponto de partida da presente análise deverá ser, quanto a nós, a relação que se estabelece entre a produção de prova documental no contencioso tributário e as garantias dos contribuintes.

Parece-nos, desde logo, que essa relação nasce do facto de a produção de prova documental configurar um veículo para, em sede judicial, o contribuinte demonstrar a sua situação jurídica subjectiva e a Fazenda Pública o interesse público cuja defesa lhe incumbe. Esta potencialidade que subjaz à produção de prova documental, associada ao facto de, nas palavras de André Festas da Silva, o processo tributário ser “essencialmente escrito”,⁹ acaba por transformá-la numa ferramenta essencial ao serviço da descoberta da verdade material. De facto, à partida, tanto mais informada será a decisão proferida pelo tribunal, quanto mais elementos probatórios forem carreados para o processo (desde que assegurada a sua pertinência para a causa). Naturalmente, o processo é governado por regras, designadamente relativas à delimitação temporal da produção da prova admitida, pelo que não obstante a relevância que caracteriza a actividade probatória (neste, como em todos os processos judiciais), há que atender a essas regras, de modo a que a prova documental seja produzida numa fase em que possa ser admitida e devidamente apreciada. É justamente a determinação do limite temporal da admissão da prova documental que constitui o objecto do nosso estudo, o qual desenvolveremos considerando as normas legais aplicáveis e, bem assim, a natureza do contencioso tributário.

A arbitragem tributária surge, hoje, diríamos, marcada por uma tendência, patente na conduta processual da AT, de excessiva exploração das excepções dilatórias. Perante este

⁹ Cf. SILVA, André Festas da. *Princípios Estruturantes do Contencioso Tributário*, Coimbra: Dislivro, 2007. p. 151.

estado das coisas, caracterizado por uma certa hegemonia do formalismo processual,¹⁰ cremos ser da maior importância devolver o merecido destaque ao propósito último do procedimento e do processo tributário: a descoberta da verdade material.

Com efeito, a procura da verdade material constitui o corolário de um conjunto de princípios com uma posição de relevo no âmbito das relações tributárias materiais e processuais, no qual se incluem os princípios da legalidade,¹¹ da justiça e da igualdade fiscal¹² e, bem assim, os princípios do *pro actione* e do inquisitório.

O princípio da legalidade, no sentido com que se arroga neste contexto, significa que a tributação apenas deve ocorrer em conformidade com a lei, sendo esse, de resto, o (único) caminho que permitirá concretizar o princípio da justiça, consagrado no artigo 55º, da Lei Geral Tributária.¹³ Acresce que, a verdade material da tributação apenas poderá alcançar-se se o critério de actuação da AT for o da capacidade contributiva — que é, no fundo, a tradução prática do princípio da igualdade fiscal e que dita que os contribuintes deverão pagar impostos de acordo com a sua capacidade económica¹⁴ — e já não o de maximização da receita fiscal.¹⁵

Com Joaquim Freitas da Rocha, “esta justiça (material) apenas será conseguida se todos os actos em que o procedimento se decompõe (...) a tiverem como coordenada, não sendo de admitir nem (i) condutas da administração tributária que procurem, a todo o custo, a tributação dos rendimentos dos contribuintes, nem (ii) condutas destes que procurem, por todas as formas, obstaculizar essa tributação”.¹⁶ Continua o mesmo Autor, referindo que “As actuações procedimentais, neste sentido, apenas deverão ter por finalidade averiguar tal capacidade contributiva e concluir pela tributação ou não tributação em função dos resultados de tal averiguação. Por conseguinte, quer a administração, quer os contribuintes estão obrigados a *cooperar* no sentido referido”.¹⁷

¹⁰ O que contraria, até, o facto de a tramitação processual poder ser definida pelas partes, juntamente com o Tribunal Arbitral, na primeira reunião, nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 18º do RJAT.

¹¹ Previsto no nº 2, do artigo 266º, da CRP.

¹² Decorrente do princípio geral da igualdade, que tem assento constitucional no artigo 13º, da CRP — neste sentido, cf. NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4.ed., Coimbra: Almedina, 2006. p. 153.

¹³ Lei Geral Tributária (LGT).

¹⁴ Cf. NABAIS, op.cit., p. 153-155.

¹⁵ Com Saldanha Sanches, “(...) da relação jurídica fiscal, considerada como uma relação jurídica, resulta a impossibilidade da atribuição ao Estado de uma posição na relação processual que tenha como substracto a defesa de um interesse financeiro autonomamente considerado e distinto da exacta e legal determinação da obrigação fiscal (...)” — cf. SANCHES, J. L. Saldanha. O ónus da prova no processo fiscal. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, nº 151, 1987, p. 28.

¹⁶ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Lições de Procedimento e Processo Tributário*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 85.

¹⁷ Cf. NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4.ed., Coimbra: Almedina, 2006. p. 153-155.

Também no plano adjectivo, princípios há que visam garantir que a relevância que a verdade da tributação assume nas relações jurídico-tributárias materiais se mantém em sede processual. Duma banda, o princípio do *pro actione* — que consubstancia uma das materializações do princípio de acesso à justiça, plasmado no artigo 20º, da CRP — estabelece que as normas processuais deverão ser interpretadas “no sentido de favorecer o acesso ao tribunal ou de evitar as situações de denegação de justiça, designadamente por excesso de formalismo”.¹⁸ A mesma *ratio* se percepçiona, ainda, no princípio do inquisitório, vertido nos artigos 99º, da LGT e 13º, do CPPT, de acordo com o qual, aos juízes dos tribunais tributários incumbe a direcção e julgamento dos processos da sua jurisdição, devendo realizar ou ordenar todas as diligências que considerem úteis ao apuramento da verdade relativamente aos factos que lhes seja lícito conhecer. Em sentido idêntico, vejam-se os princípios da autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e da livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, previstos no artigo 16º, alíneas c) e e) do RJAT.

A supremacia da substância sobre a forma, realce-se, não deverá ser absoluta e, por esse motivo, a aplicação conjugada destes princípios deverá, naturalmente, obedecer a critérios de razoabilidade, não se pretendendo, quando se alude à importância dessa prevalência, sustentar uma conduta indiferente às regras processuais vigentes. Antes o intuito é o de avocar alguma flexibilidade na interpretação dessas mesmas normas do processo, no sentido de levar a sua observância de encontro ao espírito que deve sobressair no tipo de processo em causa, que é, em última instância, um processo ao qual subjaz o interesse público de tributar de acordo com a lei.¹⁹

Da análise a que procedemos, pudemos concluir que tem sido transversal a aplicação destes princípios no contencioso tributário, tanto no âmbito de processos pendentes junto dos tribunais estaduais²⁰, como dos tribunais arbitrais, sendo uma das questões

¹⁸ Cf. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão, de 29 de Janeiro de 2014, processo nº 01233/13. (disponível em: <www.dgsi.pt>, como todos os Arestos proferidos por tribunais estaduais a que se fizer menção ao longo do presente texto).

¹⁹ Nas palavras de Jorge Lopes de Sousa, “(...) ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo tributário a administração, que surge processualmente numa posição oposta à do particular, não é titular de um interesse oposto ao do particular, antes está constitucional e legalmente obrigada a actuar exclusivamente subordinada ao interesse público e com imparcialidade tanto nos processos administrativos como nos judiciais (arts. 266º, nºs 1 e 2, da CRP e 55º da LGT)” — cf. SOUSA, Jorge Lopes de. *Código de Procedimento e Processo Tributário anotado e comentado*, vol. I, 6. ed., Lisboa: Áreas Editora, 2011. p. 175. Saldanha Sanches tinha já expresso o mesmo entendimento anos antes, quando afirmou que “[a] administração participa no processo fiscal em nome, não de um interesse financeiro autónomo de maximização ou cobrança de receitas, mas de realização de um interesse público de cumprimento exacto de uma obrigação fiscal criada por lei. Sobre si impende, além dos princípios específicos da legalidade fiscal, o dever de imparcialidade, isto é, a proibição de se assumir como parte, prevista pelo nº 2 do artigo 266º da CRP” — cf. SANCHES, J. L. Saldanha. *op. cit.*, p. 160 e 161. Em sentido diverso, sustentado que o contencioso tributário é um contencioso de partes, cf. SILVA, André Festas da, *op.cit.*, p. 110-118.

²⁰ Como exemplo da aplicação do princípio *pro actione* no contencioso tributário, parece-nos cristalino o caso decidido pelo STA, no seu Acórdão de 5 de Fevereiro de 2014, processo nº

cujas soluções nos parece convocar o recurso à primazia da substância sobre o rigor processualista precisamente a de saber até que momento se considera admissível a produção de prova documental.

3 A prova documental

3.1 *A prova documental no contencioso tributário clássico*

3.1.1. *Enquadramento legal*

Previamente à análise da questão que nos propomos abordar, um esclarecimento parece justificar-se: para os efeitos a que nesta sede se faz referência, o contencioso tributário *clássico* tem por referência o processo de impugnação judicial, regulamentada pelo CPPT, cujo objecto é a contestação, entre outros, do acto tributário de liquidação.²¹

No que concerne ao momento da produção da prova documental, o CPPT fixa, no nº 2 do seu artigo 108º que, com a petição, o Impugnante requererá as demais provas que não dependam de ocorrências supervenientes. O mesmo diploma estabelece, ainda, no nº 1 do seu artigo 115º, que são admitidos os meios gerais de prova, reportando-se depois mais em detalhe ao valor das informações oficiais, as quais, ao abrigo do artigo 115º, nº 2 do CPPT, apenas têm força probatória quando devidamente fundamentadas, de acordo com critérios objectivos, sendo sempre notificadas ao Impugnante logo que juntas, em conformidade com o disposto no nº 3 do mesmo dispositivo legal.

Subsidiariamente, é aplicável ao contencioso tributário o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos,²² tal como determina a alínea c) do artigo 2º, do CPPT (o qual sempre será o diploma directamente aplicável se em causa estiver uma acção administrativa que vise contestar um acto administrativo em matéria tributária que não importe a apreciação da legalidade da liquidação). Nos termos do artigo 79º, nº 3 do CPTA, a prova documental terá de ser junta com a petição inicial, sendo que, no caso de ser alegado motivo justificativo, permite o nº 4 do mesmo preceito que seja fixado prazo ao autor para a junção de documentos que não tenha podido obter em tempo.²³

01803/13, no qual se pode ler que “(...) este Supremo Tribunal Administrativo tem usado um critério de grande flexibilidade na interpretação do pedido quando, em face das concretas causas de pedir invocadas, se possa intuir — ainda que com recurso à figura do pedido implícito — qual a verdadeira pretensão de tutela jurídica”.

²¹ Cf. alínea a) do nº 1 do artigo 97.º do CPPT. No que se refere aos actos que não comportam apreciação da legalidade do acto de liquidação, a acção administrativa é o meio processual do qual se deve lançar mão para discutir a respectiva legalidade — cf. alínea p) do nº 1 do artigo 97º do CPPT.

²² Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

²³ Esta norma refere-se à extensão do prazo para apresentação dos documentos que devem obrigatoriamente acompanhar a petição inicial, nos termos dos restantes nºs do mesmo artigo (por exemplo, quando seja deduzida pretensão impugnatória, o documento comprovativo da emissão da norma ou do ato impugnados), excepto no que se refere ao documento comprovativo de pagamen-

De aplicação subsidiária ao contencioso tributário é também o Código de Processo Civil,²⁴ tanto no que respeita à impugnação judicial (por via da remissão contida na alínea e) do artigo 2º do CPPT), como no que concerne à acção administrativa (por força do disposto no artigo 1º, do CPTA), encontrando-se a matéria da prova documental regulada pelos artigos 423º e seguintes do CPC.

De acordo com o disposto no nº 1 daquele dispositivo, os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da acção ou da defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem os factos correspondentes. Estabelece o nº 2 do artigo 423º que, se não forem juntos com o articulado respectivo, os documentos podem ser apresentados até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final, sendo a parte condenada em multa, excepto se provar que os não pôde oferecer com o articulado. O nº 3 do mesmo preceito determina, ainda, que após o limite temporal previsto no nº 2, só são admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento, bem como aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior.

Acresce que, nos termos do artigo 425º, do CPC, depois do encerramento da discussão só são admitidos, no caso de recurso, os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento.

O artigo 427º do CPC preceitua, ainda, que sempre que o documento seja oferecido com o último articulado ou depois dele, a sua apresentação é notificada à parte contrária, salvo se esta estiver presente ou o documento for oferecido com alegações que admitam resposta. Deste modo, a lei prevê que seja dada oportunidade à parte contrária para se pronunciar sobre os documentos juntos, assegurando-se o exercício do contraditório.

Diríamos, em suma, cuidando unicamente do regime do CPC e sem proceder às necessárias adaptações na sua aplicação ao processo judicial tributário, que a apresentação de documentos, em primeira instância, é possível em três ocasiões distintas: com a apresentação do articulado respectivo (como regra); até 20 dias antes da audiência final, caso em que será a parte²⁵ condenada em multa, a não ser que demonstre que não pôde oferecer os documentos com o articulado; após a audiência final, nos casos em que a apresentação não tenha sido possível até àquele momento ou em que se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior.

to da taxa de justiça, cuja falta de junção tem como consequências as previstas na alínea d) do nº 1 do artigo 80º do CPTA. De todo o modo, “[n]ada parece obstar, por outro lado, a que a concessão de prazo para a junção de documentos de torne extensiva a documentos de apresentação facultativa (...) que se destinam a fazer prova dos fundamentos do pedido. Tratando-se de documentos não obrigatórios, a sua não apresentação com a petição inicial não preclui a possibilidade de serem juntos num momento posterior, mormente na fase de produção de prova” — cf. ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 521.

²⁴ Código de Processo Civil (CPC).

²⁵ Termo que poderá utilizar-se nesta sede, muito embora seja duvidoso que seja o mais acertado quando em causa esteja o contencioso tributário. A este propósito, rejeitando o conceito de parte no contencioso tributário, cf. SANCHES, J. L. Saldanha, *op. cit.*, 1987, p. 30 e 31.

Vejamos em que termos têm a doutrina e os tribunais entendido que deverá operar a transposição deste conjunto de regras, *mutatis mutandis*, para o contencioso tributário.

3.1.2. Enquadramento doutrinal e jurisprudencial

Estabelecido o quadro legal vigente quanto ao momento para apresentação dos documentos nos vários diplomas aplicáveis no âmbito do contencioso tributário, importa apurar de que forma tem sido esta questão solucionada no âmbito do contencioso tributário dito *clássico*.

A propósito do disposto no artigo 108º, do CPPT, acima mencionado, refere Jorge Lopes de Sousa que “[p]ode ser feita, posteriormente, a junção de documentos, até ao encerramento da discussão da causa na 1ª instância, que ocorrerá com o termo do prazo para as alegações previstas no art. 120º do CPPT. Porém, esta junção tardia, se o impugnante não provar que não os pôde apresentar com a petição, implicará o pagamento de uma multa (art. 523º, nº 2, do CPC). No entanto, os documentos destinados a provar factos posteriores à apresentação da petição ou cuja apresentação se tenha tornado necessária por virtude de ocorrência posterior, podem ser oferecidos em qualquer estado do processo (art. 524º, nº 2 do CPC)”.²⁶ O mesmo Autor reporta-se ainda, em anotação ao artigo 120º do CPPT, a um dos Acórdãos do STA a que adiante faremos menção,²⁷ no qual se entendeu aconselhar o princípio do inquisitório que se admita a junção aos autos de novos elementos probatórios até ao momento da prolação da sentença.²⁸

Também a este respeito, em comentário ao artigo 99º da LGT, que consagra o princípio do inquisitório, se pronunciaram Diogo Leite Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, salientando que “[o] princípio do inquisitório vale para todos os tribunais fiscais que conheçam da matéria de facto, justificando a rejeição da aplicação daquelas normas de processo civil que estabelecem certos momentos para a apresentação dos documentos (cf. arts. 523º, 524º e 706º do CPC), sem prejuízo do sancionamento com multa pela sua apresentação intempestiva”.²⁹

Parece assim reunir-se algum consenso, entre algumas das vozes mais autorizadas da doutrina, quanto à admissibilidade de junção de documentos, em primeira instância, até que seja proferida a sentença.

Igualmente generoso tem sido o entendimento da jurisprudência produzida pelos tribunais superiores, no âmbito do contencioso tributário, a este respeito. Com efeito, é possível identificar no panorama jurisprudencial nacional, Arestos de diferentes datas, situadas num hiato temporal significativamente amplo, que genericamente admitem a

²⁶ Cf. SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e Processo Tributário anotado e comentado*. vol. II, 6. ed., Lisboa: Áreas Editora, 2011. p. 214.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Processo nº 01207/02, em 20 de Novembro de 2002.

²⁸ Cf. SOUSA, op. cit., p. 296.

²⁹ Cf. CAMPOS, Diogo Leite et al. *Lei Geral Tributária Anotada e comentada*. 4.ed. Lisboa: Encontro da Escrita Editora, 2012. p. 859.

junção de documentos no âmbito do processo judicial tributário até que seja proferida a sentença. Atente-se, a título de exemplo, na posição vertida em dois Arestos que distam cerca de dez anos entre si.

O primeiro desses Arestos foi proferido pelo STA, no processo nº 01207/02, e data de 20 de Novembro de 2002. No recurso que lhe deu origem, foi posta em causa pelo recorrente a alteração da matéria de facto pelo Tribunal Central Administrativo com base em documentos juntos pela Fazenda Pública nas alegações finais apresentadas em primeira instância, *i.e.*, após o encerramento da fase instrutória do processo. Salientou o STA que compreendia que, à primeira vista, atendendo ao regime decorrente do Código de Processo Tributário³⁰ que era aplicável ao caso e que determinava que provas adicionais fossem oferecidas juntamente com a resposta da Fazenda Pública, bem como às disposições do CPC (concretamente, aos artigos 523º e 524º), se entendesse não ser esta prova admissível sem a alegação e demonstração da impossibilidade de apresentação anterior ou da sua decorrência de ocorrência posterior. Não obstante, realçou este Tribunal que, no processo judicial tributário, diferentemente do que sucede no âmbito do processo civil, as fases processuais não são tão vincadamente marcadas, resultando afastada a possibilidade de rigorosamente estancar as fases da produção de prova, do debate sobre a matéria de facto e do debate jurídico da causa. Nas palavras do STA, “[n]ão são tão estanques assim os compartimentos no processo tributário. Aqui, o julgamento dos factos e o do direito são efectuados conjuntamente, no mesmo momento e na mesma peça — a sentença (artigo 142º do CPT) —, e às partes é dada uma única oportunidade para se pronunciarem sobre a matéria de facto e a de direito (artigo 139º do CPT)”.³¹ Mais: de acordo com o entendimento vertido neste Aresto, “os amplos poderes inquisitórios atribuídos ao juiz, reflexo do princípio da verdade material, fazem com que, por iniciativa deste, possam ser trazidos ao processo novos elementos de prova, a todo o momento, até à sentença (artigo 40º do CPT). E aquele princípio desaconselha a que se rejeitem novos elementos probatórios, porventura capazes de contribuir para atingir essa verdade, por razões de mera disciplina processual”.³² Em suma, entendeu o STA que em sede de processo judicial tributário se admite a junção de documentos até à prolação da sentença em primeira instância, desde que assegurado o direito do contraditório, consagrado no artigo 415º do CPC, que determina que, salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas.³³

³⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 154, de 23 de Abril de 1991 (adiante, “CPT”) e revogado pelo CPPT, o qual foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 433, de 26 de Outubro de 1999.

³¹ Estabelecendo o paralelo para o CPPT actualmente em vigor, o conteúdo dos artigos 120º e 123º reproduz justamente o teor dos artigos 139º e 142º do CPT, respectivamente.

³² Os mesmos poderes são conferidos ao juiz nos termos do artigo 13º do CPPT.

³³ No mesmo sentido da admissão de documentos até à prolação da sentença, porquanto inserida nos amplos poderes inquisitórios assegurados ao juiz no processo judicial tributário e defendendo que o princípio do inquisitório desaconselha a que se rejeitem novos elementos probatórios, porventura capazes de contribuir para atingir essa verdade, por razões de mera disciplina processual, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 1 de Abril de 2003, processo

Mais recentemente, em Acórdão datado de 21 de Fevereiro de 2012, proferido no processo nº 05329/12, entendeu o TCAS de forma idêntica num caso em que o recorrente sustentou a não admissibilidade de documentos juntos pela Fazenda Pública em sede de alegações finais. Como se pode ler neste Aresto, “A apresentação de alegações estabelece o encerramento da discussão da causa na 1ª instância, mais constituindo o termo final do prazo para apresentação de documentos. Com efeito, de harmonia com o preceituado no art. 523º, nº 2, do C.P.Civil, os documentos podem ser apresentados até ao encerramento da discussão em 1ª instância e este só ocorre após as alegações relativas à matéria de facto, como decorre do preceituado nos arts. 652º, nº 5, e 653º, nº 1, do mesmo diploma (aplicável ao processo judicial tributário “ex vi” do art. 2º, al.e), do C.P.P.T.). Por isso, poderão com as alegações ser apresentados documentos, embora o apresentante deva ser condenado em multa, (...) se não provar que não os pôde apresentar com o respectivo articulado, tudo nos termos do art. 523, nº 2, do C.P.Civil”³⁴.

Parece-nos ajustada a linha de raciocínio que tem perpassado os diferentes Acórdãos proferidos pelos tribunais superiores no tocante ao momento de apresentação de documentos no contencioso tributário *clássico*. De facto, a admissão da produção de prova documental até que seja proferida a sentença pelo tribunal de primeira instância surge como um desdobramento lógico da descoberta da verdade material que preside ao processo judicial tributário e que não deve, por princípio, ser preterida em detrimento do rigor processualista. Cabe-nos, agora, apurar se os mesmos critérios têm guiado a jurisprudência arbitral tributária no que respeita à produção da prova documental.

3.2. Da prova documental no contencioso tributário *moderno*

3.2.1 Enquadramento legal

É parco o disposto no RJAT a respeito do momento da produção da prova documental.

Com efeito, estabelece a alínea d) do nº 2 do artigo 10º deste diploma que, do pedido de pronúncia arbitral, devem constar os elementos de prova dos factos invocados e a indicação dos meios de prova a produzir. O nº 1 do artigo 17º, por seu turno, refere-se à possibilidade de a Fazenda Pública solicitar, em sede de resposta, a produção de prova adicional.

A acrescentar a este restrito conjunto de normas legais, estão, por um lado, os princípios de autonomia na condução do processo arbitral e de livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, consagrados nas alíneas c) e e) do artigo 16º do RJAT e, por outro, a aplicação subsidiária das normas de natureza procedimental ou processual dos códigos e demais normas tributárias, das normas sobre organização e processo nos tribunais administrativos e tributários, do Código do Procedimento Administrativo e do

nº 032/03, no qual se considerou que “deveria o Mmº Juiz “a quo”, ao abrigo dos poderes que lhe eram conferidos pelo artº 40º do CPT (actual 13º do CPPT), ter aceite a junção dos aludidos documentos, desde que obviamente fizesse respeitar o contraditório, dando à outra parte a possibilidade de se pronunciar sobre essa prova”.

³⁴ No mesmo sentido, Cf. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão, de 2 de Abril de 2009, processo nº 0685/08.

Código de Processo Civil, de acordo com o artigo 29º do RJAT.

Poder-se-ia assumir, tendo por base este quadro legal e o sentido da jurisprudência produzida pelos tribunais estaduais pertencentes à jurisdição administrativa e fiscal (acima mencionada), que a mesma fosse, sem mais, acolhida no âmbito da arbitragem tributária (caracterizada por ser de mais simples e flexível tramitação³⁵), colocada que fosse a questão de saber até que momento se admite a junção de documentos no processo. Não se tem revelado unânime, contudo, a posição do Tribunal Arbitral a este respeito.

3.2.2. Enquadramento doutrinal e jurisprudencial

Afigura-se-nos não ter ainda a doutrina tomado posição sobre a delimitação temporal da produção da prova documental no campo da arbitragem tributária. Não obstante, sempre será útil, a fim de fundamentar uma posição quanto aos limites temporais da produção de prova documental neste âmbito, a doutrina existente a respeito dos princípios elementares em que assenta a mecânica da arbitragem em matéria tributária. Diríamos ser dois os princípios que poderão assistir na definição de uma solução: por um lado, a autonomia na condução do processo concedida ao tribunal arbitral; por outro, a livre apreciação dos factos e a livre determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras da experiência e a livre convicção dos árbitros (cf. alíneas c) e e) do artigo 16º do RJAT, respectivamente). O contributo da doutrina para o enquadramento destes princípios — e da sua eventual relação com a temática da prova documental — reside na fixação dos seus limites no exacto ponto em que a sua aplicação perturba a concretização de três características específicas do processo arbitral: a celeridade, a simplicidade e a informalidade³⁶.

Com efeito, a questão de saber em que momento processual se traça a linha temporal de admissibilidade da prova documental tem igualmente vindo a ser suscitada no âmbito da arbitragem tributária. A posição adoptada pelo Tribunal Arbitral tem sido, a este propósito, díspar, o que nos parece merecedor de destaque, não apenas por em causa estar uma faculdade processual que poderá contribuir de forma decisiva para o apuramento da verdade da tributação em sede judicial, como igualmente por serem identificáveis decisões arbitrais em sentido distinto num tipo de processo de que não admite o recurso por oposição entre decisões arbitrais³⁷.

³⁵ No que concerne a este aspecto do regime da arbitragem tributária, salienta Fernando Lança Martins que “O Tribunal Arbitral tem assim o poder de determinação da tramitação do processo que será adoptada após a apresentação da resposta da Autoridade Tributária e Aduaneira e, simultaneamente, o dever de optimização dessa tramitação ao longo de todo o processo, em função das características concretas e específicas do litígio” — Cf. MARTINS, Fernando Lança. A autonomia do tribunal na condução do processo de arbitragem tributária. *Cadernos de Justiça Tributária* nº 12, Abr./Jun. 2016, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, p. 14.

³⁶ A respeito da articulação entre a autonomia na condução do processo arbitral e estes três aspectos processuais, cf. TRINDADE, Carla Castelo. *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária Anotado*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 394.

³⁷ É possível, nos termos do nº 2 do artigo 25º do RJAT, interpor recurso da decisão arbitral

Elucidativas desta divergência no entendimento do Tribunal Arbitral são as duas decisões arbitrais que abaixo se analisam e cujo sentido de decisão se afigura oposto.

A mais recente destas decisões configura, na verdade, um Acórdão Arbitral proferido no âmbito do processo nº 258/2015-T, em 2016.02.25.³⁸ De acordo com o teor do mesmo, entre a primeira e a segunda sessões da reunião do artigo 18º do RJAT, a Requerente solicitou a junção ao processo de novos documentos relacionados com a prova de factos invocados no pedido de pronúncia arbitral. Por despacho arbitral, foi indeferido o pedido de junção de documentos apresentado pela Requerente, “com fundamento em inexistência de superveniência objectiva ou subjectiva, bem como pelo facto de, tendo a junção ocorrido depois de iniciada a audiência de julgamento, aquela não se ter verificado menos de 20 dias antes da mesma audiência”. Deste modo, foi ordenado o desentranhamento dos referidos documentos.³⁹

Em sentido inverso, tinha o Tribunal Arbitral, por decisão de 12.02.215, no processo nº 343/2014-T, julgado admissível a junção de documentos em sede de segunda reunião do Tribunal Arbitral. Na sequência deste pedido de junção, a Requerida pronunciou-se sobre a oportunidade e o conteúdo dos documentos juntos aos autos, concluindo pela falta de oportunidade e de relevância dos documentos e solicitando o seu desentranhamento. Esta argumentação foi considerada improcedente pelo Tribunal Arbitral, por diversas ordens de motivos. Em primeiro lugar, invocou o Tribunal Arbitral o disposto no relatório do RJAT, de acordo com o qual “(...) tendo em vista conferir à arbitragem tributária a necessária celeridade processual, é adoptado um processo sem formalidades especiais, de acordo com o princípio da autonomia dos árbitros na condução do processo (...)”. Por outro lado, importa atender ao preceituado na alínea c) do artigo 18º do RJAT, de acordo com o qual um dos princípios que rege a arbitragem em matéria tributária é o da autonomia do Tribunal Arbitral na condução do processo e na determinação das

para o STA, quando a mesma esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo TCA ou pelo STA, mas já não quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral. Defendendo a possibilidade de encontrar, no quadro legal vigente, base para o recurso de revista excepcional de decisões arbitrais contraditórias sobre a mesma questão fundamental de direito, cf. MORAIS, Rui Duarte. Recursos uniformizadores das decisões arbitrais (CAAD). *Cadernos de Justiça Tributária*, nº 11, p. 29-32, Jan./Mar. 2016.

³⁸ Disponível em: <<https://caad.org.pt>>. Tal como todas as decisões arbitrais a que se tiver alusão ao longo do presente texto.

³⁹ No mesmo sentido, veja-se a decisão arbitral proferida no processo nº 607/2016-T, na qual se pode ler que, no âmbito da reunião prevista no artigo 18º do RJAT, a Requerente solicitou a junção aos autos de seis documentos para prova dos factos alegados no pedido de pronúncia arbitral. A Requerida, exercendo o contraditório em relação aos documentos juntos, solicitou o desentranhamento dos mesmos, em face da ausência de motivos de superveniência ou à invocação dos motivos inerentes à impossibilidade de apresentação daquela prova juntamente com o pedido de pronúncia arbitral ou em qualquer momento anterior à reunião do artigo 18º do RJAT. O Tribunal viria a ordenar o desentranhamento dos documentos juntos aos autos, por falta de verificação dos pressupostos de superveniência objectiva e subjectiva, previstos no artigo 423º, nº 1 do CPC e no artigo 10º, nº 2, alíneas c) e d) do RJAT.

regras a observar com vista à obtenção, em prazo razoável, de uma pronúncia de mérito sobre as pretensões formuladas. Acresce que o Tribunal Arbitral, em conformidade com a alínea e) da mesma disposição legal, é livre na apreciação dos factos e na determinação das diligências de produção de prova necessárias, de acordo com as regras de experiência e a livre convicção dos árbitros. Ora, todos estes traços característicos da arbitragem tributária estão de acordo com os princípios da oficialidade e do inquisitório, que regem o processo tributário. Refere ainda o Tribunal Arbitral, nesta decisão, que o princípio do inquisitório é válido para todos os tribunais fiscais que apreciem matéria de facto, tendo, com base neste conjunto de argumentos, admitido aos autos os documentos cuja junção foi requerida apenas na segunda reunião do Tribunal Arbitral.

Parece-nos, salvo o devido respeito, que é a perspectiva assumida nesta segunda decisão arbitral, no que se refere ao momento da produção da prova documental, que deverá prevalecer no âmbito do contencioso tributário, quer pensemos na sua vertente mais *clássica*, quer nos reportemos ao seu apontamento *moderno*, representado pela arbitragem tributária. Com efeito, é esta leitura ampla das normas definidoras do limite temporal de produção de prova documental que permite cumprir os mais elementares princípios do processo judicial tributário, estando, por isso, mais ao serviço do interesse público na descoberta da verdade material. Doutro modo, estaria estabelecida a base para, mesmo em face da oportunidade de carrear para o processo elementos capazes de contribuir para a verdade da tributação, serem os mesmo rejeitados em prol de um rigor formalista porventura excessivo e conflituante com a própria legalidade que vincula a AT e, no que em concreto respeita à arbitragem tributária, com o cerne simplista e célere que a distingue.

4 Notas conclusivas

O regime da arbitragem em matéria tributária nasceu de uma visão não formalista do processo, que pretendeu tornar real um desígnio a que o contencioso tributário *clássico* ainda não foi capaz de acorrer: assegurar uma justiça tributária em tempo efectivamente razoável e por isso útil, libertando-a, para esse efeito, do excesso de formalismo que pouco mais faz do que contribuir para a sua morosidade. As origens da arbitragem tributária resultam, de resto, plasmadas no Preâmbulo do diploma que a instituiu, de acordo com o qual “(...) em primeiro lugar, tendo em vista conferir à arbitragem tributária a necessária celeridade processual, é adoptado um processo sem formalidades especiais (...)”.

Cumprе notar, volvidos mais de seis anos sobre a entrada em vigor do regime da arbitragem tributária, que o seu anunciado sucesso não afasta o facto, de mais vezes do que seriam desejáveis, o entendimento do Tribunal Arbitral acompanhar uma postura processual mais atenta a um falso rigor processualista — que não caracteriza a justiça tributária, quer se pense em tribunais estaduais ou arbitrais — do que à verdade fiscal cuja busca deve nortear qualquer processo judicial tributário.

Tal constatação redundante, aliás, num estranho paradoxo: o rigor processual que tipicamente se associa ao contencioso tributário *clássico*, não tem sido, no quadro deste, e especificamente no que concerne aos limites temporais da produção de prova documental, preferido em detrimento da descoberta da verdade material. É, de facto, no acervo

decisório dos tribunais estaduais que pertencem à jurisdição administrativa e fiscal, que se encontram Acórdãos defensores, de um modo geral, da produção de prova testemunhal até à prolação de sentença em primeira instância, em homenagem aos princípios da legalidade, da verdade material e do inquisitório. Já no contexto do contencioso tributário *moderno*, surgem decisões arbitrais que, contrariando o entendimento maioritário dos tribunais estaduais e invertendo a informalidade distintiva da arbitragem tributária, concedem destaque decisivo ao formalismo processual, dele se servindo para rejeitar, em alguns casos, que seja produzida prova documental, por exemplo, em simultâneo com as alegações finais. Estas decisões fazem, a nosso ver, tábua rasa dos poderes de investigação do Tribunal Arbitral, permitindo que resvale para segundo plano o interesse público no apuramento da verdade da tributação que subjaz ao processo tributário.

A característica do processo judicial tributário que, em nossa opinião, permite reconhecer a possibilidade de a prova documental ser produzida até à prolação da sentença ou da decisão arbitral é nuclear e decorre do facto de estarmos perante um processo no seio do qual se discute o interesse público em tributar de acordo com a lei (e apenas de acordo com a lei). Ademais, não podemos esquecer, parece-nos, que em causa se encontra um processo que é adjectivo de um ramo do Direito no qual vigora o princípio da substância sobre a forma, o qual deverá reflectir-se também no contexto processual, nomeadamente através do princípio *pro actione*. Uma das formas de garantir essa continuidade é precisamente a admissão da junção de documentos até ao momento da prolação da sentença ou da decisão arbitral, admissão essa que sempre poderá ter lugar pela mão dos amplos poderes inquisitórios concedidos ao juiz e aos árbitros. Urge, agora, em face da divergência que a este respeito se regista entre decisões arbitrais, assegurar que a substância prevalece sobre a forma também no contexto da arbitragem tributária, relativamente à qual o intuito do legislador foi justamente o de flexibilizar a tramitação processual em prol da celeridade e da utilidade da decisão arbitral.